

INJUSTO MONOPÓLICO. ENTRE EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

RODRIGO RÍOS A.*

Universidad Finis Terrae

RESUMEN. El presente artículo efectúa un esbozo de los rasgos característicos de la libre competencia como objeto digno de protección, donde su carácter principal será su naturaleza colectiva o *supraindividual*, lo cual ha hecho surgir una serie de críticas al resguardo efectuado por las legislaciones actuales a este tipo de bienes jurídicos. Luego, se efectúa una revisión crítica de las posturas doctrinarias que abordan la naturaleza jurídica del injusto monopólico, en particular en torno a la decisión de determinar su ubicación, ya sea en el plano penal o administrativo, o desde una visión conjunta de dichas áreas.

Palabras clave: *Libre competencia, Bien jurídico, Derecho penal, Derecho administrativo sancionador.*

ABSTRACT: This article makes an outline of the characteristic features of free competition as an object worthy of protection, where its main feature will be its collective or *supraindividual* nature, which has arise a sequence of criticism of the protection offered by the current legislations to this type of legal interests. Afterwards, is effected a critical review of the doctrinaire postures that approach the juridical nature of the monopolic illicit, particularly around the decision of establishing its location, whether in the criminal or administrative level, or from a joint vision of those areas.

Key words: *Free competition, Legal interest, Criminal law, Administrative punitive law.*

1. CONDUCTA ILÍCITA: ENTRE EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Históricamente se ha intentado explicar la relación existente entre lo que debe entenderse por ilícito penal e ilícito administrativo¹. Así, en términos cronológicos, tenemos que en un primer momento se afirmaba una diferenciación basada en la aptitud de la conducta de lesionar o no un bien jurídico. Si se considera esta hipótesis como cierta, es decir, que efectivamente una determinada conducta vulnera un bien jurídico, se estaba en presencia de una acción reprochable penalmente, en caso contrario, dicha conducta podría quedar enmarcada en los parámetros del Derecho administrativo sancionador, en la medida que implicase un “acto de desobediencia ético-valorativamente neutro”².

Con el paso del tiempo fue ganando cada vez mayor aceptación doctrinaria la tesis que entiende la vinculación entre ilícito penal e ilícito administrativo desde el punto de

* Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Profesor de la Facultad de Derecho, Universidad Finis Terrae. Magíster© en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

¹ “Entre los injustos administrativos más significativos procede mencionar los delitos monopólicos, los relativos a la protección al consumidor, los tributarios, los aduaneros, los cambiarios, los bancarios, los relativos al mercado de valores, etc.”. VALDES PRIETO, Domingo. *Libre competencia y monopolio*. -Primera edición- Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 216.

² SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. -Segunda edición- B de F, 2006, p. 135.

vista del injusto que cada uno de ellos trae aparejado. En ese contexto la diferenciación estará dada únicamente por el mayor o menor contenido de injusto que pueda tener una conducta, luego, el injusto asociado a una conducta penalmente reprochable será mayor que aquel que realiza el contenido de un ilícito administrativo.

Podemos entonces constatar la existencia de dos posturas bastante marcadas que pretenden dar una respuesta a la relación ya mencionada. En términos académicos se han catalogado ambas posiciones como “Escuela Cuantitativa”, la primera, y “Escuela Cualitativa”, la segunda. A continuación, efectuaremos una síntesis de los principales argumentos que sustenta cada una de dichas “escuelas”.

1.1. ESCUELA CUALITATIVA

Para resumir los alcances de esta postura doctrinaria, el jurista alemán Hans Welzel sostenía que “a partir del ámbito nuclear de lo criminal discurre una línea continua de injusto material que ciertamente va disminuyendo, pero que nunca llega a desaparecer por completo, y que alcanza hasta los más lejanos ilícitos de bagatela, e incluso las infracciones administrativas están vinculadas con ella”³. En la génesis de esta discusión, uno de los primeros aportes en torno a la construcción de una diferenciación entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador fueron los argumentos planteados por Eberhard Schmidt⁴, quien sostuvo –siguiendo la línea dominante de su época– “que entre el delito administrativo y el delito judicial existía una diferencia material que no dependía del grado de gravedad de la lesión, sino que se trataba de contenidos de injusto y de culpabilidad totalmente diferentes. Si bien ambas formas de delito coincidían formalmente en las categorías de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, materialmente se presentaban diferencias: el delito judicial constituía la lesión de un bien jurídico (un valor social vital), mientras que el delito administrativo simplemente una desobediencia a la relación de dependencia con la administración del Estado”⁵. Lo cual en términos prácticos implicaría que el Derecho penal solo podría reclamar competencia para sancionar aquellas conductas que lesionen la existencia y el mantenimiento del orden económico.

De ello se colige que todas las restantes conductas infraccionales caerán dentro de la esfera de competencia del Derecho administrativo sancionador, por constituir afectaciones a la actividad administrativa del Estado únicamente. Esto acarrearía como una de las principales consecuencias la imposibilidad de poder comunicar las garantías diseñadas por el Derecho penal a los delitos administrativos.

En nuestra doctrina, Domingo Valdés Prieto ha sintetizado los principales enunciados de esta escuela de pensamiento a la hora de diferenciar los delitos penales de los administrativos, de acuerdo a lo siguiente: i) Mientras los delitos penales cautelan bienes

³ WELZEL, Hans. “*Der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht*”, JZ, 1956, pp. 238 y ss., citado por Silva Sánchez, *op. cit.* (n. 2), p. 135.

⁴ Valdés Prieto sostiene que el fundador de esta escuela de pensamiento es Goldschmidt. VALDES PRIETO, Domingo, *op. cit.* (n. 1), p. 220.

⁵ SCHMIDT, Eberhard, SJZ 1948, p. 226, citado por GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico. Parte especial*, Tomo I -Segunda edición- Lima: Editorial Jurídica Grijley, 2007, p. 65.

jurídicos o exteriorizan conductas antisociales conculcatorias de los derechos naturales o individuales de las personas, los ilícitos administrativos se limitan a dar cuenta de infracciones formales a preceptos meramente administrativos y que resultan culturalmente indiferentes. Por consiguiente, en los ilícitos administrativos no media juicio ético alguno de desvalor y, por tanto, aquellos muestran un injusto de menor contenido que el que exhiben los delitos penales; ii) Adicionalmente, esta escuela se ha basado en que el delito penal importaría una lesión o riesgo inmediato para determinados bienes jurídicos; en tanto, los ilícitos administrativos solo suponen un simple peligro o riesgo para tales bienes; iii) Asimismo, se argumenta que la jurisdicción, tratándose de las infracciones administrativas, corresponde a la propia Administración o al contencioso-administrativo, que es el que juzga y condena; iv) Otros intentos de establecer diferencias entre tales delitos han descansado en la necesidad de la culpabilidad en materia penal, por oposición a lo requerido por el Derecho administrativo, que no siempre precisa culpabilidad y que esto se manifieste en la naturaleza de las penas que ordinariamente aplica la Administración: de multa o de nulidad de actos; en que la pena administrativa no es una pena de corrección, sino más bien de orden; en que se trata de delitos contra la administración pública; en que no se castiga la tentativa, ni se admiten las penas privativas de libertad, etcétera⁶.

1.2. ESCUELA CUANTITATIVA

Los postulados *cualitativos*, anteriormente reseñados, han ido siendo dejados de lado con el paso del tiempo. El desarrollo doctrinal ha enfocado su análisis en enfrentar la relación entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador dándole un énfasis cuantitativo. Lo anterior principalmente se ha debido a la escisión de los aspectos éticos de la noción de bien jurídico como históricamente se venía entendiendo, acercándolo cada vez más a consideraciones sociofuncionales a la hora de esbozar un concepto de objeto jurídico de protección.

Cuál es la base de esta visión cuantitativa. En síntesis, se constata la existencia de un núcleo común, que es compartido por ambas ramas del Derecho involucradas (penal y administrativo sancionador), que viene dado por la motivación inherente a cada una de ellas. Esto es, que a partir de la creación de normas jurídicas se busca motivar a los receptores de las mismas a evitar una lesión a un bien jurídico determinado, donde el aspecto clave para marcar la diferenciación entre ambos ámbitos será el grado de la lesión en cuestión. Por eso, se ha sostenido que a la luz de los postulados de esta “escuela” la distinción entre delitos penales y administrativos “es una cuestión de grados y no de diversa naturaleza jurídica”⁷.

⁶ VALDÉS PRIETO, Domingo, *passim*, *op cit.* (n. 1) pp. 220 y 221.

⁷ Cita Valdés Prieto en este punto a Luis Jiménez de Azúa (nota al pie Nº 194, página 217) quien señala que “en puridad las faltas no son otra cosa que delitos en pequeño”. Creemos poco afortunada esta cita como punto de apoyo al enunciado que marca la diferencia cuantitativa entre el ámbito penal y el plano administrativo, ya que en sí la frase citada de Jiménez de Azúa es equívoca en el contexto en el cual pretende entroncarse, ya que la relación de las faltas en términos genéricos puede obedecer perfectamente a la nomenclatura de los delitos penales –y es ese el sentido que nosotros creemos tiene la frase citada– en donde la falta, junto a los simples delitos y crímenes, conforman lo que conocemos como delito penal en términos genéricos, tal como lo dispone en un plano positivo nuestro Código penal en su artículo 3º: “Los delitos, atendida su

Resumiendo los principales planteamientos de esta “escuela”, podemos señalar que:

i) La creación de normas jurídicas desde un punto de vista teleológico busca evitar la lesión de determinados bienes jurídicos, teniendo como correlato de esta finalidad motivadora, una restricción de los planos de autonomía de cada uno de los receptores de la norma en comento. En este escenario, la diferenciación entre las dos áreas del Derecho involucradas vendrá dada por la entidad del injusto, el cual será menor en el plano administrativo, y más intenso en el plano penal. Esta diferencia de contenidos de injusto se verá reflejada a la hora de asociar una sanción a la conducta que comete la infracción o el delito, ya que se apreciará una mayor rigurosidad en el ámbito penal (penas privativas de libertad, por ejemplo) que en el ámbito administrativo sancionador (inexistencia de penas privativas de libertad). Se dice por último, que en el plano administrativo la afectación se enmarca en la estructura y organización de la administración estatal, es decir, en ámbitos valorativamente neutros, y que se caracterizan por su generalidad y lo difuso de su contenido, en cambio, la conducta realizadora del delito penal atenta contra bienes jurídicos en particular, atribuibles a personas en concreto como titulares de los mismos, y que en definitiva la sociedad ha determinado de manera específica como objetos de protección esenciales, léase, atentados contra la vida, la propiedad, dentro de otros.

ii) Basándose en la gradualidad como criterio diferenciador, y tomando como base el aforismo jurídico de “quien puede lo más puede lo menos”, se ha sostenido por quienes defienden los postulados de esta escuela que es posible extender las garantías originalmente concebidas en el marco del proceso penal a la regulación administrativa que trata los ilícitos administrativos, lo cual traería aparejado mayores grados de seguridad a quienes puedan verse involucrados como autores de alguna infracción, en la medida que gozarían de una serie de garantías que están concebidas para un régimen de mayor severidad (donde la principal pena es la privación de libertad), y que en la medida que son aplicadas en un plano donde las sanciones se caracterizan por una baja intensidad, sería imposible encontrar un escenario rodeado de mayores y mejores garantías que el pretendido⁸.

gravedad, se dividen en crímenes, simples delitos y *faltas* y se califican de tales según la pena que les está asignada en la escala general del artículo 21”. Evidentemente las faltas son delitos en pequeño, pero bajo las categorías penales que las regulan, al igual que a los simples delitos y a los crímenes, o sea, siempre dentro del ámbito penal. La acepción de falta “administrativa” en lo absoluto responde a las categorías penales de comprensión del delito, por lo que mal podría sostenerse que una “falta administrativa es como un delito en pequeño”. Por lo mismo, extrapolar esta afirmación, y estimar que pacíficamente deba vincularse la noción de falta al plano administrativo por oposición al ámbito penal es pasar por alto lo señalado previamente, y puede conllevar a establecer más equívocos que la certeza originariamente buscada para respaldar la premisa utilizada en la génesis de este pensamiento: la diferencia entre los delitos del ámbito penal y las infracciones de índole administrativo es una cuestión de gradualidad y no de naturaleza jurídica. *op cit.* (n. 1) p. 217.

⁸ Valdés Prieto destaca dentro de las garantías que serían extendidas desde el ámbito administrativo al ámbito penal las siguientes: “el principio del justo proceso o procedimiento; la aplicación del principio que ha de regir la ley más benigna; el principio de la tipicidad que ordena que las conductas proscritas estén previamente determinadas por una ley y la imposibilidad de aplicarlas por analogía; la seguridad de que la culpabilidad es un requisito *sine qua non* para la configuración de un ilícito administrativo, el que ha desplazado a la responsabilidad objetiva por los hechos; la aplicación del principio del *non bis in idem*; la carga de la prueba no debe resultar invertida en consonancia con la presunción de inocencia; la relevancia jurídica del error; el principio de la proporcionalidad que obliga a una adecuación razonable entre la conducta y su respectiva pena; la irretroactividad absoluta de las leyes que crean injustos administrativos o que pretendan aplicar penas promulgadas posteriormente a la comisión de los hechos calificados como delictivos; la plena vigencia del principio de la juridicidad en el establecimiento de las penas; la prescriptibilidad de las sanciones, etc.”. VALDÉS PRIETO, Domingo, *op. cit.* (n. 1), pp. 218 y 219.

Hay que señalar que esta línea de pensamiento ha sido la que hoy en día cuenta con mayores seguidores, y puede catalogarse como doctrina mayoritaria en nuestro país, tomando como principales argumentos de respaldo decisiones del Tribunal Constitucional⁹ y normas de derecho positivo contenidas específicamente en nuestro Código Penal, como por ejemplo, el delito de injurias y calumnias causadas en juicio¹⁰, así como otros delitos referidos a conductas desplegadas por empleados públicos¹¹.

⁹ Por ejemplo, Valdés Prieto, toma como argumento a favor de esta postura doctrinaria, en particular lo que dice relación con la extensión de las garantías penales al ámbito administrativo sancionador, lo sostenido por nuestro Tribunal Constitucional, el cual ha manifestado que “los principios inspiradores del orden penal, contemplados en la Constitución Política de la República, han de regir el Derecho administrativo sancionatorio, puesto que ambos son manifestaciones del *ius puniendi* propio del Estado”. *Ibidem*, p. 220. En este punto creemos necesario hacer una precisión, si recurrimos al fallo del Tribunal Constitucional citado (Sentencia Rol Nº 244, de fecha 26 de agosto de 1996) podemos constatar lo que se estableció expresamente en su considerando 9º: “Que, los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, *por regla general*, al Derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del *ius puniendi* propio del Estado” (el subrayado es nuestro). A primera vista la cita empleada por el autor señalado más arriba pareciera estar acorde a lo indicado en el considerando 9º, pero es solo en apariencia, ya que si vemos –tal como hemos destacado– el Tribunal Constitucional señala que la extensión de las garantías penales se hará “por regla general” al Derecho administrativo sancionador. Esto desde ya pone un matiz a la afirmación –categórica– de que dichas garantías deben ser aplicadas en el ámbito administrativo. El matiz no puede pasarse por alto, ya que denota que si bien es deseable la comunicabilidad de las garantías, no es menos cierto que dada la diferencia de ambas áreas en ciertos puntos se hará imposible una concordancia plena que permita dar una aplicación acabada de las garantías penales, por ello el Tribunal Constitucional –a nuestro juicio– hace esta salvedad, porque entiende que habrá ciertas garantías que no podrán ser comunicadas al ámbito administrativo sancionador por ser en definitiva incompatibles con el tratamiento penal, por ejemplo, el principio de legalidad en la persecución penal (como garantía en aras de evitar la arbitrariedad y selectividad de la persecución y posterior castigo); el principio de culpabilidad (como garantía fundamental en el momento de inculpar una conducta delictiva a alguien), etcétera.

¹⁰ Se cita por Valdés Prieto como una norma que serviría de abono para esta teoría, y que demostraría la recepción que ella ha tenido en nuestra legislación, el artículo 426 del Código penal, toda vez que dicha norma prescribe que “deberá atenderse a la gravedad de la injuria o calumnia causada en juicio para establecer si se procederá disciplinaria o criminalmente”. VALDÉS PRIETO, Domingo, *op. cit.* (n. 1) p. 220. Al igual que en la nota al pie anterior, no podemos pasar por alto este argumento de apoyo a esta tesis, ya que existen ciertos matices que en definitiva hacen cuestionar recurrir a ellos como argumentos de defensa de dicha postura. Primero que todo debemos decir que la norma citada se encuentra sustituida tal como lo dispuso el artículo 1º de la ley Nº 19.806, de 31 de mayo de 2002 –debiendo tener presente que la obra del autor citado es de fecha bastante posterior a dicha reforma legislativa: 2005, y publicado el año 2006–. Teniendo presente lo anterior, recordemos que establecía el antiguo artículo 426 del Código penal: “La calumnia o injuria causada en juicio se juzgará disciplinariamente, conforme al Código de Procedimientos, por el tribunal que conoce de la causa; salvo el caso en que su gravedad, en concepto del mismo tribunal, diere mérito para proceder criminalmente. En este último caso, no podrá entablarse la acción sino después de terminado el litigio en que se causó la calumnia o injuria” (el subrayado es nuestro). En ese contexto se señala que esta norma permite demostrar que para nuestro legislador una conducta puede dar lugar a una sanción penal o bien administrativas dependiendo del contenido de injusto que esta lleve aparejado, esto es, se acepta de esta manera una diferenciación cuantitativa. Ahora bien, el nuevo artículo 426 del Código penal establece que: “La calumnia o injuria causada en juicio se juzgará disciplinariamente por el tribunal que conoce de la causa; sin perjuicio del derecho del ofendido para deducir, una vez que el proceso haya concluido, la acción penal correspondiente”. Con esta nueva redacción se eliminó aquella facultad discrecional que tenía el tribunal para catalogar la injuria o calumnia como merecedora de sanción penal o administrativa. Si bien es cierto pueden reconocerse factores en apoyo de una tesis cuantitativa de diferenciación, creemos que la cita al artículo 426 del Código penal no es del todo feliz, primero por la sustitución legislativa que reformula esta disposición, segundo por el hecho de tratarse de un delito de acción penal privada, pierde toda la fuerza el argumento que confronta los caracteres de este delito respecto de una infracción administrativa a que pueda dar lugar dicha conducta, ya que en definitiva se está intentando construir una conclusión con pretensiones de aplicación general, desde la base de un delito excepcional dentro de lo que es el *ius puniendi*, donde es sabido que la esencia del mismo viene dada por los delito de acción penal pública. Por último como argumento en defensa de la tesis cuantitativa, el recurrir a este delito como sustento argumentativo puede tornarse pernicioso a nivel de las consecuencias que se intentan defender. Recordemos que una de las principales banderas de lucha de esta corriente es la

2. PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA

En el marco de una economía de libre mercado, la protección que el Estado deba brindar a la libre competencia resulta imperiosa. De la esencia de dicha libertad de mercado, es el hecho de que se generen tensiones entre los actores de aquel mercado a la hora de buscar cada vez mayores grados de beneficios. Oferentes versus oferentes por la captación de mayores proporciones de consumidores, por ejemplo, sería una de estas tensiones que pueden llegar a distorsionar en cierto punto la esencia de la libertad asociada a la participación en el mercado¹². Es aquí donde el Estado asume un rol regulador, desde su faz legislativa, ofreciendo “mecanismos adecuados para asegurar las condiciones de vigencia de una competencia que se base en el propio esfuerzo”¹³. El Estado entonces efectuará esta regulación mediante la creación de normas jurídicas que buscarán limitar, estimular, fomentar, inducir, imponer y sancionar conductas económicas específicas creadas para proteger determinados valores colectivos, sociales, públicos o de interés general¹⁴. Ahora bien, desde el plano regulatorio vinculado a las sanciones de conductas, podemos constatar tres posibilidades mediante las cuales el Estado podrá plasmar esta protección a la libre competencia: desde el Derecho penal, desde el Derecho administrativo, o bien una respuesta desde ambas esferas.

extensión de las garantías penales al ámbito administrativo sancionador, pues bien, la actual redacción del artículo 426 del Código penal nos entrega un caso de *bis in idem*, esto es, un caso en el cual una conducta puede recibir una doble sanción: disciplinaria –artículos 530 y 531 del Código Orgánico de Tribunales– y una sanción penal en que caso que el ofendido incoe el proceso penal respectivo, por lo tanto más que un terreno garantista, tenemos finalmente un escenario diametralmente opuesto a la hora de asirnos de esta norma legal.

¹¹ Sostiene Valdés Prieto: “Existe multitud de preceptos que están contenidos en el Código Penal y no obstante ello contemplan penas de multas, generalmente caracterizadas como administrativas. Véase, a modo de ejemplo, los artículos 216, 217, 220, 221, 253 y 254 del Código penal. No obstante lo anterior, el propio orden jurídico positivo reconoce ciertas diferencias entre las penas por delitos penales y las penas por ilícitos administrativos v. gr., estas últimas son aplicables no solo a personas naturales sino que también a personas jurídicas, en tanto que las penas penales solo son imputables a personas naturales”. Valdés Prieto *op. cit.* Nota al pie N° 201, página 220. En este punto debemos nuevamente hacer la prevención de que los artículos 216 y 217 fueron suprimidos por el artículo 1º, N° 2 de la Ley N° 19.645, de 11 de diciembre de 1999. Por otra parte creemos que es erróneo entender que las multas contenidas en el Código penal, y que son aplicables a determinadas conductas allí establecidas, deban ser consideradas administrativas por el hecho de ser multas. Recordemos que el artículo 21 del Código penal establece que la multa será una pena común aplicable a los crímenes, simples delitos y faltas. Eso nos da un primer acercamiento para entender que la multa –penal– tiene un ámbito de aplicación diverso de aquella multa que se reconoce en el área administrativa, y en segundo término la multa penal tiene una naturaleza y finalidad totalmente distinta de aquella impuesta en sede administrativa, vid. *infra*. p. 18.

¹² “Los motivos que se aducen para imponer regulaciones son corregir las llamadas ‘fallas de mercado’ (esto es, actividades positivas pero que funcionan mal); restringir o prohibir actividades negativas; controlar resultados no esperados en actividades no indispensables; intervenir cuando la competencia está en riesgo de desaparecer o existe pero funciona mal o cuando existe competencia pero otras políticas (comerciales, tratamiento de inversiones extranjeras, etc.) la distorsionan. Los economistas se dividen en este campo. Los defensores de la regulación la justifican porque piensan que una economía sin regulación carecería de mecanismos para los medios de coerción económica y, en consecuencia, la sociedad en su conjunto (productores y consumidores) terminaría por perder los beneficios atribuibles a la competencia económica. Los enemigos de la regulación, en contraste, argumentan que las empresas y los reguladores pueden incurrir en fallas deliberadas que infligen a la sociedad más pérdidas que ganancias. Las empresas se pueden poner de acuerdo para evadir la regulación o los grupos de interés pueden presionar a los reguladores a fin de imponer regulaciones ineficientes”. WITKER, Jorge. *Derecho de la Competencia en América. Canadá, Chile, Estados Unidos y México*. -Primera edición- Chile: Fondo de Cultura Económica, 2000, pp. 30 y 31.

¹³ GARCÍA CAVERO, Percy, *op. cit.* (n. 5). t. II, p. 17.

¹⁴ WITKER, Jorge, *op. cit.* (n. 12), p. 31.

2.1. PROTECCIÓN DESDE EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Pues bien, desde el punto de vista del Derecho administrativo sancionador, en caso de este ser el único aplicable, la protección de la libre competencia y los atentados a la misma tendrán aparejados únicamente sanciones de índole administrativa¹⁵, a diferencia de lo que ocurre con la protección asociada al ámbito penal, en el cual el reproche se plasma en la aplicación de una pena, ya sea privativa o restrictiva de libertad, o bien de índole pecuniaria, como lo es la imposición de una multa.

Se ha apuntado por la doctrina en términos que para que un sistema de protección en sede administrativa sea eficiente, en su finalidad de salvaguardar la libre competencia, requiere la Administración contar con una organización sólida y efectiva, en el entendido de que las soluciones que ella brinde sean suficientes, sin necesidad de complemento o de apoyo por parte del Derecho penal, lo cual indudablemente deberá ser siempre matizado con la aceptación social de que una intervención penal sea innecesaria tratándose de determinado tipo de conductas.

Por ende, el cimientado de esta forma de protección quedará entregado en último término a los niveles de tolerancia que tenga la sociedad respecto de este tipo de materias. Esto puede ejemplificarse como un elástico, en la medida que resista será aceptable la solución entregada por el Derecho administrativo en su faz sancionadora, una vez que este elástico se rompa, esto es, que la tolerancia de la sociedad se vea sobrepasada, se reclamará por parte de esta, una respuesta más enérgica de parte del Estado, es decir, una solución proveniente del Derecho penal, y esto ocurrirá en la medida que la sociedad, a través de la “opinión pública” transmita su intolerancia hacia cierto tipo de conductas que atenten contra las reglas propias del libre mercado, pero que en último término tengan una patente consecuencia en el bienestar de los consumidores. Esto último aumentará, en la medida de que se vaya tomando cada vez mayor conciencia de los derechos que conciernen a grupos intermedios, como por ejemplo, lo son los consumidores, quienes o mediante acciones de clase hacen efectivos sus derechos actuando de manera conjunta. Este es un fenómeno que en la actualidad muchos países han experimentado, evolucionando de un sistema limitado únicamente al Derecho administrativo sancionador hacia un sistema de protección mixta o bien netamente de respuesta desde el ámbito penal, como expresión a esta clamor social de mayor severidad en la aplicación de castigo.

2.2. PROTECCIÓN DESDE EL DERECHO PENAL

Tal como veíamos anteriormente, 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

¹⁵ Así fue por ejemplo, el sistema de protección asumido por el Derecho alemán hasta antes de 1997, año en que se dio la Ley de lucha contra la corrupción. Mediante esta ley se incluyó en el Código penal alemán un capítulo de delitos contra la competencia en donde se criminalizó concretamente la figura de los carteles de licitación. Hasta antes de esa reforma, la represión de las prácticas restrictivas de la libre competencia se había limitado a medidas administrativas que contemplaba la ley contra las restricciones de la competencia (GWB). Igualmente en el Reino Unido las infracciones contra la competencia no fueron criminalizadas sino hasta 2002 con la *Enterprise Act* de ese año. Véase GARCÍA CAVERO, Percy, *op. cit.* (n. 5) p. 23.

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. Por ende, solamente podrá hablarse de fin de protección de la norma administrativa o bien jurídico penalmente protegido en un nivel más específico de desarrollo de la reacción estatal¹⁶.

En Chile, hasta antes de la reforma introducida por la Ley N° 19.911, se sancionaban penalmente las conductas configuradoras del ilícito monopolístico. Actualmente, este tipo de conductas tienen aparejadas una sanción de índole administrativo¹⁷. Una de las particularidades que presenta esta forma de regulación, tanto en la antigua como en la actual redacción, está dada por el alcance del bien jurídico protegido aspecto que, toda vez que en este tipo de conductas la afectación no se presenta de manera individual, sino que se caracteriza por ser una afectación colectiva, lo que ha dado lugar a que se justifique la protección penal de la libre competencia entendiendo la misma como un bien jurídico de carácter colectivo o supraindividual¹⁸, lo cual obviamente ha generado una serie de críticas provenientes de la dogmática penal arraigada en una concepción clásica del Derecho penal de corte liberal¹⁹. Los principales reparos formulados a este tipo de bienes jurídicos como

¹⁶ GARCÍA CAVERO, Percy, *op. cit.* (n. 5), pp. 50 y 51.

¹⁷ El antiguo artículo 1° del D.L. N° 211 establecía: “El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que tienda a impedir la libre competencia dentro del país en las actividades económicas, tanto en las de carácter interno como en las relativas al comercio exterior, será penado con presidio menor en cualquiera de sus grados. Cuando el delito incida en artículos o servicios esenciales, tales como los correspondientes a alimentación, vestuario, vivienda, medicina o salud, la pena se aumentará en un grado”. El actual artículo 3° del D.L. N° 211 dispone: “El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso. Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, los siguientes: a) Los acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos, o las prácticas concertadas entre ellos, que tengan por objeto fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado, abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran. b) La explotación abusiva por parte de una empresa, o conjunto de empresas que tengan un controlador común, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes. c) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante”.

¹⁸ En cuanto a la legitimidad de la protección de bienes jurídicos supraindividuales, véase CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. “Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos”. en: MIR PUIG, Santiago y CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (compiladores). *Política criminal y reforma penal*. 2007, Serie Europa-América: Editorial B de F, 2007, pp. 33-54. JAKOBS, Günther. *¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?* Traducción de Manuel Cancio Meliá. -1ª Reimpresión-, Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2004.

¹⁹ De manera crítica Quintero Olivares sostiene que: “No es de extrañar que desde los sectores más críticos o menos ingenuos de nuestra ciencia se denuncie la contradicción que hay entre el modelo de desarrollo capitalista, que en nuestro tiempo se lanza al neoliberalismo más crudo con la destrucción sistemática del Estado social, y que asume ese peligro como precio necesario (y su plasmación en acciones hace que estas se estimen adecuadas) de una determinada concepción del progreso, y la hipócrita promesa de los legisladores de robustecer la tutela de los bienes jurídicos que antes parecen, como, son, y es solo un ejemplo, la protección del medio ambiente o de los recursos naturales”, QUINTEROS OLIVARES, Gonzalo. “Los delitos de riesgo en la política criminal de nuestro tiempo”, en: ARROYO ZAPATERO, Luis; NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARTÍN, Adán (compiladores). *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Cuenca: Colección Estudios, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, p. 241.

objeto de protección, están dados por la falta de certeza en su formulación y el hecho de que la sanción penal se desmarca de la lesión efectiva al bien jurídico –la cual es requerida como requisito *sine qua non* tratándose de bienes jurídicos individuales– bastando la sola puesta en peligro del bien protegido para efectos de proceder a reprochar aquellas conductas que se enmarquen en dicho parámetro. Esto último estaría subsanado, en cierta medida con la reforma introducida por la Ley N° 19.911, en el entendido de que se hace expresa mención de conductas que pueden poner en riesgo la libre competencia, así como lesionarla efectivamente²⁰.

En lo que dice relación con la afectación efectiva o puesta en peligro de un bien jurídico, el paradigma clásico viene dado por el entendimiento del delito como una lesión a un objeto valorado positivamente –teoría del bien jurídico protegido– que en ese sentido justifica la sanción siempre y cuando se haya efectivamente producido la lesión ya aludida. Por su parte, desde una concepción funcionalista del Derecho, el delito es entendido como la *defraudación de una expectativa normativa esencial de la organización social*. Tal como sostiene Percy García Caveró, “desde esta segunda forma de comprensión, la defraudación que produce el delito puede tener lugar tanto en el ejercicio de ciertos derechos individuales como en ciertas estructuras sociales de participación, siendo lo realmente importante determinar la concreta expectativa normativa de conducta que resulta afectada por la conducta del autor”²¹. Entonces habrá que preguntarse, cuál será la expectativa normativa que puede verse afectada en la realización de conductas típicas en contra de la libre competencia. Se ha dicho que lo que se protege concretamente es la “expectativa normativa que tienen los agentes económicos de poder participar en el mercado sin restricciones artificiales creadas por otros participantes y sin ser objeto de explotación por medio del abuso de una posición de dominio en el mercado”²². En ese contexto la sanción penal jugará un rol que buscará restablecer la vigencia social de la norma puesta en duda por la conducta desplegada por quien realiza el delito, es decir, resurge la expectativa normativa²³, permitiendo en el plano de la libre competencia, hacer renacer las expectativas en torno a las condiciones normales de acceso al mercado, y la expectativa de optar a beneficios al interior del mismo.

Desde la óptica del Derecho penal, la protección que pueda brindar el Estado mediante la tipificación de delitos atentatorios contra la libre competencia no podrá ser omniabarcadora de todo el fenómeno asociado a la competencia (con caracteres de libertad enmarcada en una economía de mercado), ya que dentro de los principios clásicos y pilares del Derecho penal nos encontramos con aquel que aboga por una mínima intervención del mismo. Esto quiere decir que el Estado no buscará regular, vía descripción de

²⁰ Vid. *Supra* (n. 17).

²¹ GARCÍA CAVERO, Percy, *op cit.* (n. 5), p. 52.

²² GARCÍA CAVERO, Percy, *op cit.* (n. 5) p. 52.

²³ “La pena, como reacción al conflicto, no debe ser vista como un mero suceso exterior causal –así como tampoco lo es el quebrantamiento mismo de la norma–, pues en este caso se llegaría a la –ya censurada por Hegel– secuencia de dos males. Por el contrario, la pena tiene un significado muy concreto, consistente en aclarar que el comportamiento contrario a la norma por parte del autor no marca la pauta, y que la norma, en cambio, mantiene su vigencia”. LESCH, Heiko, *La función de la pena*. Traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Colección de Estudios N° 17, 1999, pp. 76 y 77.

conductas delictivas, todos los aspectos que puedan poner en peligro o lesionar la realización de una competencia libre. García Caveró sostiene que “la protección penal se dirige, más bien, a las expectativas de conducta que la instauración de la competencia ha generado en los agentes económicos. El Derecho penal restablece la vigencia de las expectativas de conducta que se derivan de los aspectos esenciales de la competencia en el mercado, las cuales han sido puestas en tela de juicio por la incorrecta actuación de determinados sujetos económicos”²⁴, alterando así las condiciones normales del mercado. En este contexto la norma penal actuaría ante esa alteración de manera contrafáctica, manteniendo de esa forma la validez del Derecho, en la medida en que el comportamiento corruptor de la norma es marginalizado. En este sentido la sociedad solo podrá operar cuando exista una base cognitiva, que permita tener la expectativa de que una persona se comportará de acuerdo al mandato de la norma²⁵.

Este recurso exclusivo a sanciones penales se entiende con facilidad en momentos históricos caracterizados por la ausencia de leyes especiales de defensa de la competencia y de una autoridad administrativa con suficientes facultades de persecución y sanción. Esta incriminación penal cumple en estos contextos históricos una función puramente simbólica²⁶, es decir, se castigan prácticas contra la libre competencia solo para dejar constancia de su prohibición, pero no para llevar a cabo una efectiva represión de las mismas.

²⁴ GARCÍA CAVERO, Percy, *op. cit.* (n. 5), p. 20. quien termina concluyendo que “los aspectos esenciales de la actual configuración de la competencia son fundamentalmente tres: la libertad, la lealtad y la propiedad industrial”, con lo cual se da lugar a los tres grandes tipos penales asociados a dichos aspectos catalogados de esenciales, léase injustos monopolísticos, de competencia desleal y delitos de protección a los derechos asociados a la propiedad industrial.

²⁵ “Cuando se tiene enfrente también a una persona que defrauda expectativas garantizadas jurídicamente, precisamente no hay que adaptarse a esa defraudación, no hay, pues, que solucionar el conflicto volviendo a aprender algo... muy por el contrario se puede reaccionar de otra forma: se asocia el conflicto no ya con un comportamiento propio, sino con un comportamiento incorrecto del autor, de tal forma que la víctima se mantiene contrafácticamente en su expectativa. Contrafácticamente significa: en contra de lo sucedido. Aquí es donde se fija la función de la pena: se trata de atender y canalizar las defraudaciones de expectativas, para lograr ante todo la posibilidad de seguir esperando contrafácticamente, en contra de la defraudación, en definitiva, para seguir esperando de forma normativa. Hay que demostrar, no solo para la persona que ha sido defraudada en el caso concreto, sino también para todo ciudadano, para toda la sociedad, que el fallo se produjo en el comportamiento del autor, y que en el futuro uno se encuentra de todas formas en consonancia con el Derecho cuando atiende a la expectativa garantizada mediante la norma penal, aunque esta expectativa fuese ya en una ocasión defraudada”. LESCH, Heiko, *op. cit.* (n. 23) pp. 75 y 76.

²⁶ El sentido simbólico, tal como señala Cancio Meliá, se daría cuando se quiere “hacer referencia a que determinados agentes políticos tan solo persiguen el objetivo de dar la “impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido”, es decir, que predomina una función latente sobre la manifiesta”. JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Buenos Aires: Hammurabi, José Luis Depalma, Editor, 2005, p. 77. Por su parte, Scalia señala el aspecto simbólico implica la eficacia “propia de toda norma jurídica en cuanto discurso institucional depositario del poder de nominación y de delimitación de lo legal y de lo justo. El sentido específico de la eficacia simbólica, como una estrategia deliberada de las instancias creadoras o aplicadoras del Derecho, que consiste en desconocer los objetivos normativos declarados en beneficio de otros objetivos no declarados”. SCALIA, Paolo. *Prohibicionismo, grupos sociales a riesgo y autoritarismo institucional: la censura social hacia los microtraficantes*, en línea: www.revistapolis.cl/11/scal.doc, p. 16, nota el pie N° 11. Por su parte Diez Ripollés señala que “el denominado derecho penal simbólico” constituye un caso de superación de los límites utilitarios que el principio teleológico de la sanción penal marca a la intervención penal. Se caracteriza de modo general porque se producen a través de la pena efectos sociopersonales expresivo-integradores que carecen de legitimidad no por su naturaleza, sino porque no se acomodan a las decisiones político-criminales que fundamentan la pena”. DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. “El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, en: ARROYO ZAPATERO, Luis; NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARTÍN, Adán, *op. cit.* (n. 19), p. 164.

2.3. PROTECCIÓN CONJUNTA

Tal como sosteníamos, hoy puede constatarse un aumento considerable de tendencias de punitivismo penal²⁷, a lo cual la protección de la libre competencia no se ha visto ajena. En ese entendido la mayoría de los ordenamientos jurídicos han optado por una manera de protección conjunta de la misma, esto es, tanto desde la esfera administrativa como desde la esfera penal. Esta forma de actuar por parte del Estado ha sido criticada principalmente por considerarse una sobrerreacción de la respuesta ante cada problema en concreto. Por lo mismo se han buscado variantes que permitan evitar esta desproporción, coordinando de mejor manera esta duplicidad; así podemos constatar la existencia de criterios basados en la identidad de los ilícitos, donde la solución vendrá dada según se adopte un criterio cuantitativo o cualitativo, tal como vimos más arriba²⁸; o bien, criterios de identidad parcial de los ilícitos, modelo en el cual los hechos penalmente castigados pueden tener en algunos casos incidencia administrativa, pero en otros no²⁹; también, criterios de diferenciación absoluta entre los ilícitos, en el cual la tipificación de las conductas atentatorias contra la libre competencia se efectúa con criterios diferenciados dependiendo de la sede en la cual se efectúe –penal o administrativa–, lo cual descarta de plano relaciones de accesoriadad entre ambas descripciones típicas³⁰.

²⁷ Cancio Meliá ha sostenido que nos encontramos ante un “verdadero ‘clima punitivista’: el recurso a un incremento cualitativo y cuantitativo en el alcance de la criminalización como único criterio político-criminal”, en JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel, *op. cit.* (n. 26), p. 79.

²⁸ “Dentro del contexto de un criterio cuantitativo se reservan para el ámbito penal los supuestos más graves. Esto quiere decir que los elementos configuradores del ilícito penal y administrativo son los mismos, aumentando únicamente la intensidad de uno o alguno de ellos para la intervención del Derecho penal. En efecto, cuando el perjuicio ocasionado resulta de gran entidad, se castiga al autor con sanciones de carácter penal. Como podrá concluirse, de capital importancia será determinar en este modelo cuándo el resultado tiene la suficiente gravedad como para ser castigado penalmente, así como el órgano encargado de hacer tal determinación (los jueces penales o los agentes de competencia). Ahora bien, desde un punto de vista cualitativo, la infracción penal sigue constituyendo una infracción administrativa, pero contiene un elemento adicional de desvalor que justifica su calificación como ilícito penal. Este elemento adicional puede encontrarse en la concreta afectación de los intereses protegidos (por ejemplo, la alteración de precios en perjuicio de los consumidores), en la importancia de los bienes o servicios afectados (por ejemplo, bienes de primera necesidad), o en la afectación de otro bien jurídico penalmente relevante (como el buen funcionamiento de la Administración Pública)”. GARCÍA CAVERO, Percy, *op. cit.* (n. 5), p. 25.

²⁹ Así fue, por ejemplo, el sistema asumido por la anterior regulación española del delito de maquinaciones para alterar los precios, en donde se castigaba formas administrativamente no previstas de afectación de la libre competencia. En efecto, con este tipo penal se castigaba la alteración de los precios realizada mediante violencia, coacción o engaño, pero también el uso de otras maquinaciones, en donde podían entrar perfectamente los supuestos de prácticas restrictivas de la libre competencia. Los problemas de delimitación en un sistema como este se ubican en el ámbito común, para cuya solución se puede recurrir a los criterios cuantitativo o cualitativo antes expuestos. *Ibidem*, p. 26.

³⁰ Así es el caso, por ejemplo, de la actual regulación española del delito de alteraciones de los precios de mercado (artículo 284 del Código penal), en tanto recoge como modalidades de la acción típica el engaño, la violencia, la intimidación y el uso de información privilegiada, dejando fuera del ámbito del Derecho penal los atentados contra la libre competencia que provienen de los acuerdos colusorios o del abuso de una posición de dominio. GARCÍA CAVERO, Percy, *op. cit.* (n. 5), pp. 26 y 27.

3. CONCLUSIONES

El legislador posmoderno ha tendido a orientar los énfasis normativos, a dar protección a contextos cada vez más genéricos en relación con la clásica concepción de esferas de resguardo circunscritas a bienes jurídicos de corte individual. Tal como ha sostenido Silva Sánchez, esto ha “llevado al Derecho penal a entrar en relación con fenómenos de dimensiones estructurales, globales o sistémicas, en los que las aportaciones individuales, autónomamente contempladas, son, por el contrario de ‘intensidad baja’. Con ello, se ha producido seguramente la culminación del proceso: el Derecho penal, que reaccionaba *a posteriori* contra un hecho lesivo individualmente delimitado (en cuanto al sujeto activo y al pasivo), se ha convertido en un Derecho de gestión (punitiva) de riesgos generales y, en esa medida, se ha ‘administrativizado’”³¹, y a partir de ahí, se convierte en un Derecho de gestión ordinaria de grandes problemas sociales.

Ahora bien, específicamente en lo que dice relación con la tesis cuantitativa, a pesar de lo extendido de sus postulados, a la hora de explicar la diferenciación entre los ilícitos penales y administrativos, esta no puede explicar por qué en el ámbito del Derecho administrativo se opera con criterios de persecución y de imputación más flexibles que los utilizados en el Derecho penal. Como se señaló más arriba, la persecución en materia penal se rige por el principio de legalidad (toda *notitia criminis* debe ser investigada, tal como dispone el artículo 166 del Código Procesal Penal³²), en cambio, en materia administrativa sancionadora prima un criterio de oportunidad a la hora de determinar la persecución de quienes realicen conductas infraccionales. Esta oportunidad se tiñe muchas veces de la selectividad y de arbitrariedad; asimismo en el plano administrativo se cuenta con un concepto unitario de autor; las personas jurídicas pueden ser sujeto de sanción, lo cual no ocurre en materia penal, donde la responsabilidad penal solo puede hacerse efectiva en las personas naturales; el principio de culpabilidad –como límite a la intervención estatal– es considerado limitadamente, en todo caso como capacidad de infringir la norma, dejando de lado toda la implicancia que el mismo tiene en materia penal, es decir, como fundamento de reproche por un acto en particular (reproche de culpabilidad material del autor), con una mirada retrospectiva por el hecho cometido, mas no así como una proyección de lo que puede llegar a ocurrir –fórmula empleada en los delitos de peligro abstracto, a la cual responden mayormente las conductas sancionadas por atentados contra la libre competencia–.

Desde una perspectiva normativa el Derecho penal protege la vigencia de expectativas de conducta fundamentales para el funcionamiento de la sociedad. Una infracción administrativa puede defraudar también ciertas expectativas de conducta, pero habrá que determinar si la importancia de la defraudación justifica utilizar criterios cualitativamente similares al Derecho penal para imputar tal defraudación a una persona. Ambos ordena-

³¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *op. cit.* (n. 2) p. 131 y ss.

³² El citado artículo 166 dispone en sus dos primeros incisos: “Los delitos de acción pública serán investigados con arreglo a las disposiciones de este Título. Cuando el Ministerio Público tomare conocimiento de la existencia de un hecho que revistiere caracteres de delito, con el auxilio de la policía, promoverá la persecución penal, sin que pueda suspender, interrumpir o hacer cesar su curso, salvo en los casos previstos en la ley”.

mientos apuntan a reestabilizar una expectativa defraudada de distinta relevancia social. Las normas administrativas aseguran expectativas referidas al funcionamiento global de un sector del tráfico social y tiene como finalidad únicamente que estos sectores no colapsen, lo que, por otra parte, le permite también utilizar mecanismos cognitivos de reestabilización, lo determinante es la visión macroeconómica o macrosocial (las “grandes cifras”; el “problema estructural” o “sistémico”). Las normas penales, por el contrario, protegen expectativas normativas derivadas de la identidad normativa esencial de la sociedad.

La imposibilidad de que la Administración 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.

Sostener, como argumento de defensa de la tesis cuantitativa, que “la importancia de las multas introducidas por la Ley N° 19.911 aproximan el campo de lo prohibido administrativamente hacia el ámbito penal”³³, es absolutamente criticable. 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. En cambio, la afectación de una sanción pecuniaria no es otra cosa que el patrimonio. Por lo mismo creemos que las multas introducidas por la Ley N° 19.911, no aproximan en lo absoluto dicha regulación al ámbito penal, por el contrario el legislador buscó el efecto diametralmente opuesto, en el sentido que se derogó la sanción privativa de libertad aparejada al delito monopolístico, dejando el castigo del mismo solo con sanciones de índole administrativas³⁴, entender lo contrario es obviar la historia de la ley, su espíritu, su finalidad, y desentender la afectación que conlleva cada tipo de sanción, dependiendo el plano en el cual nos encontremos, ya que incluso, comparando una multa en sede penal con una multa en sede contencioso administrativo, la primera 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 administrativo³⁵. El Derecho administrativo sancionador no precisa, para castigar, que la conducta específica, en sí misma concebida, sea relevantemente perturbadora de un bien jurídico, y por ello tampoco es necesario un análisis de lesividad en el caso concreto. Tal como sostiene García Cavero, todas “estas diferencias no pueden explicarse suficientemente con el solo criterio de la mayor gravedad cuantitativa. Por ello, resulta justificado pensar que detrás de estos hechos manifiestos se esconden aspectos cualitativos que diferencian el Derecho penal (económico) del Derecho administrativo sancionador”. Por más que exista un acercamiento de los criterios de imputación

³³ VALDÉS PRIETO, Domingo, *op. cit.* (n. 1) p. 229.

³⁴ Vid. *supra*, nota al pie N° 20.

³⁵ “La multa penal es una pena que opera sobre el patrimonio del condenado, con el límite constitucional de la prohibición de confiscación, pero que no reconoce el objetivo reparador que caracteriza a la multa administrativa”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho penal. Parte general*. Segunda edición, Buenos Aires, EDIAR, 2006, p. 728.

penal a los manejados en el Derecho administrativo, o viceversa, de ninguna manera puede significar una absoluta homogeneidad entre ambos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos. En: *Política criminal y reforma penal*. MIR PUIG, Santiago y CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Compiladores), Serie Europa-América, Editorial B de F, 2007.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena. En: *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. ARROYO ZAPATERO, Luis; NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARTÍN, Adán (compiladores). Cuenca, Colección Estudios, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003.
- GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal Económico. Parte general y especial*, tomos I y II. Primera edición, Lima, Editorial Jurídica Grijley, 2007.
- JAKOBS, Günther, *¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?* Traducción de Manuel Cancio Meliá, 1ª Reimpresión, Mendoza Ediciones Jurídicas Cuyo, 2004.
- JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Buenos Aires, Hammurabi, José Luis Depalma, Editor, 2005.
- LESCH, Heiko H. *La función de la pena*. Traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Colección de Estudios N° 17, 1999.
- QUINTEROS OLIVARES, Gonzalo. Los delitos de riesgo en la política criminal de nuestro tiempo. En: ARROYO ZAPATERO, Luis; NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARTÍN, Adán (compiladores). *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Cuenca, Colección Estudios, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, pp. 241-247.
- SCALIA, Paolo, *Prohibicionismo, grupos sociales a riesgo y autoritarismo institucional: la censura social hacia los microtraficantes*. En línea: www.revistapolis.cl/11/scal.doc.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. B de F, Segunda edición, 2006.
- VALDES PRIETO, Domingo, *Libre competencia y monopolio*. Primera edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006.
- WITKER, Jorge, *Derecho de la Competencia en América. Canadá, Chile, Estados Unidos y México*. Primera edición. Chile, Fondo de Cultura Económica, 2000.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho penal. Parte general*. Segunda edición, Buenos Aires, EDIAR, 2006.