



LA JOYA DE LA CORONA: EL INICIO DE LA ACCIÓN PENAL EN LOS CASOS DE COLUSIÓN

Catalina Sierpe Venegas

La joya de la corona: el inicio de la acción penal en los casos de colusión

Julio 2022



Catalina Sierpe Venegas

Abogada de la Universidad de Chile. Tiene un Magíster de la Universidad de Chile con mención en Derecho Público y un diplomado en Derecho de la Libre Competencia en la P. Universidad Católica de Chile. Trabajó como abogada en la División de Litigios de la Fiscalía Nacional Económica y actualmente es asociada de Pellegrini & Rencoret

El régimen secuencial de persecución penal para el delito de colusión actualmente imperante en Chile se origina en la propuesta realizada por el Ministro de Economía a la Comisión Mixta, que fue finalmente aprobada y que se traduce en una especie de compromiso entre la Fiscalía y el Ministerio Público a la controversia entre ambos por el control del ejercicio de la acción penal. Desde el inicio de la tramitación de la Ley N° 20.945, se esgrimió que la titularidad de la acción penal sería entregada a la Fiscalía Nacional Económica ("FNE"), sin perjuicio de que correspondía al Gobierno y al Congreso Nacional tomar una decisión sobre cuál alternativa se consideraba mejor para el sistema investigativo-persecutor.

Como señaló el Ministro de Economía de aquella época, *"más que plantear un antagonismo entre la Fiscalía Nacional Económica y el Ministerio Público, lo que nuestra propuesta plantea es una labor colaborativa entre ambas instituciones, para que se sancione con cárcel efectiva a quienes se coludan"*¹.

No obstante, si bien aquellas eran las intenciones, lo cierto es que el debate se plasmó de discusiones relativas a la entrega del ejercicio de la acción penal a una u otra autoridad, por lo que, a pesar de plantear una labor colaborativa, se encontraron opiniones muy diversas.

Pues bien, el presente artículo analizará las principales argumentaciones esgrimidas en el proyecto y tramitación de la Ley N° 20.945 para efectos de decidir que la FNE es el órgano con la facultad exclusiva de iniciar la acción penal en casos de colusión, con el propósito de visibilizarlas y aportar en la noción de lo que debe ocurrir a futuro. Esto, considerando especialmente las diferencias existentes en los procesos seguidos en sede de libre competencia y penal, que pueden llegar a dificultar la colaboración y el sincronismo de ambos procesos.

I. EL ORIGEN

La criminalización expresa de la colusión en nuestro país data desde 1959, cuando en virtud del texto normativo de la entonces vigente Ley N° 13.305, se sancionaba con presidio menor en cualquiera de sus grados *"todo acto o convención que tienda a impedir la libre competencia [...] mediante convenios de fijación de precios o repartos de cuotas de producción, transporte o de distribución, o de zonas de mercado [...] mediante acuerdos, negociaciones o asociaciones [...]"*². Sin embargo, lo cierto es que únicamente fueron dos los casos que intentaron ser sancionados penalmente en ese entonces.

1 Proposición de Comisión Mixta, Boletín N° 995003.

2 Al respecto, véase en: BERNEDO, P. (2013). Historia de la Libre Competencia en Chile 1959-2010. Santiago: Ediciones Fiscalía Nacional Económica, pp. 40-46.

Posteriormente, el escenario nacional cambiaría con la entrada en vigencia de la Ley N° 19.911, durante el 2003. Esta ley dio término a la criminalización de la colusión en Chile, transformándose la totalidad de las conductas contrarias a la libre competencia en infracciones de naturaleza administrativa, siendo investigadas por la FNE y sancionadas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”) (institución creada para tal efecto en ese mismo año).

De esta manera, tuvieron que pasar más de trece años y presentarse la misma cantidad de proyectos de ley intentando tipificar nuevamente la colusión para que recién en octubre de 2016 entrara en vigencia la Ley N° 20.945. En efecto, entre las importantes modificaciones que impulsó en el Decreto Ley N° 211³-que fija normas para la defensa de la libre competencia, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el Decreto con Fuerza de Ley N° 1/2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción-, se logró enmarcar y definir a la colusión como hecho punible con penas de crimen asociadas, conforme a lo consagrado en su Título V.

La verdad es que los tiempos habían cambiado y parecía imperioso volver a criminalizar las conductas anticompetitivas más graves.⁴ Así al menos lo señalaba el mensaje del Poder Ejecutivo al indicar que, entre 1959 y 2003, nunca se había aplicado la pena de cárcel para la colusión, pues la conciencia y reproche respecto de este tipo de ilícitos, así como la ausencia de una institucionalidad suficiente, lo habrían hecho imposible. En efecto, tal como se constata en el referido mensaje, se esperaba que la penalización de la colusión constituyera *“un avance sustancial dirigido a incentivar a que los ejecutivos de las empresas, quienes son los que toman la decisión de ser parte de un acuerdo colusorio, se comporten de acuerdo a los principios más básicos que inspiran la libre competencia y opten por no involucrarse ellos ni a sus empresas en estas prácticas tan reprobables”*.⁵

Fue en este contexto que el conflicto entre la FNE y el Ministerio Público por obtener la titularidad en el ejercicio de la acción penal para perseguir la responsabilidad penal por el delito de colusión se hizo presente, representando uno de los elementos centrales del proyecto de ley que dio vida a la Ley N° 20.945. Lo anterior, pues este punto se relacionaba, en definitiva, con la forma de hacer efectiva la responsabilidad penal de quienes se coluden.

En este sentido, cabe destacar que, más allá de ciertos matices, y a pesar de existir búsqueda de alternativas híbridas, en pos del interés público parecían existir y primar dos caminos: o la titularidad era de la FNE o era del Ministerio Público. Esto, pues existía la opinión unánime de que una opción híbrida lo único que generaría era *“confrontaciones entre dos instituciones que tienen que trabajar conjuntamente para asegurar una adecuada persecución penal”*.⁶

3 Entre las modificaciones más relevantes se puede mencionar tanto la introducción de la delación compensada como herramienta para detectar, sancionar y disuadir la conformación de carteles, como la intensificación de las sanciones administrativas para la colusión.

4 De hecho, durante la tramitación del proyecto de ley (Boletín 9.950-2003) el Ministro de Economía, Fomento y Turismo, señalaba ante la Cámara de Diputados que la colusión entre competidores *“es la conducta más dañina en contra de la libre competencia. Se trata del cáncer de la economía de mercado. Afecta no sólo a los consumidores, sino que también a los pequeños competidores y erosiona las confianzas en nuestro sistema económico. Es necesario desincentivar de manera efectiva la ocurrencia de estos ilícitos y dotar a las instituciones con los instrumentos adecuados para que cumplan con este objetivo”*, véase en: Presentación “Proyecto de Ley de Fortalecimiento del Sistema de Defensa de Libre Competencia, Boletín N°9950-03, del Ministro Luis Felipe Céspedes, de fecha 7 de abril de 2015, p. 8. Disponible en: <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=30372&prmTIPO=DOCUMENTOCOMISION>.

Lo anterior ha sido reafirmado por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Así, este tribunal, en autos Rol N° 119-2012, señaló que la colusión es *“unánimemente en la doctrina, en nuestra legislación y en la jurisprudencia de este Tribunal como de la Excm. Corte Suprema, el más lesivo de los atentados a la libre competencia, toda vez que supone suprimir de raíz la incertidumbre y la libre iniciativa propia de los procesos competitivos, reemplazándola por una conspiración entre competidores en perjuicio del bienestar social y los consumidores. Tal es la gravedad de este ilícito, que el legislador estableció en su respecto –en la reforma al D.L. N° 211 contenida en la Ley N° 20.361, de 13 de julio de 2009– una mayor sanción y un mayor plazo de prescripción de la acción para perseguirlo, en comparación con todas las demás prácticas restrictivas de la libre competencia contenidas en dicho cuerpo legal”*.

5 Mensaje del Poder Ejecutivo, Ley N° 20.945, Boletín 9.950-03, de fecha 16 de marzo de 2015.

6 Acta de Discusión en Sala en el Tercer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados, fecha 14 de junio de 2016, Sesión N°32, Legislatura N°34, p. 8.

Como se desarrollará luego, el legislador optó por considerar que la FNE era el organismo técnico que contaba con todas las facultades necesarias para investigar el delito de colusión (en virtud de las facultades especiales de investigación contenidas en el artículo 39 letra n) y de la delación compensada del artículo 39 bis, ambos del Decreto Ley N° 211), exigiéndosele el ejercicio directo de la acción penal a través de una querrela criminal.

En efecto, desde el comienzo de la tramitación de la Ley N° 20.945 -con el mensaje presidencial- hasta su final -con la entrada en vigencia del actual texto del artículo 64 del Decreto Ley N° 211⁷- se buscó dotar a la FNE de la facultad exclusiva para iniciar la acción penal, en pos de evitar que su ejercicio por parte de otros órganos (como el Ministerio Público) pudiese interferir en la investigación llevada a cabo por la misma FNE y en el procedimiento judicial tramitado ante el TDLC. Lo anterior, sin perjuicio de las variaciones que existieron durante la tramitación del proyecto de ley respecto de la manera en que aquella atribución fue finalmente conferida.

De hecho, tanto fue así que el legislador optó por consagrar un sistema secuencial y consecutivo. Así, por una parte, se subordinó el inicio de la investigación penal al ejercicio de la acción penal por parte de la FNE, a través de una querrela. Por otra parte, se subordinó el ejercicio de la acción penal al término del juicio infraccional ante el TDLC. Por tanto, existe actualmente en Chile una protección conjunta de la competencia⁸, que se traduce en que las prácticas restrictivas y contrarias a la libre competencia se sancionan tanto en sede penal como ante el TDLC. Para ello, desde luego, se requiere de la coordinación entre la actividad de la FNE y la del Ministerio Público.

A pesar de que el requerimiento de coordinación que les es exigible a las autoridades parece simple, lo cierto en la práctica es que la titularidad de la acción penal fue una de las cuestiones procesales más comentadas y discutidas durante la tramitación de la Ley N° 20.945, principalmente -y por qué no decirlo- por la postura contraria que adoptó el Ministerio Público.

II. PRINCIPALES ARGUMENTOS EN FAVOR DE LA FNE

Como se esbozó con anterioridad, la tramitación de la Ley N° 20.945 estuvo marcada por el debate entre quienes sostenían que era la FNE la que debía ostentar la titularidad exclusiva para iniciar la acción penal frente al delito de colusión y aquellos que abogaban por la posición contraria a favor del Ministerio Público. Los principales argumentos que se dieron en las dos cámaras del Congreso Nacional para que la Fiscalía tuviese la titularidad exclusiva de la acción penal se exponen a continuación.

Primero, los casos de colusión se enmarcarían en un ámbito de litigación sofisticada, por lo que desde el punto de vista de las competencias técnicas que la aplicación de la normativa de libre competencia

7 Artículo 64°.- *Las investigaciones de los hechos señalados en el inciso primero del artículo 62 sólo 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. Para estos efectos, no se aplicará lo dispuesto en el artículo 166 del Código Procesal Penal. El Fiscal Nacional Económico deberá interponer querrela en aquellos casos en que se tratare de hechos que comprometieren gravemente la libre competencia en los mercados. El Fiscal Nacional Económico deberá emitir una decisión fundada en caso que, habiéndose cumplido los requisitos establecidos en el inciso primero, decidiere no interponer querrela por los hechos señalados en el inciso primero del artículo 62. La interposición de la querrela o la decisión de no formularla deberá tener lugar a más tardar en el plazo de seis meses, contado desde que se encuentre ejecutoriada la sentencia definitiva pronunciada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. En su querrela, la Fiscalía Nacional Económica informará la circunstancia de haber obtenido autorización judicial para realizar una o más de las medidas a que se refieren los numerales n.1 a n.4 de la letra n) del artículo 39, así como el hecho de haber realizado o no dichas diligencias. El Ministerio Público podrá solicitar al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia el alzamiento de la confidencialidad o reserva de determinadas piezas de su expediente para su utilización en el proceso penal. Para los efectos de su incorporación al proceso penal, se entenderá que las copias de los registros, evidencias y demás antecedentes que hayan sido recabados por la Fiscalía Nacional Económica, a partir de diligencias realizadas con autorización judicial de un ministro de Corte de Apelaciones, cumplen con lo dispuesto por el artículo 9° del Código Procesal Penal".*

8 GARCÍA, P. (2004). "Los delitos contra la competencia". Lima, ARA editores., pp. 10 y siguientes.

exigiría, sería necesario que el Ministerio Público no active sus facultades de investigación y persecución previamente a la interposición de una querrela por parte del Fiscal Nacional Económico, debiendo así existir un “monopolio del ejercicio de la acción penal en el órgano que es técnicamente cualificado”.⁹ En este sentido, si las competencias técnicas necesarias se han consolidado en el tiempo en la FNE y en el TDLC, resultaría acertado otorgar *“un voto de confianza por esa experticia acumulada, de modo tal que la persecución penal quede reservada para aquellos casos en que, en opinión del propio organismo persecutor en materia de libre competencia, se satisfagan los presupuestos para ello”*.^{10,11}

Además, se señaló que, si bien resultaba indispensable y positivo que la FNE tuviera la atribución exclusiva de iniciar la acción penal en esta materia, aquella debía *“ejercerse una vez terminado el proceso ante el TDLC y no de acuerdo al impacto que el caso produzca”*¹², pues de esa manera se dotaría de seriedad al proceso investigativo.¹³

El segundo argumento que se ofreció para fundar la titularidad exclusiva de la FNE se refirió a la evitación de una dualidad de procedimientos con *“estándares de prueba distintos, y el riesgo de llegar a sentencias contradictorias”*.¹⁴ En este mismo sentido se pronunciaron algunos senadores, señalando que *“la idea es evitar que por un mismo hecho los acusados deban defenderse en dos procesos paralelos con distinta tramitación y estándares probatorios y que, eventualmente, puedan culminar con fallos contradictorios”*.¹⁵ Así, de acuerdo a este razonamiento, de tener el Ministerio Público la facultad de iniciar de oficio una investigación, se generaría gran incertidumbre respecto del funcionamiento del sistema en su conjunto

En tercer lugar, se argumentó que los costos aparejados a tener a gran parte del Ministerio Público dedicado a este tipo de investigaciones serían muy altos, aun suponiendo que fuera posible coordinar la labor de las instituciones especializadas en materia de libre competencia con las de la justicia penal¹⁶. Por lo demás, atendido a que existe un órgano persecutor especializado en la materia y que ha cumplido adecuadamente su rol, no sería razonable incurrir en los costos previamente indicados.

El cuarto argumento que se expuso para defender la titularidad exclusiva de la FNE se refirió a la cuestión de qué institución se encuentra en mejor condición de apreciar el efecto que tuvo en la economía el acuerdo colusorio (previamente sancionado por el **TDLC**). En este sentido, el entonces diputado Edwards planteó que si bien el Ministerio Público había demostrado tener capacidad institucional suficiente y relevante para apreciar el nivel de culpabilidad de una conducta determinada, y en función de aquello ejercer la acción penal correspondiente, aquello no importaba necesariamente tener capacidad para *“determinar técnicamente*

9 Informe de Comisión de Economía. Cámara de Diputados, de fecha 24 de septiembre de 2015 (intervención de Juan Pablo Mañalich).

10 Ibid.

11 El Ministro de Economía de aquel entonces señaló que efectivamente era la Fiscalía Nacional Económica el organismo técnico que contaba con todas las facultades que resultaban necesarias para investigar las colusiones, debido a las facultades especiales del artículo 39 n) del DL N°211 y la posibilidad de aplicar la delación compensada y sus beneficios conforme el artículo 39 bis del mismo cuerpo legal. Informe de Comisión de Economía. Cámara de Diputados, de fecha 24 de septiembre de 2015 (intervención de Ministro de Economía).

12 Informe de Comisión de Economía. Cámara de Diputados, de fecha 24 de septiembre de 2015 (intervención de María Elina Cruz).

13 En este mismo sentido se refirió don Julio Pellegrini: *“Además, lo ideal es que el juicio criminal, si llegase a existir, sea posterior al de libre competencia, de modo que, si una persona es condenada en éste, con ese antecedente se dirija contra ella la acción penal”*. Informe de Comisión de Economía. Cámara de Diputados, de fecha 24 de septiembre de 2015 (intervención de Julio Pellegrini).

14 Ibid.

15 Segundo Informe de Comisión de Economía. Cámara de Senadores, de fecha 19 de enero de 2016 (intervención de Iván Moreira).

16 Informe de Comisión de Economía. Cámara de Diputados, de fecha 24 de septiembre de 2015 (intervención de Tomás Menchaca).

la gravedad de la conducta sancionadas para el desempeño competitivo de la economía”, agregando que “lo relevante en esta discusión es determinar qué institución está en mejor condición técnica para hacer la valoración del efecto económico de una conducta anticompetitiva”.¹⁷

Bajo esa perspectiva, sería la FNE la autoridad más adecuada para encargarse de aquella función “por su carácter de organismo especializado en materias de libre competencia y por sus competencias técnicas”, estando en definitiva en mejor posición que el Ministerio Público para determinar si una colusión compromete gravemente la libre competencia en los mercados o no. Lo anterior no es indiferente, ya que no todas las colusiones van a comprometer necesariamente de manera grave la libre competencia, toda vez que es perfectamente posible que existan pactos de menor entidad que no ameriten persecución penal, más aún teniendo en consideración que la ley chilena impone pena de presidio efectivo de a lo menos un año, a aquellos que intervengan en este tipo de acuerdos.

Ahora bien, la potencial discrecionalidad que algunos detractores advertían en la constatación acerca de la gravedad de una colusión no es tal, por cuanto la secuencialidad que rige en el ordenamiento institucional vigente exige pronunciamiento previo del TDLC y de la Excelentísima Corte Suprema, por lo que la decisión que debe adoptar la Fiscalía se encontrará sujeta a criterios de evaluación totalmente públicos y transparentes, contenidos en las sentencias de ambos órganos jurisdiccionales. Adicionalmente, el concepto de gravedad encuentra desarrollo en la jurisprudencia de ambas autoridades.

Finalmente, el último argumento que se discutió en el Congreso fue la idea de que dejar en manos de la FNE el inicio de la acción penal estaba lejos de entregar “en bandeja” la discrecionalidad a la autoridad. Esto, pues el legislador sometió el ejercicio de la acción penal a cinco reglas: (i) la exigencia de interponer una querrela por el Fiscal Nacional Económico, excluyendo así cualquier otro modo de inicio de investigación (como, por ejemplo, una denuncia); (ii) la exigencia de que el acuerdo colusorio haya sido sancionado previamente por sentencia definitiva ejecutoriada del TDLC (como requisito previo para interponer la querrela); (iii) el deber legal de presentar querrela en casos que comprometan gravemente la libre competencia; (iv) el deber legal de justificar la decisión de no interponer querrela cuando se han cumplido las condiciones para hacerlo; y (v) el establecimiento de un plazo de seis meses desde que quede ejecutoriada la sentencia definitiva previa del TDLC para que la Fiscalía interponga la querrela o emita su decisión fundada en caso contrario.¹⁸

III. PRINCIPALES ARGUMENTOS A FAVOR DEL MINISTERIO PÚBLICO

Para sustentar la titularidad exclusiva de la acción penal del Ministerio Público, en la discusión que se dio en el Congreso se señaló como primer argumento que entregar la acción penal al Fiscal Nacional Económico obedecería al capricho de aquellos que nunca habrían querido que en Chile se sancione la colusión con penas de cárcel, con miras a crear una supuesta estela de impunidad para quienes se coluden. Así, la titularidad exclusiva de la FNE generaría un espacio de protección ante la persecución penal, el que estaría dado por el ámbito discrecional de la decisión del Fiscal Nacional Económico de no interponer una querrela por estimarse que no se ha comprometido la libre competencia en los mercados.¹⁹

17 Informe de Comisión Mixta, de fecha 05 de julio de 2016 (Intervención de Juan Cristóbal Gumucio). En este mismo sentido, Informe de Comisión Mixta, de fecha 05 de julio de 2016 (Intervención de Rojo Edwards).

18 AWAD, A.; BASCUÑAN, A; CHÁVES, M.; CONTRERAS (2017). Informe en Derecho: “Justificación y presupuestos legales de una Guía interna de la Fiscalía Nacional Económica relativa a la interposición de querrelas por el delito de colusión”, p. 9.

19 Cabe destacar que el Sr. Jorge Grunberg, asesor del Ministerio de Economía en aquel entonces, refutó este argumento, señalando que perseguir o no la responsabilidad penal de un infractor de la libre competencia no es una pura apreciación personal de la gravedad del

En segundo lugar, se argumentó que resultaría falaz afirmar que *“cualquier cosa distinta a una querrela presentada a arbitrio del fiscal nacional económico sería una amenaza contra el mecanismo de la delación compensada”*. Esto, pues la realidad legislativa -y en concreto el artículo 63 del DL N°211- establece de manera clara y expresa que los beneficios aparejados de la delación compensada comprenden la exención de responsabilidad penal, bastando para ello la mera declaración del jefe de servicio de la FNE individualizando a los sujetos beneficiados y declarando la existencia del beneficio.

En tercer lugar, se señaló que el tecnicismo con el que debiese contar la autoridad investigadora, así como el mayor gasto fiscal de involucrar primeramente al Ministerio Público, no serían efectivos. Esto pues, por una parte, son pocos los carteles y colusiones, y por otra parte, son aún menos los casos respecto de los cuales se solicitará una condena habilitante de la acción penal.

El cuarto argumento en favor de la titularidad exclusiva del Ministerio Público consistió en la idea de que limitar las materias en las cuales el Ministerio Público puede ejercer la persecución penal iría en contra del objetivo de disminuir espacios de impunidad, así como de eliminar la sensación de *“inequidad que se ha generado en torno a las investigaciones penales que se siguen en contra de las personas que delinquen en estos ámbitos [como la libre competencia]”*²⁰. Más aún, vedar el ejercicio de la acción penal en los casos de colusión minaría la mayor especialización a la que apunta el Ministerio Público.

Tanto es así que, durante el Proceso Constituyente, el propio Ministerio Público solicitó que se incorporara una norma constitucional que le permitiera *“dar una respuesta más enérgica y potente frente a los abusos cometidos por agentes del mercado y por quienes ejercen cargos de poder económico o político”*²¹. Aún más, el Fiscal Nacional hizo presente la imperiosa necesidad de *“establecer expresamente que el ejercicio de la acción penal pública es una potestad exclusiva del Ministerio Público, no obstante que en materias de alta especialidad el Ministerio Público deba actuar coordinadamente con otras instituciones tales como la FNE, sin perjuicio de sus facultades para querellarse”*²².

En quinto lugar, se razonó en favor del Ministerio Público, que no existiría ningún grado de contrapeso o compensación para aminorar el poder que tendría la FNE respecto al ejercicio de la acción penal. Además, se indicó que el modelo vigente significaría sustraer los delitos de colusión del régimen general del ejercicio de la acción penal pública, quebrando de esta manera el *“principio de igualdad ante la ley”*²³. En estos términos, de acuerdo a lo planteado por el Fiscal Regional Metropolitano Centro Norte, existirían tres alternativas plausibles:

- a. Mantener la propuesta original, consistente en que la FNE ostente la facultad exclusiva de ejercer la acción penal;
- b. Volver a las reglas generales del ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público; o,
- c. Establecer un mecanismo intermedio consistente en el reconocimiento de la facultad para que el Fiscal Nacional Económico inicie la acción penal, pero una vez que transcurra cierta cantidad de tiempo sin

caso, sino que está respaldada por una sentencia previa del TDLC que será revisada por la Excelentísima Corte Suprema.

20 Informe del Ministerio Público que presenta documentos que contienen estudios, reflexiones y propuestas sobre el Ministerio Público en el marco del proceso constituyente, de fecha 28 de enero de 2022, p. 82.

21 *Ibíd.*

22 Presentación Fiscal Nacional sobre el Ministerio Público y el Sistema de Persecución Penal, de noviembre 2021.

23 Informe de Comisión de Constitución. Cámara de Senadores, de fecha 18 de mayo de 2016 (intervención del Fiscal Regional Metropolitano Centro Norte del Ministerio Público).

haberse presentado la querrela, se abre una instancia para que el Ministerio Público pueda impetrar medidas de revisión sobre la omisión del órgano investigador económico.

Desde luego, la última alternativa ayudaría a aminorar el poder del Fiscal Nacional Económico. Ahora bien, tal como hizo presente en la discusión el Fiscal Regional Metropolitano Centro Norte, *"si se estima que una fórmula mixta podría ocasionar algunos conflictos institucionales, la solución más simple es reenviar todo este asunto a las reglas generales, permitiendo que el Ministerio Público ejerza la acción penal cuando esté a firme la sentencia condenatoria del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia"*.²⁴

En consonancia con lo anterior, el Ministerio Público (a través del Fiscal Regional Metropolitano Centro Norte) también hizo presente la idea de establecer una instancia jurisdiccional en la cual se examinara la decisión del Fiscal Nacional Económico. Sin embargo, tal como indicó el mismo fiscal ya referido, esta idea se desechó por -supuestamente- *"imponer al Fiscal Nacional Económico la obligación de justificar públicamente ante los estrados por qué no accionó contra un infractor determinado, lo que va en desmedro directo al posible caso penal que ulteriormente pudiera seguir el Ministerio Público"*^{25,26}.

IV. ¿QUÉ PASÓ CON LA PROPUESTA DE NUEVA CONSTITUCIÓN?

A pesar de que las autoridades y entendidos en la materia ya habían advertido sobre los problemas que podrían ocasionarse en caso de que se modificara la actual normativa en el sentido de cambiar la titularidad de la acción penal para que el Ministerio Público tuviese la facultad exclusiva de ejercerla -sobre todo en lo que respecta a la utilización de la delación compensada-, lo cierto es que en el primer borrador de nueva Constitución se incluyó el artículo 386 que, en su inciso tercero, establecía que la *"facultad exclusiva de ciertos órganos de la administración para presentar denuncias y querellas, no impedirá que el Ministerio Público investigue y ejerza la acción penal pública, en el caso de delitos que atenten en contra de la probidad, el patrimonio público o lesionen bienes jurídicos colectivos"*.²⁷

Este artículo, que perseguía que ninguna ley ni autoridad pudiese entorpecer el desarrollo de la investigación y el ejercicio de la acción penal pública cuando existan hechos constitutivos de delito y que atenten contra casos calificados de interés general, puso en entredicho lo regulado en el DL N°211. Lo anterior, toda vez que si efectivamente el Ministerio Público pudiese iniciar una investigación penal antes de la dictación de una sentencia por parte del TDLC, se produciría la encrucijada de que *"se inicie la persecución penal contra una persona a la que la FNE le otorgó el beneficio de la delación compensada, sin que esto haya sido aún ratificado por el TDLC mediante su sentencia definitiva"*.²⁸

24 Ibid.

25 Ibid.

26 Cabe destacar que incluir herramientas revisoras de las decisiones de la Fiscalía Nacional Económica para iniciar o no la persecución penal en un determinado caso, implica desde luego someter a la autoridad a una presión pública que podría catalogarse de irresistible, que terminará debilitando la delación compensada y aparejando graves perjuicios asociados, sin que en realidad se asegure que habrá mejores opciones para lograr sentencias condenatorias en sede penal, pues aquello sin duda depende de la existencia y colaboración de los delatores en el proceso previo ante la Fiscalía Nacional Económica y ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

27 Especial Constituyente: La titularidad de la acción penal para casos de colusión. Centro de Competencia, Universidad Adolfo Ibáñez, 26 de mayo de 2022. Se hace presente que, en la propuesta definitiva de nueva Constitución, la norma en cuestión corresponde al artículo 386 inciso 3°.

28 Ibid.

De este modo, en pos de salvaguardar el actual sistema y evitar una modificación que podría aparejar una importante incertidumbre en los agentes económicos y, sobre todo, en los incentivos para optar por los beneficios reconocidos por la delación compensada, la FNE envió a la Comisión de Normas Transitorias de la Convención Constitucional un oficio proponiendo una norma transitoria para hacer frente a lo que se había dispuesto en el ya mencionado artículo 386 inciso 3º.²⁹

En efecto, según lo señala la propia autoridad en el oficio enviado, el objeto de la norma transitoria propuesta era precaver las *“dificultades que la inmediata entrada en vigencia de dicha norma supondría para quienes ya se han acogido o se acogan en el futuro a los beneficios de exención de responsabilidad penal, o de reducción de la pena por el delito de colusión, conforme al artículo 63 del Decreto Ley N°211 [...] mediante el mecanismo conocido habitualmente como “delación compensada” que constituye, tanto a nivel nacional como comparado, la principal herramienta de detección y persecución de carteles”*.³⁰

Los argumentos de la FNE para proponer la inclusión de una norma transitoria fueron claros: (i) evitar que respecto de quienes ya se haya accedido o se acceda a la delación compensada, se inicie un proceso penal sin la existencia previa de una instancia procesal que reconozca y declare su exención de responsabilidad penal; (ii) evitar la afectación a la institución de la delación compensada; y, (iii) evitar la indefensión de quienes ya han utilizado la delación compensada bajo la legítima certeza y confianza de que se encontrarían exentos de responsabilidad penal.

Cabe destacar que no existió oposición por parte de la Comisión de Normas Transitorias ni tampoco del Pleno de la Convención Constitucional a lo propuesto por la FNE, pues aprobaron en su totalidad la norma transitoria. Esta norma actualmente figura como el artículo quincuagésimo sexto transitorio de la propuesta de nueva Constitución. Esto no es menor, ya que entrega luces sobre la intención de mantener el *status quo* de la actual regulación que entrega al organismo especializado en libre competencia la facultad exclusiva de ejercer la acción penal pública en los casos de colusión.

En opinión de esta autora, se debe reconocer a la FNE la capacidad de hacerse cargo del efecto sistémico que se habría generado tras implementarse un cambio como el que pretendió introducir el Ministerio Público (y que podría haber llegado a concretarse en caso de no haber existido el oficio enviado por la FNE a la Comisión de Normas Transitorias). Esto pues la existencia de procesos paralelos, de los límites y sensibilidad que deben existir sobre la confidencialidad de la información del expediente, la diferencia de estándares probatorios e incluso más, la diferencia de principios fundantes en una y otra sede, son elementos que podrían “pasar la cuenta” en un sistema aun joven y que recién comienza su despliegue con los primeros casos de colusión en los que podría resultar procedente la ejecución de la acción penal.

V. CONCLUSIONES

Durante algunas décadas en Chile existió una criminalización expresa de la colusión. No obstante, no fue hasta la reinstauración de la pena de cárcel en 2016 cuando se encendieron las alarmas y el debate entre el Ministerio Público y la FNE por ejercer la acción penal alcanzó su *peak*.

29 La norma transitoria propuesta dispone lo siguiente: *“Se encontrarán exentos de responsabilidad penal por el delito tipificado en el artículo 62 del Decreto Ley N° 211 las personas a que se refiere el inciso primero del artículo 63 del mismo cuerpo legal, sin necesidad de la declaración del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia a que se refiere el inciso primero de dicho artículo, hasta que el legislador no regule el modo y las condiciones de obtención de los beneficios del artículo 39 bis y 62 del Decreto Ley N° 211 en concordancia con lo establecido en el inciso tercero del artículo 386 del Borrador de Nueva Constitución”*.

30 Oficio Ord. N°784, Fiscalía Nacional Económica, de fecha 29 de mayo de 2022, enviado a la Comisión de Normas Transitorias de la Convención Constitucional.

A pesar de las idas y vueltas en la discusión, el gobierno de aquella época presentó un proyecto con una propuesta que se convirtió finalmente en la regulación actual: una FNE con la facultad y titularidad exclusiva de decidir ejercer o no la acción penal, luego de dictarse una sentencia definitiva por parte del TDLC. Lo cierto es que esta solución institucional parece ser, bajo el escenario actual, la mejor alternativa.

Sobran las dudas sobre cómo el Ministerio Público podría abordar la persecución de una infracción como la colusión, debido a los límites más bien grises que podrían llegar a surgir. Adicionalmente, tampoco se tiene tan claro cómo sería o qué efectos generaría la persecución simultánea de una misma conducta en dos sedes distintas. Sí se tienen indicios de que aquello generaría, desde luego, un desincentivo enorme para la utilización de la delación compensada, pues la potencial existencia de una investigación penal previo al reconocimiento de los beneficios por parte del TDLC resultaría complejo.

Debe partirse de la base que entregar a la FNE la facultad para que decida cuándo se inicia la acción penal, asume que lo que la autoridad quiso evitar es que en este ámbito tenga lugar una suerte de interacción entre distintas instituciones con agendas institucionales diferentes. Lo anterior por cuanto los resultados previsibles de esa situación son inadecuados.

Por lo demás, efectivamente el órgano persecutor económico chileno es quien está en la mejor posición para dilucidar qué casos ameritan una persecución criminal posterior y cuáles quedan suficientemente resueltos en el ámbito infraccional. Esto, en vista de la gravedad de la situación, de la posibilidad de lograr una sentencia condenatoria y, sobre todo, ante la necesidad de generar para todos los actores económicos señales claras de qué conductas no se pueden cometer en materia de libre competencia, al punto que el infractor arriesga una persecución segura hasta las últimas consecuencias.

En efecto, en opinión de esta autora, esta parte de la regulación exige tener paciencia para esperar que el sistema chileno -que recién comienza su despliegue con los primeros casos de colusión en los que podría resultar procedente la ejecución de la acción penal-, forme su propio camino. Así, luego de monitorear el rendimiento de este mecanismo, será posible proponer y discutir nuevamente las modificaciones que resulten pertinentes para mejorarlo.



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:

Catalina Sierpe Venegas, "La joya de la corona: el inicio de la acción penal en los casos de colusión",
Investigaciones CeCo (julio, 2022),

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

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