

PREJUDICIALIDAD Y *NON BIS IN IDEM*: ¿EXISTEN OTROS LÍMITES PARA LA PERSECUCIÓN PENAL DE LOS ILÍCITOS CONTRA LA LIBRE COMPETENCIA?

Juan Ignacio Donoso

Prejudicialidad y *non bis in idem*: ¿Existen otros límites para la persecución penal de los ilícitos contra la libre competencia?

Enero 2023



Juan Ignacio Donoso

Abogado de la Pontificia Universidad de Católica de Valparaíso, LLM in Competition Law King's College London y Diplomado en Regulación y Competencia de la Facultad de Economía de la Universidad de Chile. Profesor de Derecho Económico de la Universidad Diego Portales. Se desempeñó como Subjefe de la División Antimonopolios de la Fiscalía Nacional Económica hasta el año 2017. Actualmente es asociado senior en el equipo de libre competencia de Baker Mckenzie.

Abstract: El artículo analiza si podrían existir límites para la persecución penal del ilícito establecido en el artículo 62 del Decreto Ley N° 211 derivados del diseño institucional chileno. De acuerdo al autor, la intención del legislador de establecer un procedimiento penal separado y posterior del proceso infraccional seguido ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, podría dar lugar a dos limitaciones para la persecución penal, que se relacionan con los efectos de una sentencia sobre procesos ulteriores. Estas limitaciones son la exigencia de prejudicialidad y el principio de *non bis in idem*. El artículo explica el contenido de dichas limitaciones, la aplicación que podrían tener en la normativa de libre competencia chilena, y las circunstancias bajo las cuales ellas podrían impedir la persecución penal del ilícito de colusión en el país.

I. INTRODUCCIÓN

En su dictación en el año 1973, el Decreto Ley N° 211 (“**DL 211**”) estableció penas de cárcel en contra de las infracciones a la libre competencia. El artículo primero de su versión original sancionaba con presidio menor en cualquiera de sus grados a quien ejecutase o celebrase cualquier hecho, acto o convención que tienda a impedir la libre competencia, aumentándose la pena en un grado en caso que la conducta incidiese en artículos o servicios esenciales.

Sin embargo, durante los primeros treinta años de vigencia de dicha normativa, no existieron condenas a presidio por su infracción. En el año 2003, con la dictación de la Ley 19.911, que creó el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“**TDLC**”), se eliminaron las penas de cárcel de la normativa de libre competencia chilena. Conforme lo señalaba el Mensaje Presidencial de dicha reforma, la eliminación de las sanciones penales se justificaba en la necesidad de mantener un tipo general amplio de ilícitos anticompetitivos sancionados por la ley, lo que resultaba incompatible con la descripción precisa de la conducta tipificada que requieren las normas penales.¹ Como contrapartida a la eliminación de las sanciones penales, la Ley 19.911 estableció la posibilidad de imponer multas no solamente a la persona jurídica infractora, sino que también a sus directores, administradores y a toda persona que haya intervenido en la realización del acto respectivo.²

1 Al respecto, el Mensaje Presidencial señaló: “*Todo tipo penal debe describir las conductas que sanciona de manera precisa, de forma que los sujetos a los cuales se dirige la norma tengan la certeza de aquello que está prohibido por el legislador. Sin embargo, el escenario actual en el que se desenvuelven los agentes económicos es complejo, por lo que es importante no introducir reglas que señalen per se las conductas que constituyen atentados en contra de la libre competencia. La experiencia mundial indica que hoy que cada caso debe ser estudiado en su propio mérito, de acuerdo con sus complejidades y particularidades. Por estos motivos, resulta aconsejable mantener una norma amplia con ejemplos básicos, para que los integrantes del organismo encargados de conocer las causas decidan, de acuerdo al caso concreto, qué conducta constituye un atentado a la libre competencia. Sin embargo, este enfoque es incompatible con la existencia de una figura penal, en la cual la especificación del tipo es un requisito ineludible, so pena de vulnerar la garantía constitucional establecida en el inciso final del número 3 del artículo 19 de nuestra Constitución*”. Historia de la Ley N° 19.911, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, pág. 8.

2 Véase el artículo 26, letra c), del Decreto Ley N° 211.

En el año 2016, la Ley 20.945 volvió a incorporar al DL 211 las sanciones penales en contra de personas naturales para ciertos casos de colusión, incorporándose penas de cárcel y la inhabilitación para ejercer cargos directivos.³ Esta reforma estuvo principalmente impulsada por la existencia de diversas conductas detectadas por la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”) que afectaron mercados de alta connotación pública (tal como los carteles de farmacias, pollos y papel *tissue*).

Las conductas sancionadas penalmente por el artículo 62 del DL 211 son aquellos acuerdos entre competidores que se han definido como carteles duros (*hard core cartels*)⁴. Estos acuerdos son también sancionados en sede administrativa por el TDLC y se consideran como *per se* ilícitos por el artículo 3, letra a)⁵ del DL 211; sin embargo, el tipo penal del artículo 62 es más restringido que el catálogo de acuerdos entre competidores *per se* ilícitos⁶. De esta manera, y en línea con otras jurisdicciones como Estados Unidos, Canadá, Inglaterra y Australia, la legislación chilena criminalizó las conductas más lesivas para la competencia.

No obstante lo anterior, y pese a haber sido objeto de discusión durante la tramitación de la Ley 20.945, ésta no eliminó la posibilidad de que el TDLC imponga multas a las personas naturales que hayan intervenido en la conducta anticompetitiva.⁷ Así, desde la dictación de la Ley 20.945 las personas naturales que hayan celebrado u ordenado celebrar, ejecutado u organizado un cartel duro podrán verse expuestas no solamente al pago de una multa, sino que también a penas de presidio y/o a la inhabilitación del ejercicio de cargos directivos.

Para efectos de la imposición de las sanciones penales, el legislador optó por un diseño institucional secuencial, en virtud del cual la persecución penal solamente puede iniciarse una vez obtenida una sentencia firme y ejecutoriada del TDLC que haya establecido la existencia del acuerdo anticompetitivo.⁸ Con ello se buscaba evitar la existencia de procedimientos paralelos en sede administrativa y penal, y que existiesen decisiones contradictorias entre estos procesos, así como asegurar el adecuado funcionamiento de la delación compensada.⁹

3 Al respecto, el artículo 62 del DL 211 sanciona con pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, esto es, hasta 10 años de cárcel, a quienes celebren u ordenen celebrar, ejecuten u organicen un acuerdo que involucre a dos o más competidores entre sí, para fijar precios de venta o de compra de bienes o servicios en uno o más mercados; limitar su producción o provisión; dividir, asignar o repartir zonas o cuotas de mercado; o afectar el resultado de licitaciones realizadas por empresas públicas, privadas prestadoras de servicios públicos, u órganos públicos. Junto con ello, la Ley 20.945 además estableció la posibilidad de imponer la pena de inhabilitación absoluta temporal, también hasta 10 años, para ejercer el cargo de director o gerente de una sociedad anónima abierta o sujeta a normas especiales, el cargo de director o gerente de empresas del Estado o en las que éste tenga participación, y el cargo de director o gerente de una asociación gremial o profesional.

4 Conforme a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (“OCDE”) los carteles duros consisten en “*un acuerdo anticompetitivo, práctica concertada anticompetitiva, o arreglo anticompetitivo entre competidores para fijar precios, amañar licitaciones, establecer cuotas o limitaciones de producción, o dividir o repartir mercados a través de la asignación de clientes, proveedores, territorios o líneas de comercio*”. Recommendation of the Council concerning Effective Action Against Hard Core Cartels, apartado I.A.2.

5 El carácter *per se* de dichas conductas ha sido reconocido por el TDLC principalmente con ocasión de la [Sentencia N° 175-2020](#) (considerandos sexagésimo sexto a septuagésimo), y también en la [Resolución 54-2018](#) (párrafo 14). Así también lo establecía el Mensaje Presidencial de la Ley 20.945. Véase la Historia de la Ley N° 20.945, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, pág. 7.

6 La principal diferencia entre los ilícitos anticompetitivos sancionados administrativa y penalmente radica en que el delito penal comprende solamente la figura de acuerdos entre competidores, mientras que el ilícito administrativo abarca también las prácticas concertadas, esto es, aquellas situaciones en que sin haber un acuerdo propiamente tal, existen contactos entre las empresas que remueven o reducen la incertidumbre del mercado. Además, solamente se sanciona penalmente la afectación del resultado de cierto tipo de licitaciones, esto es, aquellas realizadas por empresas públicas, privadas prestadoras de servicios públicos, u órganos públicos (mientras que el artículo 3° letra a) no distingue el tipo de licitación).

7 En tal sentido véase, por ejemplo, la discusión en la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados. Historia de la Ley N° 20.945, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, pág. 138, y 158 y siguientes.

8 Al respecto, el artículo 64 del Decreto Ley N° 211 establece que las investigaciones de los hechos que constituyan ilícito penal 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.

9 Respecto a la discusión durante la tramitación de la ley 20.945 para la adopción del sistema secuencial, véase el informe en derecho de

Pero, además de ello, la Ley 20.945 condicionó la iniciación de una investigación penal a la existencia de una querrela de la FNE, impidiendo al Ministerio Público instruir de oficio una investigación respecto a tales hechos. Según la historia de la ley, esta decisión se justificaba en la alta complejidad de los ilícitos anticompetitivos, en evitar la existencia de procedimientos paralelos, y en un eficiente uso de los recursos públicos.¹⁰ Esta limitación fue fuertemente cuestionada por el Ministerio Público, tanto durante la tramitación de la Ley 20.945, como con posterioridad. Por ejemplo, en el año 2020, durante el inicio de la tramitación del boletín 13312-03, que tiene por objeto aumentar las penas contra la colusión, el Ministerio Público volvió a levantar la controversia, instando a la eliminación de la norma que otorga a la FNE la iniciativa exclusiva de la acción penal, por cuanto ello retrasa la intervención del Ministerio Público dificultando la obtención de pruebas.¹¹

Además, recientemente, con ocasión de la discusión y redacción de la propuesta de Nueva Constitución, la norma en cuestión volvió a estar en la palestra. Lo anterior, a partir de una disposición en dicha propuesta, conforme a la cual la facultad exclusiva de ciertos órganos de la administración del Estado para presentar denuncias y querrelas no impediría 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.¹²

De esta manera, de conformidad a la normativa actual, la FNE detenta la llave para iniciar la persecución penal de un ilícito de colusión, siendo resorte de dicha autoridad el determinar si un cartel duro sancionado por el TDLC deberá dar lugar también a la responsabilidad penal de quienes hayan celebrado u ordenado celebrar, ejecutado u organizado dicho acuerdo. Excepcionalmente, el artículo 64 del DL 211 obliga al Fiscal Nacional Económico a interponer querrela en aquellos casos en que se tratare de hechos que comprometieren gravemente la libre competencia en los mercados.

El objetivo de esta investigación es analizar si el Ministerio Público podría enfrentar otros límites para la persecución penal de los carteles duros en Chile, que podrían emanar no de la ausencia de querrela por parte de la FNE, sino que del diseño institucional de la persecución penal de la libre competencia en Chile. Particularmente, el análisis se centrará en dos instituciones que podrían limitar la persecución penal dado el diseño secuencial establecido en el artículo 62 del DL 211, como son la exigencia de prejudicialidad y el principio de *non bis in idem*. A continuación se examinan ambas instituciones.

II. EXIGENCIA DE PREJUDICIALIDAD

La prejudicialidad se refiere a cuestiones que deben resolverse antes de decidir sobre el objeto de un proceso. Dado lo amplio de dicha acepción, se ha considerado que existe una exigencia de prejudicialidad cuando alguna ley mandata que una situación de derecho sustantivo sea resuelta antes de emitirse pronunciamiento sobre el objeto de un proceso.¹³ En el caso en particular bajo estudio, la exigencia de prejudicialidad se produce

Alejandro Awad Cherit, Antonio Bascañán Rodríguez, Miguel Chaves Pérez, y Marcos Contreras Enos, "Justificación y presupuestos legales de una Guía Interna de la Fiscalía Nacional Económica relativa a la interposición de querrelas por el delito de colusión", de 28 de diciembre de 2017, págs. 19 y siguientes, disponible en https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2018/02/guia_querrela_colusion.pdf

10 Respecto a la discusión durante la tramitación de la ley 20.945 para otorgar la titularidad exclusiva de la FNE para la persecución penal, véase la investigación de Catalina Sierpe, "La Joya de la Corona: El Inicio de la acción penal en los casos de colusión", julio de 2022, págs. 4 a 6, disponible en <https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2022/07/Catalina-Sierpe-Incio-de-la-accion-penal-en-casos-de-colusion.pdf>

11 Véase <https://centrocompetencia.com/fne-ministerio-camara-diputados-accion-penal/>

12 Véase el artículo 365, número 3, de la Propuesta de Constitución Política de la República, del año 2022.

13 En tal sentido, Alejandro Romero señala que lo que introduce al proceso una cuestión prejudicial proviene de alguna situación de derecho sustantivo, que obliga a emitir un pronunciamiento que forma parte del objeto del proceso. Alejandro Romero Seguel en *La Prejudicialidad en el proceso Civil*, Revista Chilena de Derecho, vol. 42 N° 2, año 2015, pág. 455.

respecto de la necesidad de obtener una condena, firme y ejecutoriada en sede de libre competencia previo a poder perseguir la responsabilidad penal que emana de dichos hechos. El DL 211 también establece otra exigencia de prejudicialidad en su artículo 30, a propósito de las acciones de indemnización de perjuicios ante el TDLC, las cuales también solamente pueden iniciarse una vez determinada la existencia de un ilícito anticompetitivo en un procedimiento infraccional previo.

En términos generales, la relación de prejudicialidad puede constituir un impedimento en la persecución penal, cuando la cuestión sustantiva resuelta en el juicio previo constituye un elemento del juicio penal, por cuanto su determinación podría hacer desaparecer el delito. Ello ocurre, por ejemplo, cuando se trata de una cuestión civil concerniente al dominio o a otro derecho real sobre un inmueble, según dispone el artículo 174 del Código Orgánico de Tribunales, como sería el caso del derecho de propiedad respecto del delito de usurpación establecido en el artículo 457 del Código Penal.¹⁴

En tales casos, existe una conexión entre el proceso anterior y la acción penal deducida, por lo que última no puede decidirse en contravención a lo establecido en el proceso judicial previo. Este efecto se denomina función positiva o prejudicial de la cosa juzgada, y se ha definido como aquel efecto de una resolución firme y ejecutoriada que supone que la misma servirá de base a ulteriores decisiones de los tribunales.¹⁵ De la Oliva Santos explica este efecto al señalar: *"si se incoa un segundo proceso con idéntico objeto que otro anterior, es claro que, cuanto antes, debe eliminarse ese segundo litigio. Pero si el segundo (o tercero, cuarto, etc.) proceso no es reproducción del primero, pues sus objetos esenciales son distintos, el tribunal de ese proceso posterior, en el caso de que formen parte del asunto que ha de resolver elementos ya discernidos o decididos en sentencia firme anterior recaída respecto de los mismos sujetos, deberá atenerse al contenido de dicha sentencia, sin contradecir lo dispuesto en ella, sino tomándola, por el contrario, como indiscutible punto de partida. Ésta es la llamada función positiva o prejudicial de la cosa juzgada"*.¹⁶

De esta manera, cuando la decisión previa sirve de base para aquella que se adopte en el proceso ulterior, la función positiva de la cosa juzgada logra vincular a los tribunales, impidiendo que en un nuevo proceso se decida una determinada acción de modo contrario a como fue fallada con anterioridad¹⁷, resultando, por tanto, inamovible lo fallado en el proceso previo para el ulterior. Por ello se ha señalado que la función positiva o prejudicial de la cosa juzgada tiene un efecto tan importante como el principio de *non bis in idem*, por cuanto lo decidido en una resolución firme sobre el fondo afecta a todos los tribunales en procesos ulteriores en que lo decidido sea parte del objeto de esos procesos¹⁸.

En el caso de los ilícitos anticompetitivos, la aplicación estricta de la función positiva de la cosa juzgada implicaría que la existencia y alcance del acuerdo anticompetitivo sancionado por el TDLC sería vinculante para el proceso penal, no pudiendo en este último proceso alterarse lo fallado en sede administrativa. Además, por razones de debido proceso y derecho de defensa, sería necesario que los acusados en sede penal hayan sido partes del proceso previo.¹⁹ Tal situación implicaría una importante limitación para la

14 En tal sentido véase, por ejemplo, la resolución de Corte de Apelaciones de Concepción, de 18 de mayo de 2018, en los autos N° 391/2018, y la resolución de la Corte de Apelaciones de Valdivia, de 21 de noviembre de 2018, en la causa N° 850/2018.

15 Véase el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago en autos rol 1520-2010, caratulados Philip Morris Chile con. Compañía Chilena de Tabacos S.A., considerando décimo cuarto; y el fallo de esa misma corte en autos rol 9666-2015 caratulados Ecom Chile S.A. con Telefónica Móviles de Chile S.A., considerando octavo.

16 Andrés De la Oliva, *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa-Procesos Especiales*. Editorial Centro de Estudios, año 2000, pág. 493.

17 Alejandro Romero Seguel en *La cosa juzgada en el proceso civil chileno*, Ed. Jurídica Chile, año 2002, pág. 93

18 Andrés De la Oliva, *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa-Procesos Especiales*. Editorial Centro de Estudios, año 2000, pág. 493.

19 Al respecto, Romero Seguel señala que la eficacia prejudicial solo la tendrá la sentencia dictada entre las mismas partes, salvo que la

persecución penal, dado que ésta no solamente estaría condicionada a la existencia de una querrela de la FNE, sino que, además, a que los individuos hayan sido requeridos o demandados ante el TDLC, y hayan tenido la posibilidad de presentar defensas, pruebas y alegaciones para desvirtuar la existencia del acuerdo anticompetitivo respecto del cual posteriormente se perseguirá su responsabilidad penal.

Sin embargo, la relación de prejudicialidad existente entre el proceso infraccional previo en sede de libre competencia y el proceso penal es diversa, por cuanto la sanción del TDLC no es un elemento del tipo penal, lo que sí puede ocurrir con otros procesos civiles. En este escenario, nos encontramos ante la denominada prejudicialidad en la acción, esto es, un caso donde la iniciación de un determinado proceso está subordinada a una declaración judicial anterior²⁰. Esto es, el inicio de la investigación y subsecuente juicio penal está condicionada a la determinación de un acuerdo contrario al artículo 3, letra a), del DL 211, pero tal infracción no constituye un elemento de la decisión que debe adoptarse en el subsecuente juicio penal.

En consecuencia, si bien los juzgados penales no van a poder desconocer la determinación del acuerdo para efectos de dar trámite a la querrela de la FNE y dar inicio a la investigación penal, sus efectos no alcanzarán a la determinación de la existencia misma del delito y sus participantes, lo cual deberá ser acreditado en el proceso penal respectivo. Así, no existe *conexidad* entre ambos procesos, siendo ellos independientes entre sí, por lo que el tribunal penal no estará vinculado por lo fallado en el proceso infraccional anterior.²¹ El mismo DL 211 reconoce la independencia entre ambos procesos, por ejemplo, al imponer al beneficiario de la delación compensada la obligación de ratificar su declaración ante la FNE en sede penal (al punto de privar del beneficio a quien no compareciere sin justa causa o se negare a ratificar su declaración prestada)²², y al permitir al Ministerio Público obtener el alzamiento de la confidencialidad de las medidas intrusivas realizadas por la FNE en la investigación para utilizar tales antecedentes en el proceso penal.²³

En todo caso, lo anterior no implica que la sentencia en el procedimiento infraccional previo no pueda limitar la persecución penal de los ilícitos anticompetitivos. Dado que la iniciación de la investigación penal está subordinada a una declaración infraccional previa, evidentemente no cualquier sentencia infraccional permitirá iniciar un proceso penal. Es por ello que, en virtud de la exigencia de prejudicialidad en la acción contenida en el artículo 62 del DL 211, el proceso penal solo podrá dirigirse respecto de aquellos hechos que hayan sido parte del ilícito sancionado por el TDLC. En consecuencia, la querrela de la FNE y posterior investigación penal no podría abarcar otros períodos de tiempo u otros mercados no considerados por el TDLC en su sentencia, aún cuando estos estén vinculados a la conducta sancionada. Lo anterior, dado que respecto de estos hechos no existe una declaración de antijuridicidad que permita iniciar un proceso penal, no pudiendo declararse en sede penal la antijuridicidad de hechos distintos a aquellos declarados como anticompetitivos en forma previa por una sentencia ejecutoriada del TDLC.²⁴

sentencia anterior tenga eficacia *erga omnes*, y que dicha limitación surge de la garantía constitucional del debido proceso, puntualmente del principio de la bilateralidad, que impide condenar a alguien sin haberlo previamente oído. Así, indica el autor, si se reconociera eficacia positiva o prejudicial a un fallo respecto de alguien que no fue parte en el proceso donde se dictó, se estaría infringiendo este límite esencial del derecho de defensa. Alejandro Romero Seguel en *La cosa juzgada en el proceso civil chileno*, Ed. Jurídica Chile, año 2002, pág. 97

20 Véase a Emilio Gómez Orbaneja en *Comentario a la ley de Enjuiciamiento Criminal*. Tomo 1, Editorial Bosch, año 1947, pág. 133.

21 Por el contrario, distinto es el caso del vínculo prejudicial existente entre la sentencia infraccional previa y la posterior decisión que se adopte en el procedimiento para obtener indemnización de los perjuicios causados conforme al artículo 30 del DL 211. En tal caso, existe una relación de dependencia entre el procedimiento infraccional previo y la acción de indemnización de perjuicios ulterior, por cuanto la responsabilidad civil emana o nace de la responsabilidad infraccional. Así, sólo surgirá la obligación de indemnizar perjuicios si previamente se ha establecido el ilícito anticompetitivo del cual emana dicha obligación. De esta manera, la acción de indemnización de perjuicios solamente podría dirigirse en contra de las empresas e individuos sancionados en el procedimiento infraccional previo y respecto de los daños causados por los hechos constitutivos del ilícito, siendo inamovibles los hechos establecidos en el procedimiento infraccional previo para el procedimiento ulterior.

22 Según lo dispone el artículo 63, inciso 3, del DL 211.

23 Según lo dispone el artículo 64, inciso 5, del DL 211.

24 Lo anterior iría en línea con lo resuelto por el TDLC a propósito de la prejudicialidad existente para perseguir indemnizaciones de per-

De esta manera, la FNE solamente podrá interponer una querrela respecto de aquel acuerdo sancionado por el TDLC. Esto implica que, en caso de incluir en su querrela aspectos del acuerdo que no hayan sido previamente sancionados en sede administrativa, estaría actuando más allá de sus facultades legales, infringiendo el artículo 7 de la Constitución Política de la República. En tal caso, corresponderá al juez de garantía declarar inadmisibles la querrela por haber sido interpuesta por persona no autorizada por la ley (de conformidad a lo dispuesto en el artículo 114 del Código Procesal Penal), o decretar el sobreseimiento temporal por faltar una resolución previa de una cuestión civil (de conformidad a los artículos 171 y 252 de dicho Código).

Sin embargo, la exigencia de prejudicialidad solamente abarcaría los hechos sancionados en la sentencia infraccional previa pero no se extendería a los sujetos de dicho proceso. Esto es, no sería necesario que se declare la responsabilidad infraccional de los individuos en el procedimiento administrativo seguido ante el TDLC, para poder perseguir su responsabilidad penal. Lo anterior emanaría del tenor literal del artículo 64 del DL 211, el cual establece que las investigaciones “de los hechos señalados” en el inciso primero del artículo 62 sólo se podrán iniciarse por querrela formulada por la FNE una vez que “la existencia del acuerdo” haya sido establecida por sentencia definitiva ejecutoriada del TDLC.

De esta manera, la exigencia de prejudicialidad está determinada por la circunstancia de que se establezca la existencia de un acuerdo a ser investigado, y no por la determinación de la participación de los sujetos pasivos de la investigación en dicho acuerdo. A mayor abundamiento, dado que el Ministerio Público es quien detenta la titularidad de las acciones penales en Chile, la excepción a dicha regla general contenida en el artículo 64 del DL 211 debe interpretarse restrictivamente.²⁵

Además, y como explicaremos en la siguiente sección, de considerarse necesario que los sujetos a ser querrellados por la FNE deban ser parte del proceso infraccional previo, se podría generar un riesgo de infracción al principio de *non bis in idem*. Así, la exigencia de prejudicialidad estaría limitada exclusivamente a la determinación de la existencia del ilícito anticompetitivo, pero no a la determinación de quienes fueron los individuos que celebraron, organizaron o ejecutaron dicho acuerdo. Consecuencia de lo anterior, es que la querrela de la FNE y el proceso penal podrían dirigirse en contra de individuos que no hayan sido parte del procedimiento seguido ante el TDLC, con la limitación de que su responsabilidad solamente podrá referirse a aquellos hechos declarados por el TDLC como anticompetitivos.

Finalmente, un punto que no deja de ser interesante respecto a la exigencia de prejudicialidad, es que, al analizarse el tenor literal del artículo 64 del DL 211, el legislador condicionó el inicio de la investigación a una querrela de la FNE, habilitando a esta última a interponerla solamente una vez que exista una sentencia definitiva firme y ejecutoriada en el procedimiento infraccional previo. En tal caso, el inicio del procedimiento penal está subordinado a la existencia de una querrela de la FNE, la que, a su vez, está subordinada a la declaración de la infracción por parte del TDLC.²⁶

En este marco legal, la exigencia de prejudicialidad podría haber sido tácitamente derogada en el supuesto de haberse aprobado la propuesta de Nueva Constitución, dada la norma que habría permitido al Ministerio

juicios derivados de ilícitos anticompetitivos. En la causa CIP-3-2020, consistente en una acción de indemnización de perjuicios derivada de la colusión del papel *tissue*, se alegó por una de las partes (CMPC) que el tribunal sería incompetente para conocer de la demanda de autos, dado que en esta el demandante invocaba hechos adicionales a aquellos que habían sido objeto de la sentencia infraccional. Al respecto, el Tribunal declaró que la circunstancia de que el demandante invocase hechos adicionales a aquellos constitutivos del ilícito anticompetitivo sancionado, no implicaba que el Tribunal fuese incompetente para conocer de la acción ejercida; sin embargo, el conocimiento y resolución de la demanda de indemnización de perjuicios se debe fundar únicamente en los hechos constitutivos del ilícito anticompetitivo por el cual los demandados fueron condenados en el juicio infraccional previo (no pudiendo el Tribunal declarar la anti-juridicidad de hechos distintos a aquellos declarados como anticompetitivos en forma previa por una sentencia ejecutoriada).

25 En tal sentido, la Corte Suprema ha considerado que casos de excepción a una regla general deben interpretarse restringidamente. Véase, por ejemplo, la sentencia de fecha 21 de noviembre de 2007, en autos Rol 3820-2006, considerando 5°.

26 El artículo 10 de la Ley 20.169 sobre competencia desleal establece una exigencia de prejudicialidad en una acción similar, al otorgar a la FNE facultad de requerir al TDLC la imposición de una multa por un acto de competencia desleal que haya sido sancionado por sentencia firme.

Público investigar y ejercer la acción penal pública respecto de delitos que atenten en contra de la probidad, el patrimonio público o que lesionen bienes jurídicos colectivos aún en ausencia de querrela. Dicha habilitación procesal podría haber dado cabida a procedimientos paralelos en sede penal y administrativa²⁷. De esta manera, si a futuro se establecen modificaciones a la titularidad de la acción penal, el legislador debiese adoptar ciertos resguardos si desea mantener el sistema secuencial actualmente vigente. Por ejemplo, una alternativa que podría conciliar el anhelo del Ministerio Público de adelantar la investigación, con el objetivo de evitar la existencia de procesos paralelos, sería exigir la existencia de una sentencia infraccional previa para la interposición de la acusación por parte del ente persecutor.

III. PRINCIPIO DE *NON BIS IN IDEM*

El principio *non bis in idem* se traduce como “no dos veces por lo mismo”, y se relaciona con la prohibición de que una persona sea sancionada dos veces por un mismo hecho. Este principio se analiza desde dos perspectivas, una sustantiva o material, y otra procesal.²⁸ La primera manifestación se relaciona con los concursos de delitos, y busca evitar que un mismo hecho, por cumplir los elementos del tipo de dos o más delitos, sea objeto de sanción por todos ellos. La segunda manifestación se relaciona con la prohibición de que una persona sea juzgada por un hecho atendida la existencia de un pronunciamiento anterior por el mismo hecho. Con ocasión de la discusión de la Ley 20.945, el profesor Juan Pablo Mañalich se refirió al alcance de estos dos principios indicando: “*El primero de esos principios es un estándar de aplicación de la ley penal sustantiva: no es posible castigar dos veces un mismo hecho. El otro principio es un estándar de clausura procesal: no puede haber persecución dos veces por un mismo hecho*”.²⁹

En materia penal, la faz procesal del principio *non bis in idem* se encuentra consagrada en el artículo 1 del Código Procesal Penal,³⁰ y además se encuentra recogida tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³¹ y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos³². Si bien este principio no se encuentra consagrado en el DL 211, se ha considerado que este y otros principios rigen la actividad sancionatoria del Estado, aunque con matices³³. Así, el principio de *non bis in idem* resultaría aplicable a la potestad

27 En todo caso, conforme a la disposición transitoria segunda de la propuesta de Nueva Constitución, el artículo 62 se habría mantenido vigente, mientras no hubiese sido derogada, modificada o sustituida, o bien, mientras no sea declarada contraria a la Constitución por la Corte Constitucional.

28 En tal sentido, véase a Juan Pablo Mañalich Raffo en *El principio ne bis in idem en el derecho penal chileno*, Revista de Estudios de la Justicia – N° 15 – Año 2011, págs. 142 y 143; Rosa Fernanda Gómez González, *El non bis in idem en el derecho administrativo sancionador. Revisión de sus alcances en la jurisprudencia administrativa*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLIX (Valparaíso, Chile, 2do semestre de 2017), pág. 104; y María Magdalena Ossandón Widow en Presupuestos y alcance del principio «ne bis in idem». El caso La Polar (SCS Rol 21.054 – 2020), Sentencias Destacadas 2020, pág. 263. Estas dos facetas también han sido reconocidas por el Tribunal Constitucional, por ejemplo, en sentencia de fecha 26 de noviembre de 2019, Rol N° 6529, considerando undécimo,

29 Historia de la Ley N° 20.945, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, pág. 159.

30 Dicho artículo dispone que: “*La persona condenada, absuelta o sobreseída definitivamente por sentencia ejecutoriada, no podrá ser sometida a un nuevo procedimiento penal por el mismo hecho*”.

31 Al respecto, el artículo 14 numeral 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que “*nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país*”.

32 Por su parte, en un sentido similar el artículo 8 numeral 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece que “*el inculgado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos*”.

33 Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que aun cuando las sanciones administrativas y penales difieran en algunos aspectos, ambas forman parte de una misma actividad sancionatoria del Estado y han de estar, en consecuencia, con matices, sujetas al mismo estatuto constitucional que las limita en defensa de la igual protección de la justicia en el ejercicio de los derechos. Véase, por ejemplo, las sentencias de 13 de abril 2006 en causa Rol N° 479, considerando octavo, de fecha 21 de octubre de 2010 en causa Rol N° 1518-09, considerando sexto y de fecha 3 de agosto de 2021, en causa Rol N° 9373, considerando 28 y 35. Así también lo ha reconocido la Corte Suprema, véase, por ejemplo, la sentencia de 15 de octubre de 2009, en la causa Rol N° 5702/2009, considerando quinto. Adicionalmente,

sancionatoria de la administración del Estado por cuanto emana de los principios de proporcionalidad y de debido proceso que impone al legislador la obligación de establecer procedimientos racionales y justos. Así lo ha reconocido Tribunal Constitucional³⁴ y la Corte Suprema³⁵.

Resulta indiscutible, por lo tanto, que una sentencia absolutoria o condenatoria en el procedimiento seguido ante el TDLC evitaría volver a plantear dicha controversia ante dicho tribunal por infracción al principio *non bis in idem*. Sin embargo, una cosa distinta es analizar si dicha sentencia también limitaría la persecución en el proceso penal.

Al respecto, dado que los mismos hechos generarían un concurso de infracciones (esto es, una vulneración a los artículos 3, letra 'a', y 62 del DL 211), una sanción en sede administrativa podría limitar la persecución penal por una infracción al principio *non bis in idem* que proscibiría la existencia de una nueva sanción sobre los mismos hechos. Sin embargo, el DL 211 regularía dicha situación permitiendo la acumulación de las sanciones en sede infraccional y en sede penal. Al respecto, el inciso final del artículo 26 establece que *"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 artículo 30"*. Dicha disposición fue introducida durante la tramitación en el Senado de la Ley 20.945, y tenía por objeto establecer que la responsabilidad infraccional sea plenamente compatible con la civil y con la penal.³⁶ De esta manera, el DL 211 permitiría la interposición de manera conjunta, tanto de sanciones administrativas de multas, como de sanciones penales. Lo anterior iría en línea con lo establecido en otras normativas en que el legislador ha excluido expresamente el principio de *non bis in idem*, tal como ocurre en La ley de Mercado de Valores,³⁷ o el Estatuto Administrativo.³⁸

Sin embargo, mientras estos últimos dos cuerpos normativos determinan claramente la exclusión de principio *non bis in idem*, el tenor del inciso final del artículo 26 no es tan evidente. De hecho, al analizarse la historia fidedigna de su establecimiento, esta disposición pareciera buscar enfatizar que la sanción a personas jurídicas no prevendría la posterior sanción en el proceso penal a los individuos que hayan intervenido en los hechos, o las demandas de indemnización de perjuicios. En tal sentido, en la aprobación de dicho inciso por parte de la Comisión de Constitución del Senado se dejó constancia que dicha disposición *"procura evitar que quienes integran las empresas que fueron sancionadas administrativamente, por graves atentados a la libre competencia, intenten salvar su responsabilidad penal o civil, luego que se ha dictado la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Por el contrario, la voluntad expresa del legislador es que, salvo la situación de la delación compensada, la responsabilidad administrativa es compatible con la responsabilidad penal y civil de los infractores"*.³⁹

véase Matías Belmonte P., "Destacando las diferencias del proceso penal y el administrativo sancionador", en Centro Competencia UAI, disponible en: <https://centrocompetencia.com/diferencias-proceso-penal-administrativo-sancionador/>

34 Véase, por ejemplo, las sentencias del Tribunal Constitucional de fecha 7 de junio de 2012, Rol N° 2045, considerando cuarto; de fecha 28 de enero de 2016 en rol 2773, considerando trigésimo primero; de fecha 26 de noviembre de 2019, Rol N° 6529, considerando noveno; y de fecha 4 de agosto de 2022, Rol 12.615, considerando noveno.

35 Véase, por ejemplo, la sentencia de fecha 6 de junio de 2022, dictada en causa Rol N° 11.574-2021, considerando sexto.

36 Historia de la Ley N° 20.945, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, pág. 569.

37 Al respecto, el inciso final del artículo 58 de la Ley 18.045 establece la obligación de la Comisión para el Mercado Financiero ("CMF") de efectuar la denuncia de hechos que pudieran ser constitutivos de delitos, indicando que ello es in perjuicio de las sanciones administrativas que pudiere aplicar por esas mismas situaciones. La Corte Suprema ha considerado que dicha disposición consagra expresamente la facultad de la Superintendencia de Valores y Seguros (hoy CMF) de sancionar administrativamente las conductas de los entes regulados que implique una infracción a la ley, con independencia de las sanciones, inclusive penales, que se puedan contemplar en otros cuerpos normativos. Al respecto, véase sentencia de 28 de septiembre de 2020, en autos Rol N° 21.054-2020, considerando undécimo.

38 El artículo 120 de la Ley 18.834 establece que: *"La sanción administrativa es independiente de la responsabilidad civil y penal y, en consecuencia, las actuaciones o resoluciones referidas a ésta, tales como el archivo provisional, la aplicación del principio de oportunidad, la suspensión condicional del procedimiento, los acuerdos reparatorios, la condena, el sobreseimiento o la absolución judicial no excluyen la posibilidad de aplicar al funcionario una medida disciplinaria en razón de los mismos hechos."*

39 Historia de la Ley N° 20.945, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, pág. 569.

Por otro lado, otros antecedentes de la historia fidedigna del establecimiento de la ley también respaldarían que el objetivo del inciso final del artículo 26 del DL 211 fue dejar en claro que la sanción administrativa a las personas jurídicas no excluía la posibilidad de sancionar penalmente a los individuos de dichas entidades que hayan intervenido en el ilícito. En efecto, la indicación en cuestión fue introducida por los Honorables Senadores Espina, Araya, De Urresti, Harboe y Larraín, a partir de otra que ya había sido introducida por los mismos senadores durante la segunda tramitación en la Comisión de Constitución del Boletín 6.454-07, que buscaba sancionar penalmente la colusión.⁴⁰ Con ocasión de dicho trámite, el proyecto de ley aprobado en general por la sala del Senado establecía que el Fiscal Nacional Económico se debía declarar incompetente para seguir conociendo un asunto en cuanto se haga constar en el proceso respectivo el hecho de haberse acogido a tramitación la querrela o efectuado la denuncia. En virtud de ello, durante la segunda tramitación de dicho proyecto en la Comisión de Constitución, se señaló que dicha formulación confundía la investigación en sede administrativa con la que tiene lugar en sede penal, estableciendo una infundada incompatibilidad entre ambas pesquisas, desconociendo la fundamental diferencia entre la responsabilidad administrativa y la penal.⁴¹

Esta situación habría llevado a la inclusión de la indicación por los Senadores Espina, Araya, De Urresti, Harboe y Larraín. Luego de ello, en la discusión en comisión, el Senador Harboe explicaría esa y otras indicaciones presentadas, indicando que ellas tenían por objeto establecer las normas mínimas necesarias para que los procesos administrativos y penales puedan ser llevados por carriles separados y establecer medidas que permitan disuadir futuras colusiones y sancionarlas adecuadamente, para lo cual es necesario que estén disponibles tanto remedios administrativos como penales.⁴²

En todo caso, durante la discusión del referido proyecto en segundo trámite en la Comisión de Constitución, también se observa un fundamento lógico-histórico que podría dar cuenta de la intención del legislador de excluir la aplicación del principio *non bis in idem*. En dicha comisión, el profesor Jean Pierre Matus planteó la posibilidad de incluir en el tipo penal la pena de multa, además de la pena de presidio e inhabilidad para ejercer cargos directivos. Ante ello, los miembros de la Comisión de Constitución consideraron que no era conveniente establecer, además, una sanción penal pecuniaria, porque en ese caso podría plantearse legítimamente una situación de *non bis in idem*, indicando que la intención de esa iniciativa era que los carteles sean castigados tanto penal como administrativamente a la vez.⁴³

Más allá de la interpretación literal e histórica de la norma en comento, cabe preguntarse si esta disposición sería válida desde un punto de vista constitucional. Lo anterior, por cuanto si bien se ha considerado que el legislador puede excluir la aplicación del principio *non bis in idem*, ello estaría sujeto a ciertos límites constitucionales, particularmente aquellos que emanan del principio de proporcionalidad.⁴⁴ En dicho contexto, el Tribunal Constitucional ha señalado que *“puede existir doble punición inconstitucional o bien puede ser ajustada a la Constitución, lo cual dependerá si el fundamento de derecho de ambas es similar”*.⁴⁵ Así, la

40 Historia de la Ley N° 20.945, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, pág. 460 y 569.

41 Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que sanciona penalmente la colusión. Boletín N° 6.454-07, pág. 12.

42 Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que sanciona penalmente la colusión. Boletín N° 6.454-07, pág. 12.

43 Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que sanciona penalmente la colusión. Boletín N° 6.454-07, pág. 77.

44 Véase a Magdalena Ossandón Widow, en *El legislador y el principio ne bis in idem*. Política Crimina Vol. 13, N° 26 (diciembre 2018) Art. 8, págs 973 y siguientes.

45 Véase, entre otros, la sentencia de 08 de octubre de 2020, causa Rol N° 8484, considerando 38.

aplicación de una doble sanción cumpliría el principio de proporcionalidad consagrado constitucionalmente cuando ambas atiendan a la protección de bienes jurídicos diversos.⁴⁶ Ello, pues el principio *non bis in idem* no prohíbe que alguien pueda ser sancionado dos veces por los mismos hechos, sino que éste sea castigado dos veces por los mismos hechos sobre la base de idéntico fundamento.⁴⁷

En tal sentido, tanto la Corte Suprema como el Tribunal Constitucional han reconocido que las normativas establecidas en la Ley de Mercado de Valores⁴⁸ y en el Estatuto Administrativo⁴⁹ -citadas precedentemente- no infringirían el principio de *non bis in idem* porque buscan proteger bienes jurídicos diversos. A su vez, también el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema han considerado que diversos procesos sancionatorios vulneran el principio de *non bis in idem* si ambos protegen el mismo bien jurídico.⁵⁰ En esta línea, el Tribunal Constitucional ha fallado recientemente que tiene una especial importancia para determinar la vulneración del principio de *non bis in idem* la protección de diversos bienes jurídicos, por lo que nos encontraríamos ante una doble punición si dos sanciones protegen el mismo bien jurídico.⁵¹

Tomando en cuenta lo anterior lo anterior, cabe preguntarse qué bien jurídico adicional protegería el artículo 62 del DL 211 que justifique la imposición de una sanción adicional a aquella impuesta por la infracción al artículo 3, letra a) de dicha normativa. Sobre este punto, Matías Belmonte ha propuesto que un bien jurídico protegido por el ilícito penal podría ser el acceso de los ciudadanos a los mercados, que se vería restringido como consecuencia de los efectos de la conducta anticompetitiva, siendo, por tanto, la afectación de los consumidores esencial para la configuración del ilícito penal⁵². En tal caso, dado el desvalor de dicha conducta, se justificaría la imposición de penas pecuniarias y de cárcel, sin resultar ello desproporcionado.

46 A favor de dicho argumento, la profesora Rosa Gómez señala que la existencia de una norma expresa de compatibilidad de las responsabilidades no es suficiente para justificar y hacer procedente el doble castigo, y que sería necesario un ejercicio de "comprobación", por parte de la autoridad respectiva, mediante el cual se determine que ambas sanciones atienden efectivamente a bienes jurídicos diversos, y, en su caso, si la medida previamente impuesta satisface la finalidad que se persigue con la aplicación de la segunda de ellas. Rosa Fernanda Gómez González, *El non bis in idem en el derecho administrativo sancionador. Revisión de sus alcances en la jurisprudencia administrativa*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLIX (Valparaíso, Chile, 2do semestre de 2017), pág. 128.

En un sentido contrario se pronuncia el profesor Juan Pablo Mañalich, quien, con ocasión de la tramitación de la Ley 20.945, señaló que el legislador puede definir, salvaguardando ciertos parámetros mínimos de proporcionalidad, que el ilícito de colusión se componga de penas de distinta naturaleza, y eso no es conflictivo en modo alguno con el principio *non bis in idem*. Según señaló, no habría ningún obstáculo conceptual para que se pueda imponer a una misma hipótesis de hecho una pena privativa de libertad, además de una pena de multa, por cuanto la conducta no satisface la misma hipótesis fáctica, porque la descripción del ilícito penal no es la misma que la del ilícito administrativo. Sin embargo, luego señaló que el legislador validó un régimen similar en la Ley de Mercado de Valores, la cual prevé la posibilidad de investigación y sanciones por el órgano administrativo fiscalizador, sin perjuicio de las penas y, por ende, la investigación y el juzgamiento que puede llevarse a cabo en sede jurisdiccional ante el tribunal penal competente; lo que era obvio porque se trata de coordinar sanciones que no necesariamente buscan el mismo propósito. Historia de la Ley N° 20.945, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, pág. 160 y 161.

47 Tomás Cano Campos, en *Non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho administrativo sancionador*, Revista de Administración Pública N° 156, 2001, pág. 195

48 Al respecto, la Corte Suprema consideró que el bien jurídico protegido de la sanción administrativa era la transparencia y fiabilidad de la información que entregan los operadores al mercado de valores, mientras que el fin de la sanción penal era distinto, consistente en buscar restablecer el equilibrio social, reprimiendo la conducta del sujeto que incurre en el hecho punible. Sentencia de 28 de septiembre de 2020, en autos Rol N° 21.054-2020, considerando undécimo.

49 Al respecto, el Tribunal Constitucional consideró que, en el caso concreto, existían a lo menos cuatro bienes jurídicos relevantes de protección, (i) probidad en el ejercicio de una función pública (ii) la confianza pública depositada en quienes ejercen alguna función pública o con recursos públicos, (iii) el buen funcionamiento de la administración (todos ellos, propios de la responsabilidad administrativa) y, en otra dimensión (iv) el patrimonio fiscal. Sentencia de fecha 4 de agosto de 2022, Rol N° 12.615, considerando décimo noveno.

50 Véase, por ejemplo, las sentencias de la Corte Suprema de fecha 16 de mayo de 2022, dictada en causa Rol N° 134.225-2020, considerando octavo; y de fecha 6 de junio de 2022, dictada en causa Rol N° 11.574-2021, considerando séptimo. También véase la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 10 de enero de 2017, en causa Rol N° 3000-16, considerando décimo.

51 Al respecto, el Tribunal Constitucional señaló: "(...) los bienes jurídicos protegidos adquieren especial importancia para determinar si estamos ante la vulneración del principio *ne bis in idem*, que constituye el fundamento del requerimiento de estos autos (...) Si el fundamento de las dos sanciones obedece al mismo bien jurídico, sin duda se estará frente a una doble punición, en cambio, si obedece a bienes jurídicos diferentes, como en el caso de autos, no se estará frente a una infracción al principio *ne bis in idem*, sino simplemente a la respuesta del ordenamiento jurídico frente a un hecho de diversa naturaleza, realizado en el contexto del mismo acto reprochado". Sentencia de fecha 4 de agosto de 2022, Rol N° 12.615, considerando décimo tercero, y vigésimo segundo.

52 Matias Belmonte, en El delito de colusión (I): ¿Qué protege el Derecho penal?, <https://centrocompetencia.com/belmonte-delito-de-colusion-i/>

Consecuencia de ello, y como el mismo autor plantea, existirían carteles duros que si bien serían ilícitos en sede administrativa no serían sancionables en sede penal por no afectar dicho bien jurídico. En esa circunstancia, un posterior procedimiento penal en contra de los sujetos sancionados en sede administrativa vulneraría el principio de *non bis in idem*, lo que podría derivar en una declaración de inaplicabilidad del inciso final del artículo 26 del DL 211.⁵³ El problema en tal caso, sería determinar una línea clara que permita distinguir entre los acuerdos que admiten una doble punición de aquellos que solo admiten una sanción en sede administrativa, distinción que la legislación actual no prevé. Lo anterior, especialmente si se considera que el ilícito de colusión estaría establecido como un delito de peligro abstracto,⁵⁴ por lo cual cualquier acuerdo que cumpla la descripción objetiva del artículo 62 podría ser sancionado penalmente, aun cuando no genere un resultado material concreto en el mercado. Bajo ese escenario, los acuerdos entre competidores que podrían escapar de la doble sanción administrativa y penal serían prácticamente inexistentes.

Otro punto interesante de analizar es si el principio *non bis in idem* podría presentarse como una limitación para la persecución penal respecto de aquellos individuos que hayan obtenido una sentencia absolutoria en el procedimiento infraccional previo, aun cuando en este se haya establecido la existencia de un acuerdo anticompetitivo.⁵⁵ En tal caso, podría argumentarse que la absolución en sede administrativa permitiría perseguir penalmente a los mismos individuos sin riesgo de infringir el principio *non bis in idem*. Sin embargo, en este caso el principio *non bis in idem* resultaría también aplicable y haría inadmisibles el inicio del procedimiento penal, pero no por su faz sustantiva, sino que por su faz procesal, la cual, como ya hemos señalado, prohíbe un nuevo juzgamiento de la misma persona. En tal sentido, tal como señala la profesora Gómez, el nuevo juicio penal en contra de los mismos individuos implicaría una repetición de *ius puniendi* estatal, una afectación de la seguridad jurídica y un ejercicio desproporcionado de la potestad punitiva.⁵⁶ De esta manera, en la hipótesis que se comenta, el Estado, a través del TDLC, ya habría tenido la posibilidad de investigar y sancionar el ilícito anticompetitivo, lo cual extinguiría la actividad que puedan desplegar otros organismos del Estado para sancionar tales hechos.⁵⁷

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Si bien han transcurrido más de 5 años desde la reincorporación de las sanciones penales a la normativa de libre competencia, aún no existe un acuerdo sancionado por sentencia firme del TDLC que haya sido celebrado, organizado o ejecutado durante la vigencia de la nueva ley, y que pueda ser perseguido penalmente. Posiblemente, falten aún un par de años para que ello ocurra. Pese a lo anterior, el diseño institucional establecido por la Ley 20.945 ha continuado en la palestra, y, de hecho, no sería de extrañar que pudiese ser modificado en el futuro próximo.

53 Sobre los casos en que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado y acogido recursos de inaplicabilidad por infracción al principio *non bis in idem*, véase a Magdalena Ossandón Widow, en *El legislador y el principio ne bis in idem*. Política Crimina Vol. 13, N° 26 (diciembre 2018) Art. 8, págs 953 y 954.

54 En tal sentido, Osvaldo Artaza, Víctor Santelices y Matías Belmonte en *El delito de colusión* de Editorial Tirant Lo Blanch, año 2020, pág. 103-105.

55 En caso de que la sentencia concluya que no existió un acuerdo, no se podría iniciar la persecución penal, pero por razones de prejudicialidad más que por razones de *non bis in idem*.

56 Rosa Fernanda Gómez González, *El non bis in idem en el derecho administrativo sancionador. Revisión de sus alcances en la jurisprudencia administrativa*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLIX (Valparaíso, Chile, 2do semestre de 2017), pág. 122 y 124.

57 En tal sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago analizando el inicio de un procedimiento sancionatorio por la otrora Superintendencia de Valores y Seguros respecto de hechos ya investigados por la otrora Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones, consideró que aquella debió inhibirse de intervenir para salvar las eventuales omisiones o falencias de lo actuado en otra sede administrativa, y que dado que la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones tenía en el caso concreto facultades para investigar una eventual infracción, debía considerarse agotada la actividad que puede desplegar el Estado para verificar la concurrencia de la mencionada infracción, sin que sea admisible abrir una nueva causa, a través de otro órgano fiscalizador. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 31 de marzo de 2008, en causa Rol N° 9729-2002, considerando decimocuarto.

Atendida la intención del legislador de establecer procedimientos separados y secuenciales, el diseño institucional actual puede dar lugar a principios como son la exigencia de prejudicialidad y el *non bis in idem* que pueden limitar la persecución penal de ilícitos anticompetitivos. Si bien ambas instituciones se relacionan con la incidencia del proceso administrativo sobre el proceso penal, el efecto de estas se contraponen. La exigencia de prejudicialidad podría limitar la persecución penal por la falta de un determinado pronunciamiento por el TDLC, mientras que el principio de *non bis in idem* podría hacerlo precisamente por la existencia de dicho pronunciamiento.

Una aplicación estricta de ambas instituciones podría llevar al absurdo que la persecución penal resulte imposible, o muy difícil de lograr, por cuanto, por razones de prejudicialidad, se requeriría que los futuros investigados sean parte del proceso ante el TDLC, pero, a su vez, las sanciones establecidas en dicho procedimiento previo impedirían un nuevo proceso en sede penal.

En la medida que se mantenga el actual sistema institucional, corresponderá a la labor judicial determinar la existencia y alcance de estos dos límites. A través de esta investigación se plantean algunos criterios que podrían considerarse para tales efectos y que permiten el funcionamiento secuencial de ambos procesos, procurando velar por los principios de derecho de defensa, debido proceso, certeza jurídica y proporcionalidad.



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:

Juan Ignacio Donoso, "Prejudicialidad y non bis in idem: ¿Existen otros límites para la persecución penal de los ilícitos contra la libre competencia?", *Investigaciones CeCo* (enero, 2023),
<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