



Sección **Diálogos**

Desafíos para el Sistema Infraccional de Libre Competencia a raíz de la Penalización de la Colusión

Ma. Soledad Krause M.

*Abogada, Universidad de Chile; Doctora en Derecho Penal
y Ciencias Penales, Universidad Pompeu Fabra*

Desafíos para el Sistema Infraccional de Libre Competencia a raíz de la Penalización de la Colusión



Ma. Soledad Krause M.

Abogada, Universidad de Chile; Doctora en Derecho Penal y Ciencias Penales, Universidad Pompeu Fabra; Magíster en Filosofía, Universidad de Chile; Máster en Argumentación Jurídica, Universidad de Alicante.

En este artículo de Diálogos CeCo, la autora evalúa los desafíos que la penalización de la colusión provoca en el sistema infraccional chileno de libre competencia. A su entender, ellos derivan de los tres caracteres definitorios de la reforma al Decreto de Ley N°211 del año 2016: la secuencialidad de la persecución penal tras el agotamiento de la vía infraccional administrativa, la persecución a instancias del Fiscal Nacional Económico y la acumulación de la sanción administrativa con la sanción penal.

Índice

Introducción	4
I. La secuencialidad de la persecución penal tras el agotamiento de la vía infraccional	5
1. Desafíos sistemáticos: eficacia, oportunidad y consistencia	5
2. Desafíos del lenguaje, traducción y lógica interna	6
A. Desafíos de lenguaje y traducción.....	7
B. Desafíos de acceso y transparencia en los criterios aplicables, así como de sistematización del análisis propio del sistema de libre competencia.....	7
C. Desafíos de las diversas lógicas de cada uno de los sistemas sancionadores	8
3. Desafío orgánico.....	9
4. Desafíos procedimentales	10
A. Desafíos en la etapa de investigación del procedimiento infraccional.....	10
II. Desafíos derivados de la habilitación que se concede al Fiscal Nacional Económico para deducir la querrela por el delito de colusión	19
1. El desafío de la selección, la consistencia, la universalidad y la motivación.....	19
2. El desafío de la aplicación concreta.....	20
3. El desafío de la coherencia del sistema.....	20
4. El desafío del control y la responsabilidad	20
III. Desafíos derivados de la acumulación de la sanción infraccional y la sanción administrativa.....	21
1. Plus de desvalor del delito penal de colusión	21
2. Proporcionalidad de la persecución y reacción en concreto.....	21

Introducción

La Ley 20.945, publicada en el Diario Oficial de 30 de agosto de 2016, introdujo un conjunto de modificaciones al Decreto Ley N°211, dentro de las cuales se cuenta la incorporación de un Título V sobre sanciones penales. En el nuevo artículo 62, se consagra el tipo penal de colusión y las reglas para la determinación de la pena; en el artículo 63, una exención de responsabilidad para el delator, así como una reducción para el segundo delator, además de las condiciones en que procederá otorgarlas; en el artículo 64, las reglas de persecución del delito y de secuencialidad que caracterizan la relación entre el sistema infraccional administrativo y el penal; y el artículo 65, una regla especial en relación con la prescripción de la acción penal.

El Centro de Libre Competencia de la Universidad Adolfo Ibáñez (CeCo) me ha encargado evaluar cuáles serán los desafíos que enfrentará el sistema infraccional de libre competencia en razón de la penalización de la colusión y enunciarlos brevemente.

A mi entender, ellos derivan de los tres caracteres definitorios de la reforma introducida y actualmente vigente: la secuencialidad de la persecución penal tras el agotamiento de la vía infraccional, la persecución a instancias del Fiscal Nacional Económico y la acumulación de la sanción administrativa y la penal; y pueden esbozarse a muy distintos niveles¹.

1 La secuencialidad del sistema actualmente vigente y su lógica interna pueden verse alteradas de prosperar la modificación que se propone en el proyecto de ley aprobado por la Cámara de Diputados (Boletín 13204-07, refundido con el boletín N°13205-07) en el que se prevé que, a propósito de la colusión de bienes que se califican de primera necesidad (entendiendo por tal "cuando esta [la colusión] ha producido alguno de los efectos consignados en el artículo 62 en el contexto de los mercados que inciden en la provisión de servicios educacionales, de prestaciones de salud, de artículos médicos o farmacológicos, de la provisión de bebidas o alimentos, del transporte de personas, de la provisión de servicios básicos como agua, electricidad, servicios de telecomunicaciones o combustibles") la tramitación de dos procedimientos paralelos: uno penal iniciado a instancias de la Fiscalía Nacional Económica quien obligatoriamente debe presentar querrela dentro de los 90 días de presentado el requerimiento y que se seguiría en contra de las personas naturales; y uno infraccional ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia por la infracción administrativa y en contra de personas jurídicas.

I. La secuencialidad de la persecución penal tras el agotamiento de la vía infraccional

El diseño normativo actualmente vigente considera que la persecución penal solo puede iniciarse una vez que se haya dictado por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia una sentencia firme que establece la colusión en sede infraccional. Así resulta de lo dispuesto por el artículo 64 del Decreto Ley N°211, cuando señala que la Fiscalía Nacional Económica podrá presentar querrela “una vez que la existencia del acuerdo haya sido establecida por sentencia definitiva ejecutoriada del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”.

Este diseño obliga a considerar el sistema sancionador de libre competencia integrado por dos etapas, y a concluir que la infraccional sirve como antecedente de la penal. Por razones sistemáticas, orgánicas y procedimentales, ello generará efectos en el procedimiento infraccional.

1. Desafíos sistemáticos: eficacia, oportunidad y consistencia

Los primeros grandes desafíos del diseño normativo vigente dicen relación con valores centrales para alcanzar los efectos disuasorios que se persiguieron con su implementación: eficacia, oportunidad y consistencia de las soluciones obtenidas en una y otra sede.

I | *La eficacia en la persecución penal*

El diseño normativo, tal como se encuentra actualmente estructurado, exige que se obtenga –antes de dar inicio a la persecución penal– una sentencia ejecutoriada, así como la presentación de una querrela del Fiscal Nacional Económico que, en casos graves, abra la investigación penal.

Ese conjunto de requisitos habilitantes y consecutivos habrán de ejecutarse en el tiempo, y solo tras ellos será posible que se siga la investigación y, en su caso, el juicio penal. El transcurso del tiempo y sus inevitables consecuencias en el debilitamiento de la prueba, así como en la necesidad de la pena, siembran dudas acerca de la efectividad con que podrá ser implementada la persecución penal y satisfacer su función.

II | **La oportunidad de la persecución penal**

El segundo de los desafíos relevantes dice relación con la oportunidad en que podrá perseguirse y conseguirse la declaración de responsabilidad penal.

La secuencialidad y la exigencia de una sentencia condenatoria ejecutoriada previa, hacen posible augurar largos plazos de espera entre la ejecución del hecho y el momento de un pronunciamiento penal. Plazos excesivos en la respuesta penal pueden mermar el significado de esta reacción, la confianza en la respuesta criminal frente a estas infracciones y su utilidad.

III | **La consistencia de las reacciones infraccional y penal**

Si se considera que el sistema administrativo sancionador y el penal constituyen, desde la dictación de la Ley 20.945, la forma en que se estructura el sistema de libre competencia en nuestro ordenamiento jurídico, parece importante una consistencia en las valoraciones y las respuestas que se obtengan del sistema infraccional y penal frente a un mismo hecho relevante. Ello permitirá mantener la unidad de mensaje en lo que dice relación con el significado social de la colusión y, de este modo, la confianza en la vigencia de las normas que tutelan la libre competencia y sus reglas.

La consistencia de estas soluciones normativas se advierte compleja, teniendo en cuenta –como se verá– las particularidades referidas a la forma en que serán concebidos y acreditados los acuerdos, la diversa formación de quienes están llamados a la persecución y la adjudicación, el estándar de prueba que resulta aplicable en materias penales y que teóricamente es mayor que el existente en materias de libre competencia, entre otras diferencias.

2. Desafíos del lenguaje, traducción y lógica interna

La secuencialidad entre el procedimiento administrativo sancionador y el penal ponen en contacto dos sistemas normativos diferentes. El de libre competencia, surgido de la conjunción entre la regulación especial de libre competencia y la economía, y el sistema penal.

Cada cual tiene su propia lógica, sus principios y funciones. Si bien en ambos es posible perseguir y sancionar una conducta como infractora a las normas vigentes, el sistema de libre competencia persigue, asimismo, otros fines, y dispone de medios diversos de la imposición de la sanción para perseguirlos. Aunque existe debate en estas materias, se dice que el sistema de libre competencia satisface sobre todo funciones disuasorias, mientras que el sistema penal cumpliría funciones de prevención o retribución, dependiendo de la teoría de la pena que se suscriba.

Las herramientas de las que disponen para satisfacer sus funciones difieren también, al menos parcialmente. Mientras el sistema infraccional, en lo que dice relación con las sanciones, utiliza aquellas pecuniarias y en ciertos casos interdictivas, la pena penal es paradigmáticamente la privativa de libertad.

Esas diversas lógicas y funciones de los sistemas normativos tienen un conjunto de correlatos relevantes, que van desde los principios sobre los cuales cada una de estas ramas del derecho se construye –lo son comunes solo con *matices* de acuerdo con lo que ha entendido la jurisprudencia y la doctrina todavía dominante– los procedimientos, los mecanismos, y los medios de intervención. También en lo que dice relación con su lenguaje y los conocimientos subyacentes requeridos para comprender las potenciales infracciones y valorar la prueba.

A. Desafíos de lenguaje y traducción

Un primer gran desafío viene dado por el lenguaje que se utiliza en una y en otra sede.

La sentencia dictada por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia servirá de antecedente de un procedimiento penal, que si bien será iniciado por medio de querrela seguida por la Fiscalía Nacional Económica será conducido –para los efectos de procurar la prueba y establecer cada uno de los elementos del tipo penal de colusión con el estándar de más allá de toda duda razonable– por un órgano administrativo diferente, el Ministerio Público (así como sus auxiliares).

La sentencia dictada por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, entendida como documento, debiera ser redactada en términos que resulte comprensible para no expertos en materias de libre competencia y un insumo relevante para efectos de delimitar y orientar la investigación penal por parte de quienes se encuentren encargados de ella. Sobre todo en lo que dice relación con sus elementos económicos, pero también respecto de aquellos jurídicos propios del derecho infraccional. Se trata, por lo tanto, de un esfuerzo de *traducción*, que vuelva la argumentación jurídica y económica allí contenida más clara y comprensible para quienes carecen de la formación de especialistas.

Del mismo modo, la Fiscalía Nacional Económica tendrá que hacer también un esfuerzo de traducción cuando deduzca la querrela criminal con la que se dará inicio al procedimiento infraccional, y en las demás actuaciones que despliegue –en cuanto querellante– en el procedimiento penal. Deberá ajustar la figura infraccional y las consideraciones económicas relevantes, a un lenguaje más jurídico, centrado en la persecución de personas naturales, y en el reproche de comportamientos que pueden serles imputados objetiva y subjetivamente.

B. Desafíos de acceso y transparencia en los criterios aplicables, así como de sistematización del análisis propio del sistema de libre competencia

La amplitud del tipo infraccional de libre competencia –comentario que, aunque con matices, es aplicable para todas las figuras del artículo 3º del Decreto Ley N°211, y también para la colusión– pone de manifiesto que en este ámbito del derecho administrativo sancionador la labor de la jurisprudencia resulta especialmente relevante. No solo está llamada a clarificar aquello que se prohíbe bajo amenaza de sanción, sino que a dibujarlo y delimitarlo. Un ejemplo importante se advierte en relación con aquellos acuerdos entre competidores que son permitidos en el derecho de la competencia, y que pueden considerarse comprendidos dentro del *riesgo permitido* derivado de actividades económicas lícitas y socialmente valiosas (y, por consiguiente, no- típicos a la luz de lo previsto en el artículo 3º letra a) del mencionado cuerpo normativo). Ello en atención a que el tenor

literal del tipo infraccional resulta sobreinclusivo, en la medida en que –formalmente– parece prohibir todo y cualquier acuerdo entre competidores. De esta manera, es labor de la doctrina y de la jurisprudencia establecer esa concreción, por medio de decisiones fundadas que fijen criterios universalizables que puedan ser mantenidos a futuro.

En el sistema nacional se advierte, no obstante, un desarrollo doctrinario bastante fragmentario. No existe un esfuerzo sistemático que facilite el acceso al *corpus* de derecho de la libre competencia que se ha ido formando para quienes no ejercen en ese ámbito de actividad. En la actualidad quien quiera conocer esos criterios y comprenderlos, debe efectuar un análisis de las sentencias que han sido dictadas, tanto del H. Tribunal como de la Corte Suprema, y hacer uso de argumentos inductivos y generalizaciones con el objeto de extraer reglas, primero, y encontrarles luego una ordenación. O acudir a la jurisprudencia y doctrina extranjera, con las dificultades derivadas de la extrapolación que ello conlleva. Esta ausencia de esfuerzos sistematizadores parece un problema crítico cuando estos antecedentes han de servir de base para el sistema sancionador penal.

Este punto parece especialmente importante si se tiene en cuenta que el procedimiento penal se seguirá ante jueces que no son expertos en materia de libre competencia, y los elementos a los que estos deberán acceder para valorar la prueba –en un sistema en que rige la sana crítica– son, por una parte, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos afianzados. La fuente de las primeras, y el *background* para la comprensión y la valoración de los segundos, exige que ellos puedan acceder a un conocimiento *común* en el ámbito de la libre competencia el que, como se ha dicho, no se encuentra fácilmente disponible.

Teniendo en cuenta la escasa densidad de la regulación, y que el tipo infraccional es abierto, uno de los desafíos del sistema de libre competencia en su integridad es ofrecer un acceso sistemático a los criterios que se han ido asentando en la jurisprudencia con el objeto de determinar el sentido y alcance de estos conceptos, y que haga posible acudir a ellos con facilidad, aplicarlos en un análisis lógico, y asegurar de esa manera la uniformidad de las soluciones futuras sobre temas similares.

C. Desafíos de las diversas lógicas de cada uno de los sistemas sancionadores

Por último, la secuencialidad de dos procedimientos que plantean lógicas diversas: una penal y una infraccional, puede generar algunos desafíos derivados precisamente de los valores subyacentes en un ámbito y en el otro.

Una de ellas dice relación con la relevancia de la tutela de las garantías de los administrados sujetos a investigación, que resulta menos exigente en materia administrativa sancionadora, y sujeta a criterios menos estrictos, derivados de la sujeción de la investigación a las normas administrativas generales (Ley 19.880 con las particularidades establecidas en la normativa vigente), y por otra parte, la aplicación supletoria de las normas civiles al procedimiento judicial, en la medida en que no sean contrarias a los fines del proceso sancionador.

Las garantías del imputado en materia criminal constituyen una de las bases de un sistema acusatorio, y se despliegan en toda su extensión desde el primer momento en que se dirige la investigación en su contra. Su infracción se traduce en consecuencias relevantes en el proceso, dentro de las que se cuentan la nulidad de ciertas actuaciones, o la exclusión de medios de prueba obtenidos con inobservancia de las referidas garantías.

De esta manera, a una lógica más laxa en lo que dice relación con garantías de los investigados, seguirá una especialmente estricta para la tutela de las mismas, lo que puede generar –llegado el caso– colisiones cuyas consecuencias normativas se radicarán en el procedimiento penal subsecuente.

Otra de las cuestiones en las que parece especialmente relevante esta diversidad de lógicas internas, se advierte en la confidencialidad de la información a la que se tiene acceso durante la investigación y en el procedimiento infraccional, y que dice relación con antecedentes económicos y comerciales de los agentes intervinientes en el mercado y que resultan, asimismo, estratégicos, de manera tal que su divulgación podría ocasionarles graves perjuicios a sus titulares y a la misma competencia, cuyas reglas exigen que se mantengan en secreto.

Constituye uno de los desafíos integrales del sistema que información secreta y estratégica, cuya divulgación pueda afectar el desempeño competitivo de los agentes económicos, no sea divulgada durante el procedimiento penal, pese a que en este no se prevén mecanismos formales ni materiales equivalentes para efectos de conseguir el referido objetivo. Además, que se alcance una forma de conciliar la mantención de ese secreto con la tutela de las garantías de los imputados durante el proceso penal. La circunstancia de que la persecución penal se desarrollará un considerable tiempo después que la infraccional –lo que podría, llegado el caso, restar actualidad y relevancia a la información– puede aminorar este riesgo en el caso concreto.

3. Desafío orgánico

El gran desafío orgánico al que se ve sometido el sistema de libre competencia con la introducción de la sanción penal a la colusión, dice relación con la colaboración y coordinación entre los dos órganos administrativos que estarán encargados de la persecución: la Fiscalía Nacional Económica y el Ministerio Público.

Existen puntos críticos en que ellas serán requeridas como condición indispensable para el funcionamiento de ese diseño, como lo son el tratamiento, conservación, custodia, de los antecedentes requeridos para fundar el requerimiento y que sirvan de indicio en el procedimiento penal; el resguardo del beneficio de delación compensada concedido en sede infraccional para que sea mantenido en sede penal; la colaboración efectiva de la Fiscalía Nacional Económica para que el Ministerio Público adquiera cabal comprensión de los antecedentes en que se funda la querrela; la necesidad de que el Ministerio Público asegure la exclusividad de la persecución a instancias del Fiscal Nacional Económico para conjurar los riesgos de la agregación de la herramienta penal, entre otras cuestiones. Resulta evidente que los fines del sistema de libre competencia solo podrán conseguirse en la medida en que exista una colaboración efectiva, eficiente, expedita y de buena fe, entre ambos órganos administrativos.

4. Desafíos procedimentales

A. Desafíos en la etapa de investigación del procedimiento infraccional

I | *Del objeto y los sujetos investigados*

- *De un acuerdo más económico a un acuerdo más jurídico*

Hovenkamp alerta sobre la divergencia en la comprensión que tienen abogados y economistas cuando se debate sobre los acuerdos. Los abogados lo ven más en un sentido verbal y subjetivo: requieren una oferta y una aceptación para hablar de tales, y exigen que al menos uno de los componentes de ese acuerdo sea verbal, admitiendo que existan otros actos que den cuenta de él. Por ejemplo, te ofrezco X y tú guardas silencio, pero al día siguiente actúas contando con eso. Los economistas ven el acuerdo en un sentido más objetivo, y producto de juegos o estrategias, por lo que prima lo no verbal. Atienden más a la estructura del mercado, y a la posición que adoptan los agentes en él para estimarlo concurrente.

Lo señalado por este autor es perfectamente replicable en relación con las dos perspectivas con las que es esperable que se examine el fenómeno del acuerdo desde un punto de vista infraccional y penal. En el primero de estos exámenes primará un análisis jurídico- económico; en el segundo de ellos uno netamente jurídico y, además, penal.

Esa diversa comprensión y valoración de los hechos relevantes debiera ser tenida en cuenta al dirigir la investigación, al plantear la teoría del caso, recopilar los antecedentes que sirven para acreditarla, seguir el procedimiento infraccional y, finalmente, determinar cuáles casos deberán ser perseguidos penalmente.

- *De un acuerdo entre personas jurídicas a un acuerdo entre personas naturales*

En materias infraccionales junto con un concepto más económico, la investigación persigue demostrar la existencia de acuerdos celebrados por los agentes económicos y, las más de las veces, por personas jurídicas. Sin que haya sido suficientemente determinado cuál es el título normativo en que ello se funda –si responsabilidad vicaria, la responsabilidad por el hecho propio, o algún sistema mixto–, en sede infraccional de libre competencia, a la persona jurídica se le atribuyen en general las conductas desplegadas por sus dependientes y/o administradores.

Eso determina que la labor de la Fiscalía Nacional Económica en el procedimiento administrativo sancionador sea establecer los elementos jurídicos y económicos que den cuenta de que ha tenido lugar el acuerdo entre los intervinientes, sin que sea especialmente relevante determinar, establecer o precisar cuáles sean las intervenciones ni las contribuciones concretas que han tenido una o más personas específicas en él.

En derecho penal la responsabilidad es de las personas naturales –salvo en los casos limitados en que se admite la responsabilidad penal de las personas jurídicas de acuerdo con la Ley 20.393, dentro de las que no se encuentra, al menos por ahora, el delito de colusión– y es menester construir respecto de cada una de ellas un título de imputación específico, debiendo acreditarse respecto de cada cual cuya sanción se persigue, los elementos del tipo objetivo y subjetivo. Ello obliga a orientar y extender la investigación infraccional a cuestiones a las que tradicionalmente no se había prestado demasiada atención en esta sede, como sucede con los sujetos en contra de los cuales dirige la investigación, así como la intervención y la contribución específica de cada uno de ellos a partir de los cuales construir una imputación concreta.

- ***De un acuerdo más objetivo a uno subjetivo***

Un tercer elemento parece diverso en la comprensión del acuerdo entre los sistemas infraccional y penal, y dice relación con la relevancia del elemento subjetivo. En materia infraccional es un elemento del tipo que no recibe especial atención, ni desde un punto de vista argumentativo ni de prueba. En el caso del sistema penal, sucede algo diferente, en la medida en que la acreditación del elemento subjetivo aparece como un componente necesario para que la conducta que se atribuye a una o más personas concretas se considere típica.

Si es que se quieren acoplar los resultados de la investigación infraccional a la penal, la Fiscalía Nacional Económica debiera tener en cuenta –al momento de investigar y de recopilar antecedentes de la investigación, así como al aportarlos al juicio– las cuestiones que serán requeridas para demostrar la concurrencia del elemento subjetivo doloso. La sentencia que dicte el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia debiera ocuparse expresamente de darlo por concurrente y establecido a partir de la prueba rendida. El dolo se prueba y no solo se adscribe, de ahí que sea menester acreditar los antecedentes fácticos a partir de los cuales pueda inducirse su concurrencia en el caso concreto en relación con cada uno de los sujetos potencialmente responsables.

II | ***Del ejercicio de las potestades de investigación por parte de la Fiscalía Nacional Económica***

El sistema de libre competencia confiere amplias facultades de investigación al Fiscal Nacional Económico, como resulta de las disposiciones contenidas en las letras f), g), h), j) del artículo 39 del Decreto Ley N°211.

La penalización de la colusión agrega un desafío relevante para la Fiscalía Nacional Económica referido al ejercicio de dichas facultades de investigación, de manera que sus resultados puedan ser conservados, por una parte, y estimados indicios valiosos para constituir medios de prueba que demuestren los elementos fácticos del delito de colusión.

Ello supone una especial atención a la forma en que la Fiscalía Nacional Económica obtiene los referidos antecedentes, así como la manera en que ha ejercido sus facultades de investigación, con miras a asegurar que con ello no se han afectado garantías fundamentales de los futuros imputados penales, evitando de ese modo que se persiga su exclusión por considerarse que se han obtenido al margen de las normas vigentes.

Pueden surgir particulares problemas en lo que dice relación con quiénes son los titulares de esa información y quienes debieran ser requeridos –y se encontrarían facultados para entregarla– en los casos en que se trate de antecedentes personales de trabajadores o dependientes que pudieran estar amparados por una expectativa de intimidad y que sean proporcionados por la persona jurídica en tanto sujeto investigado.

III | **Tutela de los derechos de los imputados durante la investigación**

La Fiscalía Nacional Económica deberá prestar especial atención de comunicar al imputado el inicio de la investigación y si ella se dirige en su contra –ya de manera inicial, ya sobrevinientemente–, a informarle de su derecho a ser asistido por abogados, a colaborar en la investigación, y a ejercer los demás derechos y garantías que son propios de una defensa, dentro de los que debiera comprenderse el de guardar silencio.

Debiera, asimismo, dar acceso a los antecedentes que obren en su poder, de manera que tales imputados puedan ser oídos durante la etapa de investigación, aportar antecedentes, y ejercer materialmente su derecho a defensa, salvo casos excepcionales, en que ello pueda justificarse y que, en cualquier caso, se refieran a antecedentes específicos y concretos. Del mismo modo, debiera limitar al máximo y justificar en cualquier caso, el ejercicio de la facultad de mantener en reserva o confidencialidad las investigaciones o piezas del expediente previstas en el artículo 39 letra a) del Decreto Ley N°211.

IV | **Del alcance y extensión de los deberes de colaboración que corresponden a los investigados en sede administrativa**

Los administrados tienen extensos deberes de colaboración en materias de libre competencia. Así resulta de las disposiciones contenidas en las letras h) y j) del artículo 39 del Decreto Ley N°211, incluso bajo responsabilidad criminal para quienes oculten información, proporcionen información falsa, o no concurran a prestar declaración.

En la medida en que la investigación infraccional puede constituir una fuente de indicios para el juicio penal posterior, es posible que uno o más administrados requeridos para colaborar con la investigación y con la entrega de antecedentes pretenda limitar o restringir el alcance o extensión de sus deberes de colaboración argumentando su derecho a guardar silencio.

En la decisión dictada por el Tribunal Constitucional en los autos rol 2381-12-INA, se estableció que el derecho a no auto-incriminarse tiene dos elementos esenciales que no pueden ser alterados cuando el mismo se matiza para hacerlo aplicable a otros ámbitos diversos del penal (y que estarían reconocidos de manera expresa en el artículo 19 N°7 de la Constitución): el sujeto, que estaría dado por el imputado que dispone de los derechos de libertad personal y de seguridad individual; y la acción que estaría prohibiendo: la declaración sobre un hecho propio.

Adicionalmente, y pese a que no se ha establecido que las personas jurídicas sean también titulares del derecho a guardar silencio, no es descartable que una o más personas jurídicas pretendan limitar la extensión o contenido de su deber de colaboración argumentando que constituye el único mecanismo de tutela de los derechos constitucionales de personas naturales que podrían ser posteriormente perseguidas penalmente.

Constituye, por lo tanto, un desafío para el sistema infraccional mantener la garantía de no autoincriminación de los futuros imputados por el delito de colusión, y conciliarla con el despliegue y eficacia de los deberes de colaboración de los administrados.

V | **Del ejercicio de las facultades intrusivas**

En relación con la investigación del delito de colusión, el sistema infraccional de libre competencia confiere a la Fiscalía Nacional Económica la facultad para ejercer facultades intrusivas previa autorización judicial, como resulta de lo dispuesto por el numeral n) del artículo 39 del Decreto Ley N°211.

La concesión de las referidas facultades, la forma de su cumplimiento, y el resguardo de las evidencias para asegurar su procedencia, integridad y conservación durante todo el período de tiempo que media entre la fecha en que han sido obtenidos, y aquella en que deberán ser utilizadas en la investigación y el juicio criminal aparecen, asimismo, como desafíos relevantes derivados de la secuencialidad.

VI | **La eficacia del beneficio de la delación compensada**

Una de las principales herramientas de investigación de los carteles es la delación compensada, en tanto ofrece los incentivos de exención y rebaja de la sanción administrativa, y ahora también de la penal, para quien colabore con la investigación de la Fiscalía Nacional Económica en los términos establecidos por el artículo 39 bis del Decreto Ley N°211.

Está por determinarse cuál sea el efecto de la penalización en el incentivo de los agentes económicos para valerse de la delación compensada, en circunstancias en que se ha agregado un factor de incertidumbre adicional en cuanto al sentido y alcance de esta herramienta de persecución con la sentencia de la Corte Suprema que privó de este beneficio al delator en el caso *tissue*. Lo que demostró ese fallo es la ausencia de criterios definidos para establecer qué debe entenderse por *organizador de la conducta ilícita*, así como del comportamiento consistente en *coaccionar a los demás a participar en ella*.

Sin perjuicio de lo anterior, resultará necesario que se extremen la transparencia, claridad, precisión y consistencia en la aplicación de las reglas del procedimiento administrativo destinado al otorgamiento de este beneficio, toda vez que deberá ofrecerse suficiente garantía al delator de que gozará de él, que este se mantendrá en la sentencia que falla el procedimiento infraccional, y que el mismo se extenderá también al procedimiento penal posterior². Asimismo, se incrementará la exigencia de precisión de las personas naturales a quienes beneficiará.

Esta necesidad de certidumbre deberá ser conciliada con la pretensión legítima de que los beneficios que obtiene el delator –y que a esta fecha se incrementan porque se lo exime o rebaja no solo de la sanción administrativa, sino que también de la penal– con el aporte de antecedentes de valor suficiente (precisos, veraces, comprobables) para la acreditación de la conducta y la determinación de los responsables. Y, asimismo, con la exigencia de que estos sean completos y suficientes en lo que dice relación con los comportamientos relevantes y que podrán ser investigados³.

Ello obliga a perfeccionar las reglas administrativas para la concesión del beneficio de la delación compensada, las prácticas implementadas para recibirla, para instruir a los delatores en la entrega de información y el despliegue de sus investigaciones internas, y para el otorgamiento del beneficio. Asimismo, las referidas a la evaluación de las hipótesis que impiden su otorgamiento, la fijación de criterios relevantes para delimitarla en el caso concreto, y su defensa ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la Corte Suprema.

VII | Desafíos en la presentación del requerimiento y en el desenvolvimiento del procedimiento judicial infraccional

También al momento de presentar el requerimiento, el Fiscal Nacional Económico deberá determinar en contra de quién o quiénes dirigirlo con una mayor precisión en lo que dice relación con los hechos atribuidos (tiempo, lugar, forma de ejecución, intervinientes específicos).

Durante el procedimiento, debiera ser parte de un esfuerzo importante de su labor, la oferta y la rendición de la prueba que permita demostrar los elementos de los acuerdos que serán relevantes para el procedimiento penal posterior.

Entre más completa y exhaustiva sea la prueba que se consiga aportar en sede infraccional, y en cuanto mayor sea su calidad y precisión, se incrementa la posibilidad de que ella oriente y, en su caso, sea considerada como indicio relevante en el procedimiento penal posterior.

2 Esta certidumbre en el goce del beneficio de la delación compensada peligra de prosperar la modificación que se propone en el proyecto de ley aprobado por la Cámara de Diputados (Boletín 13204-07, refundido con el boletín N°13205-07) en el que, en los términos ya vistos –en relación con colusión de bienes que se califican de primera necesidad–, se prevé la tramitación paralela de los procedimientos administrativos y penal. De aprobarse esa modificación, se daría inicio al procedimiento penal sin que los beneficiarios de la delación dispongan de ese beneficio, el que –de acuerdo con el artículo 63– es declarado por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en su sentencia.

3 Criterios generales para efectos de esta valoración se indican en la Guía Interna de Delación Compensada confeccionada por la Fiscalía Nacional Económica, tales como si el postulante es persona natural o jurídica, el nivel de participación de este en la conducta colusoria, el momento en que se realiza el aporte de antecedentes en relación con las investigaciones internas de la Fiscalía Nacional Económica, el carácter nacional o internacional del cartel, y la completitud y carácter fidedigno de la información, entre otros.

VIII | Imputados en el procedimiento penal

La Fiscalía Nacional Económica tendrá que redactar la querrela criminal con la que se dé inicio a la persecución penal, y en ella deberá dirigir la imputación en contra de sujetos concretos, lo que constituye un desafío de atribución de responsabilidad penal y de intervención específica a quienes se persigue sancionar con pena.

IX | Hechos imputados penalmente

La labor de la Fiscalía Nacional Económica, en tanto querellante, será también describir los hechos que son constitutivos de colusión y que puedan ser atribuidos a cada uno de los sujetos a los cuales imputa responsabilidad. La determinación de esos hechos –su coherencia con el procedimiento infraccional anterior y la sentencia ejecutoriada que los da por establecidos, pero, a un mismo tiempo, su atribución a personas naturales específicas– reviste un desafío argumentativo relevante.

Esa querrela dará lugar a la intervención del Ministerio Público, quien tiene la obligación de investigar los hechos denunciados con el objeto de esclarecer si los mismos son o no constitutivos de un ilícito penal. De este modo, desde el momento en que se inicia la acción penal la carga argumentativa, de formulación de la teoría del caso y de prueba es también del Ministerio Público. Teniendo en cuenta las particularidades de lo penal la teoría del caso del Ministerio Público puede no ser idéntica a la que planteó la FNE en el procedimiento previo, ni a los términos de la querrela que ha sido presentada. Y es en relación con esa argumentación –que se expresará en la acusación– a partir de la cual surge, asimismo, la carga de la prueba.

X | Investigación de oficio del Ministerio Público

Teniendo en cuenta que la modificación al Decreto Ley N°211 entrega la decisión de presentar querrela a la FNE, corresponde preguntarse si el Ministerio Público se encuentra facultado para iniciar investigación por los hechos en cuestión.

En este punto se plantea la discusión referida a la identidad de los hechos de que se trata, y podría suceder que el Ministerio Público estime que determinadas circunstancias de la realidad que se han constatado son constitutivas de otros delitos establecidos en la normativa vigente y que desarrolle investigación con el objeto de acreditarlos. Lo mismo puede suceder en el caso de que otras personas que se consideren víctimas de tales delitos, deduzcan querellas en los términos establecidos por el artículo 111 del Código Procesal Penal por otros delitos diferentes de la colusión .

Surgen dudas particularmente en relación con la posible aplicación del artículo 285 del Código Penal, el que fue utilizado para efectos de perseguir la responsabilidad penal de ejecutivos de laboratorios en el *Caso farmacias*.

XI | Intervención en el procedimiento penal de la FNE

Si bien la ley no menciona expresamente la cuestión referida a la intervención de la FNE en el procedimiento penal, debiera entenderse que lo será en carácter de querellante y, en ese sentido, coadyuvando la actuación del Ministerio Público en la persecución y sanción del hecho. Se debieran aplicar, en consecuencia, todas las reglas generales referidas a los querellantes en el Código Procesal Penal.

De este modo, la querrela de la FNE sería un requisito necesario para que el Ministerio Público proceda a ejercer sus funciones, y que no limita su actuación futura, como una especie más de los delitos de acción penal mixta.

XII | Alcance de la investigación que puede desarrollar el Ministerio Público

Se plantea la cuestión referida a cuáles son los hechos que pueden ser investigados por el Ministerio Público una vez que haya sido presentada la querrela, y si los mismos pueden ser parcialmente diferentes o en relación con sujetos distintos que los que hayan sido objeto del procedimiento administrativo sancionador.

No es claro cuál es el alcance de las potestades investigativas del Ministerio Público después de presentada la querrela, sin embargo, debe entenderse que el diseño legislativo exige como una condición necesaria para que se configure el tipo penal el que medie una sentencia previa del H. Tribunal que califique como colusión un determinado hecho. Entregando la querrela, por lo demás, a la FNE, el legislador se ha asegurado que sean los mismos hechos por los que se condenó aquellos que son sometidos a un procedimiento penal. Ello, no obstante, no parece limitar las facultades de investigación del Ministerio Público, sin perjuicio de lo cual una extensión más allá de lo resuelto en el juicio infraccional previo pueda conducir a que no se satisfaga materialmente con el requisito de la secuencialidad.

Más discutible es la situación referida a los sujetos y si se exige en materia penal, como una condición para perseguir la responsabilidad criminal, que ellos hayan sido condenados por el H. Tribunal.

XIII | Medios de prueba en el proceso penal

Los antecedentes que ha aportado la FNE ante el H. Tribunal para fundar la imputación del hecho y de la participación, y que este último ha considerado como prueba con el objeto de tener por establecidos los presupuestos fácticos de la condena, debieran ser considerados como evidencia en el procedimiento penal. De ahí la exigencia de que los mismos sean proporcionados nuevamente ante el Ministerio Público y aportados más tarde al juicio ante el Tribunal encargado de conocer de la acusación.

De este modo, además de asegurar el valor de los referidos antecedentes –sujetando su obtención a estándares exigentes- parece importante resguardar la conservación de los mismos. De este modo, debiera tenerse en cuenta la importancia de aportarlos al procedimiento, de custodiarlos desde el momento en que son recopilados y hasta el momento de la entrega al H. Tribunal y luego a la investigación penal en calidad de indicios.

XIV | Estándar de la prueba en el proceso penal

El estándar de prueba de más allá de toda duda razonable deberá ser satisfecho en el proceso penal si es que pretende obtenerse una condena por el delito de colusión. De esta manera la calidad, precisión, valor de los antecedentes que recopile la Fiscalía Nacional Económica, su conservación y entrega al Ministerio Público, constituyen exigencias para que ese estándar pueda ser alcanzado efectivamente en el procedimiento subsecuente.

XV | La mantención del beneficio de la delación compensada en sede penal

Relevante para efectos de mantener la lógica del sistema y resguardar los mecanismos de persecución que han sido especialmente diseñados para alcanzar sus objetivos, se encuentra la mantención del beneficio de la delación compensada en sede penal.

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 63 del Decreto Ley N°211 “estarán exentos de responsabilidad penal por el delito tipificado en el artículo 62 aquellas personas que primero hayan aportado a la Fiscalía Nacional Económica antecedentes de conformidad al artículo 39 bis. El requerimiento del Fiscal Nacional Económico individualizará a las personas exentas de responsabilidad penal y dicha calidad será así declarada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”, exigiendo, para que ello tenga efectiva vigencia, que “las personas indicadas en el inciso anterior deberán proporcionar al Ministerio Público y al tribunal competente los mismos antecedentes que previamente entregaron a la Fiscalía Nacional Económica y deberán prestar declaración en calidad de testigo en la forma dispuesta por el artículo 191 del Código Procesal Penal, declaración que será incorporada al juicio oral de la manera prevista en el artículo 331 del mencionado Código. Si el testigo legalmente citado no compareciere sin justa causa o se negare a ratificar su declaración prestada ante la Fiscalía Nacional Económica, y así lo declarare el juez de garantía competente a petición del Ministerio Público, o incurriere en alguna de las conductas previstas en los artículos 206 a 269 bis del Código Penal, será privado de la exención de responsabilidad penal que establece este artículo. La sanción respectiva se acumulará materialmente a la que corresponda según lo dispuesto en el artículo 62”. Exigencias similares se establecen para los segundos delatores.

El primero de los desafíos está dado por la delimitación de qué se entienda como *entrega de los mismos antecedentes y ratificar su declaración prestada* ante la Fiscalía Nacional Económica, teniendo en cuenta el tiempo transcurrido y las vicisitudes del procedimiento infraccional previo.

En segundo lugar, será exigencia de la Fiscalía Nacional Económica y del Ministerio Público adoptar las medidas que sean requeridas para asegurar que esa colaboración se mantenga, adoptando medidas preventivas que así lo hagan posible, como el resguardo de la evidencia, y en este último caso, la anticipación, según corresponda, de la prueba testimonial que sea requerida en las hipótesis a las que faculta la ley.

XV | *La pena efectiva*

El diseño normativo vigente se estructura bajo la pretensión de que quienes sean condenados por delito de colusión cumplan de manera efectiva la pena impuesta, como se obtiene del inciso final del artículo 62 del Decreto Ley N°211, de acuerdo con el cual: “Será aplicable lo previsto en la ley N°18.216, conforme a las reglas generales. Sin embargo, la ejecución de la respectiva pena sustitutiva quedará en suspenso por un año, tiempo durante el cual el condenado deberá cumplir en forma efectiva la pena privativa de libertad a la que fuere sancionado”.

Teniendo en cuenta la aplicación que han tenido normas similares a la mencionada en otras leyes, como sucede con la del artículo 196 ter de la Ley de Tránsito, la que ha sido cuestionada como contraria a la Constitución Política de la República y, en relación con la cual se ha dicho que “resulta desproporcionada la aplicación de la norma consignada en el artículo 196 ter de la Ley 18.290, por cuanto, no resulta pertinente que la norma de sanción (norma sustitutiva) sea modificada por otra norma de sanción específica (norma de aplicación de cumplimiento efectivo de años de prisión) lo cual implica que el injusto por el que se sanciona con el respectivo reproche estatal resulta inconstitucional, al establecer una desviación de los fines de la pena, obviándose la lesión o puesta de peligro del bien o bienes jurídicos protegidos (...) Cabe hacer presente que esta falta de proporcionalidad implica a la vez una afectación del principio de igualdad, puesto que el legislador debe hacer una ponderación entre lo gravoso de la pena y el hecho como único parámetro en el test de comparación, debiendo excluirse toda opción preventiva, como aquella que establece el artículo 196 ter ya citado, pues escapa al ámbito punitivo cualquier exceso que conlleve penar más allá del hecho punible descrito en la ley (principio de taxatividad), plasmado en el artículo 19 N°3 inciso final de la Constitución” (Tribunal Constitucional, sentencia 8465-2020 de 20 de mayo de 2020. En el mismo sentido, entre otras, sentencia 9949- 20 de 16 de marzo de 2021), es un desafío para el sistema que pueda conseguirse que los condenados por el delito de colusión cumplan efectivamente con una pena privativa de libertad.

II. Desafíos derivados de la habilitación que se concede al Fiscal Nacional Económico para deducir la querrela por el delito de colusión

El segundo grupo de desafíos derivados de la penalización de la colusión, surge de otra de las reglas sobre las que se construye el diseño normativo actualmente vigente: la decisión de entregar el ejercicio de la querrela al Fiscal Nacional Económico.

De acuerdo con la disposición contenida en el artículo 64 del Decreto Ley N°211, las investigaciones de los hechos señalados en el artículo 62 “solo se podrán iniciar por querrela formulada por la Fiscalía Nacional Económica, la que podrá interponerla una vez que la existencia del acuerdo haya sido establecida por sentencia definitiva ejecutoriada del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sin que sea admisible, denuncia o cualquier otra querrela”.

1. El desafío de la selección, la consistencia, la universalidad y la motivación

El primero de los desafíos que se advierten en este punto dice relación con la selección de aquellos comportamientos en relación con los cuales se ejercitará la acción penal⁴. La independencia para efectos de adoptar esa selección, el carácter técnico de la misma, así como la racionalidad y universalidad de los criterios utilizados para tales efectos, serán esenciales; lo mismo que la fundamentación de las decisiones que se adopten con miras a dar cuenta del ejercicio fundado de la discrecionalidad que le ha sido conferida a la Fiscalía Nacional Económica, y que permita ir dotando de contenido –con miras a hacer posible la seguridad jurídica– cuáles serían los *hechos que comprometieren gravemente la libre competencia en los mercados* a los que hace alusión el artículo 64 del Decreto Ley N°211.

La guía confeccionada por la Fiscalía Nacional Económica con el objeto de dar cuenta de los criterios que, en abstracto, debieran ser tenidos en cuenta, es un avance, sin perjuicio de lo cual queda por concretar la forma y el procedimiento del que se valdrá esa autoridad administrativa para efectos de aplicarlos en relación con uno o más hechos concretos.

4 La discrecionalidad de la Fiscalía Nacional Económica para la presentación de la querrela en los casos en que se califican como colusiones que recaen sobre bienes de primera necesidad es, como se ha visto, una de las grandes modificaciones que propone el proyecto de ley aprobado por la Cámara de Diputados (Boletín 13204-07, refundido con el boletín N°13205-07), en la medida en que se consagra la obligación para este órgano administrativo de presentar querrela dentro de los 90 días de deducido el requerimiento. Esa propuesta se estrella, en mi entender, con la dificultad para precisar ex ante cuáles sean esos bienes esenciales, así como con la imposibilidad de que ese solo factor, aunque necesario, resulte suficiente para fundar la decisión de deducir o no querrela penal.

2. El desafío de la aplicación concreta

El segundo de los desafíos relevantes que se advierten en este punto es la efectiva aplicación del sistema vigente en lo que dice relación con el ejercicio de la acción penal.

Si se quiere evitar que la penalización de la colusión se vuelva una norma simbólica, será menester que la Fiscalía Nacional Económica efectivamente presente querellas criminales en los casos en que haya obtenido una condena infraccional previa por colusión y en que concurre la especial gravedad a que se refiere el artículo 64 del Decreto Ley N°211.

3. El desafío de la coherencia del sistema

El diseño normativo vigente entrega al Fiscal Nacional Económico el ejercicio exclusivo de la querella por delitos de colusión, lo que supone, por una parte, que será este el funcionario que seleccione –de acuerdo con criterios razonables, consistentes y universales– aquellas conductas que serán perseguidas penalmente, y que efectivamente se ejercite la facultad de deducir querella criminal.

Constituye un desafío del sistema, no obstante, que la persecución de estos comportamientos no se inicie o siga a propósito de investigaciones por otros delitos diferentes, como sucede precisamente por el artículo 285 del Código Penal; lo que podría constituir un mecanismo para dotar al Ministerio Público –ya sea de oficio, ya sea en razón de querella de quienes puedan estimarse facultados para deducirla en los términos previstos en el artículo 111 del Código Procesal Penal– de la competencia para decidir la investigación, al menos parcialmente, de los hechos relevantes en el caso concreto.

4. El desafío del control y la responsabilidad

El último de los desafíos que cabe anotar dice relación con cuáles serán los mecanismos que serán utilizados para efectos de controlar la decisión del Fiscal Nacional Económico de deducir querella criminal para que se persiga penalmente el delito de colusión, teniendo en cuenta que es en razón de su decisión discrecional que ello procede.

La utilización de herramientas de responsabilidad política, administrativa y judicial general (cautelar) debieran contribuir a ejercer un control de la racionalidad, fundamentación y universalidad de los criterios utilizados.

III. Desafíos derivados de la acumulación de la sanción infraccional y la sanción administrativa

La tercera de las características que definen el actual sistema de libre competencia contenido en el Decreto Ley N°211 dice relación con la acumulación de la reacción administrativa y penal, como resulta de lo dispuesto por el artículo 26, disposición conforme con la cual: “La aplicación de las sanciones previstas en este artículo será compatible con aquellas de carácter penal establecidas en la presente ley y con la determinación de la indemnización de perjuicios que prevé el art. 30”.

1. Plus de desvalor del delito penal de colusión

Me parece que constituye un desafío para el sistema penal en general establecer criterios que permitan establecer cuál es el *plus* de desvalor que concurre en el delito penal de colusión y que merece y necesita que a la sanción infraccional se acumule la penal. Ello teniendo en especial consideración el carácter fragmentario del derecho penal, y el principio de lesividad que lo orienta.

Si bien es cierto que el legislador nacional, en el artículo 62, al momento de tipificar la colusión ha seleccionado únicamente algunos de los acuerdos potencialmente constitutivos de colusión infraccional (carteles duros del artículo 3 letra a) del Decreto Ley N°211, excluyendo las prácticas concertadas y exigiendo –en el caso de las colusiones para licitaciones– que ellas tengan lugar en relación con empresas públicas, privadas prestadoras de servicios públicos u órganos públicos), a mi entender tal selección no es suficiente para efectos de capturar íntegramente el *plus de desvalor* necesario. Se ha de exigir una especial gravedad en los hechos que sirva para justificar la deducción de la querrela a la que se refiere el artículo 64, y queda por precisar cuáles serían los elementos y criterios específicos con los que ella será satisfecha.

2. Proporcionalidad de la persecución y reacción en concreto

Sin perjuicio de que la norma contenida en el artículo 26 del Decreto Ley N°211 resuelve la cuestión referente a la concurrencia de ambas sanciones, y el artículo 64 a ambos procedimientos, de manera que podría estimarse que salvan prima facie el problema del *ne bis in idem* sustantivo y procedimental, ello no descarta que, en el caso concreto, pueda debatirse acerca de la proporcionalidad de esa reacción, teniendo en cuenta la particular intensidad que tiene el sistema sancionador de libre competencia al que se acumularía posteriormente la reacción penal, y considerando, asimismo, la carga del proceso, habida cuenta de la secuencialidad.



Este documento se encuentra sujeto a los términos y condiciones de uso disponibles en nuestro sitio web:

<http://www.centrocompetencia.com/terminos-y-condiciones/>

Cómo citar este artículo:

Ma. Soledad Krause M. , "Desafíos para el Sistema Infracional de Libre Competencia a raíz de la Penalización de la Colusión.", *Diálogos CeCo* (octubre, 2021),

<http://www.centrocompetencia.com/category/dialogos/>

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