



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Procesal

PROBLEMAS PROCESALES DE LA PERSECUCIÓN PENAL DE LA COLUSIÓN

TESIS PARA OPTAR AL GRADO ACADÉMICO DE LICENCIADO EN CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

JOSÉ DANIEL PIÑA GONZÁLEZ

PROFESOR GUÍA: JULIÁN LÓPEZ MASLE

SANTIAGO, CHILE

2018

DEDICATORIA

A mis padres, Eliana y Patricio, por todo su amor, dedicación, esfuerzo y enseñanzas, y a mis abuelos, Mascimo, Iduvina, Pedro y Lucía.

AGRADECIMIENTOS

En primer lugar, agradezco a mi profesor guía, Julián López, por su enorme colaboración durante toda la investigación. Asimismo, agradezco a los profesores Carlos Carmona y Jorge Bofill y a José Ignacio Escobar, Sebastián Castro, Andrés Fuchs y Jaime Retamal por sus valiosos comentarios y observaciones al comienzo de este trabajo. Por último, a Sebastián, Rocío, Mauricio, Beatriz, Josefa, Karina, Trinidad, Violeta, Ricardo, Israel, Marcia, Nicole, Javiera, José Ignacio, Joaquín, Carolina, Fernanda, Juan Esteban, Gabriel y en general a todos los que de una u otra forma me apoyaron durante este largo proceso.

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN.....13

CAPÍTULO I. Aplicación de los principios y garantías penales al derecho administrativo sancionador
17

1.- Aplicación de los principios y garantías penales en sede administrativa en el derecho español.....18

2.- Discusión sobre la identidad ontológica de penas y sanciones administrativas en Chile.....26

CAPÍTULO II. Diseños institucionales de persecución y evolución histórica de la criminalización de la colusión en Chile.
33

1.- Modelos de protección de la libre competencia y diseños institucionales de persecución de estos ilícitos.....33

2.- Breve revisión histórica de la criminalización de conductas atentatorias contra la libre competencia en Chile.....38

2.1.-	Artículo	285	del	Código	
Penal.....					38
2.2.-	Criminalización expresa de la colusión: de la ley 13.305 a la ley 20.945.....				45
3.-	Nueva tipificación de la colusión: aspectos penales relevantes de la ley 20.945.....				49
3.1.-	Tipificación	del	delito	de	
colusión.....					50
3.2.-	Compatibilidad de la sanción penal con las sanciones administrativas del DL. 211.....				52
3.3.-	Reglas especiales de determinación de la pena y de penas sustitutivas.....				53
3.4.-	Exención y atenuación de la responsabilidad penal para quienes aporten información en sede administrativa mediante el mecanismo de delación compensada.....				53
3.5.-	Legitimación activa para la interposición de la querrela por el delito de colusión.....				56
3.6.-	Normas relativas a la utilización penal de la prueba producida por la FNE.....				57
3.7.-	Regla	especial	de	prescripción	del
colusión.....					delito
					de
					colusión.....
					59

CAPÍTULO III. Conflictos entre el ejercicio de la potestad sancionatoria en materia de libre competencia y la persecución penal
61

1.-	Ejercicio de la acción penal: constitucionalidad del mecanismo de legitimación activa que contempla el artículo 64 del DL. 211.....				61
-----	---	--	--	--	----

2.- Infracción al principio <i>ne bis in idem</i> en el diseño de persecución conjunta del DL. 211.....	67
2.1.- Ámbitos de coincidencia del artículo 3 y 62 del DL. 211	67
2.2.- <i>Ne bis in idem</i>	70
2.2.1.- <i>Ne bis in idem</i> en general y su consagración en materia penal.....	70
2.2.2.- <i>Ne bis in idem</i> en la relación entre el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal.....	72
2.2.3.- <i>Ne bis in idem</i> en materia de infracciones a la libre competencia.....	76
2.3.- Naturaleza administrativa de las sanciones en materia de libre competencia.....	77
2.4.- Conclusiones: infracción al principio <i>ne bis in idem</i> en las modificaciones incorporadas por la ley 20.945.....	84
3.- Infracción al derecho a defensa.....	88
4.- Problemas de legalidad penal de la prueba producida por la Fiscalía Nacional Económica.....	94
4.1.- Análisis concreto de las pruebas que el Ministerio Público podría obtener desde la investigación de la FNE.....	96

4.1.1.- Pruebas que cumplan con la autorización judicial previa del artículo 64 del DL. 211.....	96
4.1.2.- Pruebas que el Ministerio Público incorpora luego de solicitar el alzamiento de confidencialidad.....	99
4.2.- Hipótesis de ilegalidad penal de la prueba obtenida por la FNE: conclusiones.....	103
5.- Aplicación residual del Artículo 285 del Código Penal.....	110
 CONCLUSIONES.....	115
BIBLIOGRAFÍA.....	119
ANEXO.....	133

RESUMEN

La presente tesis desarrolla las reformas procesales introducidas al Decreto Ley 211 en el contexto de la criminalización de la colusión, con el objeto de analizar críticamente las deficiencias del diseño dual utilizado por el legislador nacional.

Para ello, en el primer capítulo se estudia el problema de la aplicación de los principios penales al derecho administrativo sancionador y como esto incide en el sistema de defensa de la libre competencia. Luego, en el segundo capítulo de la tesis revisamos los diseños institucionales de persecución de la colusión y la evolución del castigo penal de este ilícito en Chile.

Finalmente, el tercer capítulo del trabajo está dedicado al análisis de los conflictos procesales que hemos detectado en el sistema de persecución penal de la colusión, esto es, la constitucionalidad de la regla de legitimación activa, la infracción al principio *ne bis in ídem*, la vulneración del derecho a defensa, la utilidad penal del material probatorio producido por la Fiscalía Nacional Económica en sede de libre competencia y la vigencia del artículo 285 del Código Penal.

INTRODUCCIÓN

El 19 de agosto del año 2016, luego de más de un año de tramitación legislativa, se promulgó la ley 20.945 que, según su nombre oficial, “perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia”. Entre otros aspectos, la ley criminaliza la colusión, creando para ello un nuevo título V del DL. 211 denominado “De las sanciones penales.”¹

Este título comienza con el artículo 62, norma que contiene el tipo penal de colusión, en virtud del cual un tribunal con competencia penal podrá imponer sanciones a las personas naturales involucradas en los denominados “carteles duros” con posterioridad al procedimiento sancionador ventilado ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. En este último procedimiento se podrá imponer las sanciones de naturaleza administrativa que contempla el DL 211, tanto a las personas jurídicas como a las personas naturales que hayan intervenido en la realización típica de esta infracción a la libre competencia.

A partir de la referida modificación legal al DL 211 que, en alguna medida, se explica en el interés mediático que generan los casos de colusión descubiertos por la Fiscalía Nacional Económica, adquiere un nuevo interés el estudio de la relación entre las sanciones administrativas y penales, puesto que el diseño institucional chileno, la vigencia del artículo 285 del Código Penal y el texto de la ley nos permiten vislumbrar varios problemas procesales en su implementación.

Así las cosas, esta tesis buscará identificar los conflictos procesales que pudiesen suscitarse en la persecución penal de la colusión. Por tanto, debemos prevenir al lector que esta obra en ningún caso abordará todas las cuestiones que incorporó la ley 20.945, entre las cuales se encuentran, por ejemplo, ciertas modificaciones a la regulación de las operaciones de

¹ A excepción de aquellas ocasiones en que expresamente nos refiramos a versiones anteriores del Decreto Ley 211, toda mención a este cuerpo normativo debe entenderse hecha para referirse al texto actual del DFL N° 1 de 2005 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto Ley N° 211 de 1973.

concentración y al monto de las multas en sede administrativa. Por esta razón, este trabajo tampoco consiste en un manual descriptivo de todas las reglas procesales agregadas al título V del DL. 211, lo que explica que a lo largo de la obra solo nos refiramos tangencialmente a cuestiones como la prescripción o la declaración de los delatores ante el fiscal del Ministerio Público.

Dicho lo anterior, consideramos oportuno comenzar nuestro análisis desde la discusión relativa a la aplicación de los principios y garantías penales al derecho administrativo sancionador, toda vez que esta discusión resulta fundamental para resolver luego si estos principios son utilizables en sede de libre competencia. Por ello, en el capítulo I de la tesis nos adentraremos en esta discusión, para lo cual estudiaremos la posición que afirma la existencia de un *ius puniendi* estatal, del cual se desprende el derecho penal y el derecho administrativo sancionador; aquella visión que niega esta igualdad sustancial; y el estado actual de la doctrina y jurisprudencia mayoritaria que, si bien admite la procedencia de la integración, previene que esta aplicación debe hacerse con matices.

Luego, en el capítulo II de la tesis examinaremos las alternativas de diseño institucional de persecución de la colusión, haremos una breve revisión histórica de la persecución administrativa y penal de este ilícito en Chile y acabaremos por estudiar descriptivamente las modificaciones relevantes que introdujo la ley 20.945.

Finalmente, el capítulo III está dedicado, principalmente, al desarrollo de cada uno de los conflictos procesales de la persecución penal de la colusión que logremos identificar, proponiendo en cada caso las soluciones que estimamos procedentes para conjugar dos cuestiones esenciales, a saber, la eficaz criminalización de la colusión y el respeto de los derechos fundamentales de los imputados.

CAPÍTULO I

Aplicación de los principios y garantías penales al derecho administrativo sancionador

La primera pregunta que debe resolverse para entender el marco conceptual en que se desarrolla este trabajo, es si los principios y garantías penales son aplicables al derecho administrativo sancionador. Para responder esta pregunta debemos considerar, primero en el derecho español y luego en la doctrina nacional, principalmente dos teorías que intentan explicar la naturaleza de la potestad sancionadora administrativa: una primera que acusa la identidad sustancial u ontológica con el derecho penal y una segunda posición que apuesta por una facultad sancionadora independiente y propia de la Administración.²

1.- Aplicación de los principios y garantías penales en sede administrativa en el derecho español.

En el actual estado de desarrollo doctrinal en el derecho español, es pacífico que los principios y garantías penales deben aplicarse al Derecho Administrativo Sancionador, a pesar de que subsiste la discusión en torno a la igualdad ontológica entre penas y sanciones administrativas. En dicha discusión, como veremos sucintamente ahora, una y otra posición acaba afirmando la aplicación de los principios, aunque por diferentes razones.

² GARCÍA, W. 2008. *Aplicación de las garantías penales al Derecho Administrativo Sancionador*. La Semana Jurídica, 368: 5-6. La cuestión de la naturaleza de la potestad sancionadora administrativa surge una vez superada la discusión acerca de la constitucionalidad de esta potestad, que fue discutida en sus orígenes, sosteniéndose que ella debía estar radicada exclusivamente en los órganos jurisdiccionales. Sobre este punto: PARADA, J. 1972. *El poder sancionador de la administración y la crisis del sistema judicial penal*. Revista de Administración Pública, 67: 88-90 y entre nosotros SOTO, E. 1980. *Notas para el estudio de la potestad sancionadora de la Administración*. Boletín de Investigaciones de la Pontificia Universidad Católica de Chile, VII (45): 95 y siguientes.

Así entonces, la tesis mayoritaria en el Derecho Español postula la identidad ontológica entre sanciones administrativas y penales, en tanto ambas provienen de una potestad sancionadora única, propia del Estado, denominada *ius puniendi* estatal. Por ello, las sanciones administrativas y las penas serían algo así como hermanos derivados del mismo núcleo común, y como buenos hermanos, compartirían una serie de características ontológicas comunes. Por ejemplo, en los inicios de la discusión, Eduardo García de Enterría llegó a afirmar que “la distinción entre esta potestad sancionadora -de la administración- y la punitiva penal, actuable por los Tribunales represivos, es prácticamente imposible en un plano general y de principio.”³

Esta formulación trae consigo la aplicación de los principios penales al derecho administrativo sancionador, puesto que estos pasan a ser los principios y garantías mínimos del ejercicio del *ius puniendi* estatal, o, si se prefiere, de cualquier manifestación o ejercicio de la potestad estatal para sancionar.⁴ Esta postura ha sido sostenida por autores como Parada, Martín-Retortillo, García de Enterría, Suay, Cerezo Mir y Bajo Fernández⁵.

Sin aportar mayores fundamentos a la equiparación ontológica de unas y otras sanciones, García de Enterría y Fernández afirman que, ya sea para casos de “herencia histórica, despenalización, influencia del sistema de Derecho Comunitario, multiplicación de centros políticos con poder sancionador, no parece haber base alguna para distinguir por su naturaleza estas sanciones administrativas de las penas propiamente dichas”.⁶

En efecto, los autores más bien apuntan a la decisión legislativa de preferir la vía penal o administrativa por razones de política criminal, sin agregar un desarrollo argumentativo adicional de la teoría de la identidad sustancial entre

³ GARCIA DE ENTERRIA, E. 1976. *El problema jurídico de las sanciones administrativas*. REDA, 10: 404.

⁴ Por ejemplo, para García de Enterría y Fernández, se trata de principios generales del derecho sancionador. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. 2004. *Curso de derecho administrativo*. 9ª ed. Madrid: Editorial Civitas. p. 168

⁵ SUAY, J. 1989. *Sanciones administrativas*. Zaragoza: Editorial Bolonia: Real Colegio de España, pp. 35-45.

⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E y FERNÁNDEZ, T. *op.cit.*, p. 166.

ambas sanciones.⁷ Sin embargo, la postura de García de Enterría y Fernández tiene su justificación en que estima que la potestad de sancionar debiese radicarse exclusivamente en los tribunales, algo que ya se observaba en textos previos de García de Enterría, quien ha propuesto la devolución al juez penal de los poderes sancionatorios que le usurpa la Administración.⁸

El segundo paso en la tesis de García de Enterría y Fernández es aceptar, por razones puramente pragmáticas, que ciertas conductas puedan ser entregadas por el legislador a las facultades de la Administración. De este modo, siendo en rigor la misma -y única- potestad sancionadora, tendría necesariamente una única naturaleza.⁹ En este punto, García de Enterría y Fernández plantean que “el problema es ahora si esa aplicación administrativa del *ius puniendi* general puede separarse en sus principios de los establecidos con el mayor rigor para la aplicación penal por los jueces desde los orígenes del Estado de Derecho.”¹⁰

Lorenzo Martín-Retortillo en tanto ha argumentado también que las sanciones administrativas debiesen ser de competencia exclusiva de los tribunales -penales- puesto que en ellos recae la función constitucional de juzgar y sancionar, pero que por razones puramente pragmáticas se han dejado dentro de la esfera de atribuciones de la administración, o en virtud de razones históricas que han llevado a una distorsión del principio de división de poderes.¹¹

Por su parte, José Suay plantea abiertamente que “el ilícito administrativo no es cualitativamente distinto, sino exactamente igual que el ilícito penal.”¹² Esto se explicaría porque no habría diferencias en cuanto al injusto ni a la decisión legislativa de calificación de una infracción como penal o administrativa, así como indudablemente existe un bien jurídico protegido detrás de cada

⁷ Así vemos en *Ibid.*, pp. 163-169. En cuanto a la fundamentación de los poderes sancionatorios de la administración, encontramos también una posición muy semejante en PARADA, J., *op.cit.*, pp. 83 y ss.

⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *op.cit.*, 430. La misma posición se observa en GARCÍA DE ENTERRÍA, E y FERNÁNDEZ, T. *op.cit.*, pp. 163-168.

⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E y FERNÁNDEZ, T. *op.cit.*, p. 166.

¹⁰ *Ibid.*, p. 167.

¹¹ MARTÍN-RETORTILLO, L. 1976. *Multas administrativas*. Revista de Administración Pública. 79: 19. Véase también SUAY, J. *op.cit.*, pp. 34-35.

¹² SUAY, J., *op.cit.*, p. 73

infracción administrativa. El autor entiende que la oposición principal radica en los efectos que una y otra tienen. Sin embargo, tal diferencia sólo alcanzaría criterios cuantitativos.¹³

En esa línea, adhiriendo también a la igualdad cualitativa entre penas y sanciones administrativas, autores como el penalista José Cerezo Mir optan por una fundamentación de orden cuantitativa para responder a la pregunta por la distinción entre unas y otras sanciones, ya que ahí estaría la única diferencia entre sanciones administrativas y penas.¹⁴ Por ello es que para Cerezo Mir termina siendo inadmisibles la hipertrofia actual de la potestad sancionadora de la Administración, en tanto se encuentra facultada para imponer sanciones, por regla general, pecuniariamente muy superiores a las multas penales.¹⁵

En el caso español, para la consolidación de la posición dominante ha sido muy relevante la consagración constitucional dispuesta en el artículo 25 de su Carta Fundamental, que señala que:¹⁶

¹³ Según Suay, tampoco existe una diferencia sustancial en los elementos subjetivos (órgano que imparte la sanción) y objetivos (discrecionalidad y contenido de las sanciones administrativas), como tampoco en sus efectos y procedimientos. *Ibid.*, pp. 97-110. En sentido semejante se pronuncia CERREZO, J. 1975. *Límites entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo*. ADPDC, 28: 165.

¹⁴ CERREZO, J., *op.cit.*, 166. En la misma línea, ROXIN, C. 1997. *Derecho Penal. Parte General I*. Madrid: Civitas. p. 72; JAKOBS, G. 1997 *Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, pp. 65-66 y entre nosotros, CURY, E. 2005. *Derecho Penal. Parte General*. 8ª ed. Santiago: Universidad Católica de Chile, pp. 106-107. Bajo Fernández va más allá, señalando que ni aun cuantitativamente existen diferencias entre sanciones administrativas y penas, puesto que esta distinción es puramente formal. BAJO, M. 1973. *El Derecho penal económico: un estudio de Derecho positivo español*. Anuario de derecho penal y ciencias penales. 26: 92-99.

¹⁵ CERREZO, J. *op.cit.*, p.167.

¹⁶ La admisión de la igualdad entre penas y sanciones administrativas se encontraría reiterada en el artículo 45 del mismo cuerpo normativo, al afirmar que:

“Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.

Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.

Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.”

“1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.

2. Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.

3. La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad.”

La importancia de esta norma radica en que expresamente establece garantías constitucionales para la aplicación de sanciones administrativas y de penas, sin distinción alguna. En concreto, Suay sostiene que en el artículo “salta a la vista de manera inmediata que la infracción administrativa y la penal son objeto de un tratamiento unitario. Para ambas se dispone idéntica consecuencia, como si de la misma realidad se tratara y no hubiese diferencias entre las dos infracciones.”¹⁷

Por su parte, el Tribunal Supremo Español resolvió que “una vez promulgada la Constitución, resulta claro que su artículo 25, donde se reconoce explícitamente la potestad administrativa sancionadora, tiene como soporte teórico la negación de cualquier diferencia ontológica entre sanción y pena.”¹⁸ Mientras tanto, el intérprete constitucional español añadió que la identidad material de infracción administrativa y delito “fue elevada al máximo rango por el art. 25 de la Constitución española que, a su vez, ha dado lugar a la caudalosa corriente

¹⁷ SUAY, J., *op.cit.*, pp.171-172.

¹⁸ Tribunal Supremo Español, 09 de septiembre de 1991.

doctrinal de este Tribunal Constitucional en tal sector a partir de nuestra STC 18/1981".¹⁹

Así entonces, para un sector importante de la doctrina, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo español, la Constitución española ha reconocido que las sanciones administrativas y penales son manifestaciones de un mismo ordenamiento punitivo del Estado. Tanto es así que el citado artículo 25 de la Constitución española incluso ha elevado a un nivel jerárquico supralegal a ciertos principios como la legalidad y la tipicidad, convirtiéndolos en principios de la potestad sancionadora del Estado.²⁰

Por otro lado, la tesis minoritaria, encabezada por Alejandro Nieto, niega la identidad sustancial entre ambos derechos sancionatorios, afirmando que el derecho administrativo en este campo es independiente, pero que por razones prácticas, explicadas a partir del tardío desarrollo de la potestad sancionatoria de la administración, utiliza los principios y garantías penales para "garantizar los derechos fundamentales del ciudadano con un mínimo suficiente que impida una desigualdad intolerable al trato entre el proceso y el expedientado."²¹

A tal punto llega entonces esta postura que niega la existencia del *ius puniendi* estatal que incluso se aventura a decir que, en un futuro más o menos

¹⁹ Tribunal Constitucional Español, 25 de abril de 1994, causa rol número 120/1994 del. Doctrina establecida por el Tribunal Constitucional español, en fallos de 30 de enero y 08 de junio de 1981, citados en GARCIA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. *op.cit.*, p. 165.

²⁰ GARCIA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. *op.cit.*, pp. 168-169.

²¹ NIETO, A. 2005. *Derecho Administrativo Sancionador*. 4ª ed. Madrid: Editorial Tecnos. p. 108. Este autor español niega primeramente la exactitud de la tesis de la identidad ontológica entre sanciones y penas, acusando una confusión entre quienes defienden dicha posición, en tanto que la identidad se encuentra en un plano normativo y no material. Por ende, es el legislador quien decide, últimamente, si se les da un tratamiento igualitario a ambas sanciones. A su vez, Nieto termina concluyendo que el Derecho Penal vino a ser una especie de tutor de un área en desarrollo, esto es, el Derecho Administrativo Sancionador, materia que a esta fecha ya ha alcanzado una sustantivación propia, algo así como su mayoría de edad, la que se manifiesta, por ejemplo, en el reconocimiento Constitucional de su existencia, en la autonomía de su procedimiento y en una vertiente normativa emanada de las normas administrativas. *Ibid.*, pp. 152-164 y 178-186.

próximo, el desarrollo garantista del Derecho Administrativo Sancionador haría innecesario el préstamo realizado por el Derecho Penal.²²

Por ello, siguiendo la tesis de Nieto, la aplicación de los principios y garantías penales se encontrará asegurada para el procedimiento administrativo al menos en su estadio actual de evolución. En otras palabras, o bien entendemos que existe algo así como el *ius puniendi* del estado, caso en el cual aplicamos los principios y garantías penales por ser las reglas mínimas del ejercicio de tal facultad sancionatoria, o se niega la igualdad ontológica admitiendo, al menos en el estado actual de desarrollo del derecho administrativo sancionador, que el préstamo de los principios y garantías penales resulta necesario para asegurar los derechos de los acusados en sede administrativa.²³

Dicho lo anterior, ahora debemos referirnos al último paso de la evolución de esta discusión, esto es, el paso desde la aplicación de todos los principios y garantías penales al derecho administrativo sancionador a su aplicación matizada, adaptada a las condiciones del procedimiento administrativo.

En efecto, ya García de Enterría concede que principalmente la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español tuvo el mérito de reconocer tanto la aplicación de los principios y garantías al derecho administrativo como también que dicha aplicación debía hacerse con matices.²⁴ El intérprete constitucional español declaró que “(...) los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución (art. 25, principio de legalidad) y una muy reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo.”²⁵

²² *Ibid.*, p. 178.

²³ A tal punto que Nieto señala que “hemos llegado en España a una fase en la que ya no se discute “si” los principios del Derecho Penal se aplican al Derecho Administrativo Sancionador, puesto que así se acepta con práctica unanimidad.” *Ibid.*, p. 165.

²⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E y FERNÁNDEZ, T., *op.cit.*, p. 174.

²⁵ *Ibid.*, p. 168, citando sentencias del Tribunal Constitucional Español de fechas 30 de enero y 08 de junio de 1981. Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E. 1982. *La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionadora de la Administración: dos importantes sentencias del Tribunal*

Empero, la doctrina española es clara al manifestar que esta aplicación jurisprudencial matizada nunca ha sido completamente explicada por el Tribunal Constitucional español y que tampoco existe un criterio general uniforme para concretar la adaptación de cada principio penal en un contexto determinado dentro del derecho administrativo. En otras palabras, comprendemos que el Tribunal Constitucional español ha apuntado a que los principios penales deben adaptarse a la realidad del derecho administrativo sancionador antes de ser aplicados, pero esta adaptación adolece de la falta de criterios generales, lo que implica que sea el propio tribunal el que caso a caso resuelva cuál es el alcance de un determinado principio. A este respecto, García de Enterría y Fernández refieren que algunos de estos matices “rinden un cierto tributo a la fuerte tradición del sistema sancionatorio administrativo en nuestro Derecho, otros pueden justificarse en datos estructurales objetivos, otros, en fin, con todos los respetos, parecen difícilmente justificables.”²⁶

Sobre el mismo punto, Nieto sostiene que la consecuencia de lo que venimos explicando es “que la aplicación de principios y criterios ha de realizarse con atenuado rigor y mayor flexibilidad, según expresiones consagradas ya en la jurisprudencia.”²⁷. Luego añade que, “En definitiva, aquí nos encontramos con una muestra típica de la actividad jurisprudencial: *primero hace una declaración rotunda (la traslación del régimen penal) que revoluciona la situación anterior y luego se ve obligada a introducir reservas y cautelas (la traslación con ‘matices’)*, un poco asustada -por así decirlo- de las últimas consecuencias a las que el giro realizado puede conducir.”²⁸ Concluye Nieto que los principios no serán aplicables al Derecho Administrativo “de forma mecánica, sino ‘con matices’, es decir, debidamente adaptados al campo que los importa (...) ni la legalidad, ni la reserva de ley, ni la tipificación, ni la culpabilidad, ni el *non bis in ídem*, ni la prescripción tienen el mismo alcance en el Derecho Penal que en el Derecho Administrativo. Lo

Constitucional. Revista Española de Derecho Administrativo, 29: 359-368; y PRIETO, L. 1982. *La jurisprudencia constitucional y el problema de las sanciones administrativas en el Estado de Derecho*. Revista Española de Derecho Constitucional, 2 (4): 99-121.

²⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E y FERNÁNDEZ, T., *op.cit.*, p. 174.

²⁷ NIETO, A., *op.cit.*, p. 170.

²⁸ *Id.*

difícil, con todo, es graduar con precisión la diferente intensidad de tales matices, para lo que no parece existir un criterio general.”²⁹ Con Nieto coincide Alejandro Huergo, quien señala que las matizaciones “se han convertido en un título inespecífico en manos del legislador, que le permite rebajar aquí y allí las garantías penales donde las tiene por conveniente, sin que hasta el momento tales matizaciones hayan llegado a superar casi nunca esa barrera invisible que las separa de la pura y simple supresión de las garantías penales y que sólo el Tribunal Constitucional parece capacitado para localizarla.”³⁰

Algunos de los criterios que la Jurisprudencia Constitucional española ha elaborado para adaptar los principios penales al derecho administrativo son los siguientes: los principios deben aplicarse “en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto y la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9 de la Constitución (española).”³¹ También se ha concluido que la aplicación debe hacerse “en la medida en que las garantías citadas sean compatibles con la naturaleza del procedimiento.”³² Además de lo anterior, Nieto replica la exposición de motivos de la Ley de la Potestad Sancionadora del País Vasco, que apunta a la “necesidad de adaptación de los principios y reglas penales a las peculiaridades de la potestad administrativa sancionadora o, mejor dicho, la búsqueda de aquello que es esencial a lo punitivo y su expresión concreta en lo punitivo administrativo.”³³ Con todo, como el propio Nieto admite, ninguno de estos criterios es decisivo.³⁴

En resumen, es un hecho que en la doctrina y en la jurisprudencia española prima la aplicación de los principios y garantías penales -en opinión de la posición dominante en virtud de la existencia del denominado *ius puniendi* del estado del cual derivan ambas manifestaciones punitivas, es decir, penas y sanciones administrativas- pero que dicha integración debe hacerse con matices,

²⁹ *Ibid.*, p. 171

³⁰ HUERGO, A., 2007. *Las sanciones administrativas*. Madrid: lustel, pp. 41-42.

³¹ Tribunal Constitucional español, 15 de noviembre de 1990, causa rol número 181/1990.

³² Tribunal Constitucional español, 21 de enero de 1987, causa rol número 2/1987.

³³ NIETO, A., *op.cit.*, 172.

³⁴ *Id.*

siendo esto último una cuestión eminentemente jurisprudencial y casuística sobre lo cual no existen mayores certezas ni criterios generales.

2.- Discusión sobre la identidad ontológica de penas y sanciones administrativas en Chile.

De la misma forma que en España, la posición mayoritaria en la doctrina y en la Jurisprudencia nacional es aquella que reconoce la igualdad ontológica entre penas y sanciones administrativas. Según William García, el proceso de formación de esta posición mayoritaria “revela la recepción de la doctrina española, mayoritaria después de 1978, de la unidad entre Derecho Penal y Derecho Administrativo sancionador como dos manifestaciones de un único *ius puniendi* estatal.”³⁵

Así, por ejemplo, Alejandro Vergara afirma que: “podemos desprender claramente que el *ius puniendi* del Estado, ya sea en su manifestación penal o administrativa, dada la evidente naturaleza común, en su ejercicio debe respetar los mismos principios de legalidad y tipicidad, y sus derivados, que ya veremos (culpabilidad y non bis in ídem). En otras palabras, aunque exista una dualidad de sistemas represivos del Estado, en ambos casos, por su unidad material, aunque el procedimiento sea distinto, se han de respetar estos principios de fondo: es el mismo *ius puniendi* del Estado.”³⁶

Por su parte, Jorge Bermúdez y Eduardo Cordero enseñan que: “El ejercicio de la potestad sancionadora se rige por principios que tienen su origen en el Derecho Penal. Esto se justifica en cuanto se trata del ejercicio del *ius puniendi*,

³⁵ GARCIA, W. *op.cit.*, p. 6. Por su parte, Eduardo Cordero coincide en afirmar que existe una clara influencia del derecho español en la adopción de la doctrina mayoritaria en Chile. CORDERO, E. 2014. *Los principios que rigen la potestad sancionadora de la administración en el Derecho Chileno*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XLII.: 405.

³⁶ VERGARA, A. 2004. *Derecho Eléctrico*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pp. 318-321. La idea también en VERGARA, A, 2004. *Esquema de los principios del Derecho Administrativo Sancionador*. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, 11(2): 138.

que es el ejercicio del poder de sancionar por parte del Estado, en cuanto éste tiene el monopolio del ejercicio legítimo de la fuerza.”³⁷

Ahora bien, la evolución en Chile tiene ciertas diferencias con la situación española, básicamente porque partimos desde un contexto normativo mucho más disperso y heterogéneo, parcelado en una abundante legislación sectorial. Además de ello, carecemos de una norma constitucional que abiertamente reconozca la igualdad -de garantías, al menos- entre uno y otro estatuto sancionatorio, como ocurre con el artículo 25 de la Constitución española. Sobre esto, añade Cordero que: “En el ámbito del Derecho Administrativo sancionador nuestro ordenamiento se ha caracterizado por la ausencia de una normativa general, contando sólo con una heterogénea y dispersa legislación sectorial (...). Por tal razón, el recurso a los principios generales ha encontrado en esta materia un campo fértil, atractivo y necesario para dotar de uniformidad, razonabilidad y de criterios comunes de solución en un ámbito de la actuación administrativa que estaba totalmente huérfano de un tratamiento teórico general y de pautas de actuación necesarias para la propia Administración y los tribunales de justicia.”³⁸

Finalmente, Luís Rodríguez Collao ratifica que “el ordenamiento jurídico nacional ofrece argumentos muy concluyentes para afirmar que en Chile los delitos criminales y las infracciones gubernativas no difieren en cuanto a su naturaleza, sino que entre ellas sólo se observan diferencias de orden cuantitativo”³⁹.

Para llegar a esta aseveración, el autor revisa elementos como la protección de bienes jurídicos detrás de las sanciones administrativas, los fundamentos de estas sanciones, la insuficiencia de la norma del artículo 20 del

³⁷ BERMUDEZ, J. y CORDERO, E. 2010. Capítulo VII: Contravenciones Aduaneras. *En: Delitos y Contravenciones Aduaneras*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. p. 287

³⁸ CORDERO, E., *op.cit.*, p. 404. También en CORDERO, E. 2012. *El Derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho Penal*. *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, XXV (2): 154-155.

³⁹ RODRIGUEZ, L. 1987. *Bases para distinguir entre infracciones criminales y administrativas*. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 11: 142.

Código Penal, que según el autor no plantea en ningún caso que existan diferencias ontológicas entre una y otra sanción, y muy especialmente la existencia de reglas sectoriales que “crean tipos de injusto que pueden ser sancionados por la vía administrativa o por la vía judicial indistintamente, dependiendo muchas veces de la decisión del órgano encargado de formular la denuncia y en otras ocasiones de las circunstancias de existir habitualidad, reincidencia u otro elemento que agregue una dosis de gravedad a la infracción, en cuyo caso resulta imperioso que el juzgamiento sea efectuado en sede jurisdiccional. Un buen ejemplo de lo expresado es el tipo que contiene el artículo 1º del decreto ley nº 211, de 1973, comúnmente llamado Ley Antimonopolios.”⁴⁰

A su vez, la tesis que postula la identidad ontológica entre sanciones administrativas y penales ha sido reconocida también en la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, que en el año 1996 resolvía “Que los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del *ius puniendi* propio del Estado.”⁴¹

La sentencia anterior es la base de una evolución jurisprudencial que se reitera en innumerables sentencias del tribunal. A modo ejemplar, la misma afirmación se observa en la sentencia del Tribunal Constitucional del 26 de junio de 2008, en la causa rol número 725, donde el tribunal se limitó a citar la doctrina del fallo de 26 de agosto de 1996, añadiendo que “aunque se trate de potestades

⁴⁰ *Ibid.*, pp. 139-142. Es menester aclarar que la mención al Decreto Ley 211 concuerda con la fecha de publicación de esta obra, la que coincide con una etapa de la ley antimonopolio en la que convivía un tipo penal y otro administrativo de sanción de los ilícitos monopólicos, lo que igualmente ocurre hoy en virtud de la entrada en vigor de la ley 20.945. Por su parte, el artículo 20 del Código Penal señala que:

“No se reputan penas, la restricción o privación de libertad de los detenidos o sometidos a prisión preventiva u otras medidas cautelares personales, la separación de los empleos públicos acordada por las autoridades en uso de sus atribuciones o por el tribunal durante el proceso o para instruirlo, ni las multas y demás correcciones que los superiores impongan a sus subordinados y administrados en uso de su jurisdicción disciplinal o atribuciones gubernativas.”

⁴¹ Tribunal Constitucional, 26 de agosto de 1996, causa rol número 244, considerando noveno. Adicionalmente ver Tribunal Constitucional, 17 de junio de 2003, causa rol número 376, considerando trigésimo a trigésimo séptimo.

que no suponen ejercicio de jurisdicción, ciertamente deben sujetarse a los parámetros propios de un debido proceso”.⁴²

Por su parte, en la sentencia de 27 de julio de 2006, en la causa rol número 480, abordando la aplicación del principio de legalidad, el tribunal ha señalado que “Aun cuando las sanciones administrativas y las penas difieren en algunos aspectos, ambas pertenecen a una misma actividad sancionadora del Estado -el llamado *ius puniendi*- y están, con matices, sujetas al estatuto constitucional establecido en el numeral 3º del artículo 19.”⁴³ Mientras tanto, en cuanto al principio de tipicidad, se ha afirmado que “el lenguaje del precepto que contempla este principio lo restringe puramente al ámbito penal, ya que el concepto ‘pena’ es la versión restringida, en oposición a ‘sanciones’ que es general. En consecuencia, la garantía de tipicidad es propia del derecho penal. Por su fundamento, es extendible a sanciones administrativas, ya que ambas sanciones representan el *ius puniendi* del Estado.”⁴⁴

La jurisprudencia del TC se ha enfocado mayormente a resolver el nivel de aplicación de cada principio concreto, sin explicar mayormente ni la aplicación matizada de estos, ni menos aún por qué se equiparan unas sanciones con otras, lo que es claro en las sentencias que acabamos de citar, todas las cuales únicamente afirman la existencia del *ius puniendi* estatal y de la igualdad ontológica de sanciones administrativas y penas. En efecto, en la primera sentencia, es decir, el fallo dictado el 26 de agosto de 1996 en la causa rol número 244, no existe considerando alguno en el que se expongan las razones de esta equiparación. El tribunal apenas da por sentada esta doctrina y a partir de ahí se ha limitado a desarrollar sus alcances concretos en cada caso.

⁴² Tribunal Constitucional, 26 de junio de 2008, causa rol número 725, considerando décimo segundo.

⁴³ Tribunal Constitucional, 27 de julio de 2006, causa rol número 480, considerando quinto.

⁴⁴ Tribunal constitucional, causa rol número 747, considerando vigésimo segundo, vigésimo cuarto y vigésimo quinto, citada en TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 2011. *Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2011)*, cuaderno del Tribunal Constitucional, número 45, Santiago: Tribunal Constitucional, p. 137.

Ahora bien, al igual que en España, entre nosotros también existe una posición contraria y minoritaria que entiende que el Derecho Administrativo Sancionador es independiente del Derecho Penal. Por ejemplo, Cristian Román dice que “en cuanto al fundamento relativo a la existencia de un único *ius puniendi* estatal, de tal ficción -ya que no puede calificársele de otra manera-, posible es concluir precisamente lo contrario, ya que conforme a ese razonamiento podría afirmarse que, al estar ambas ramas del Derecho informadas por los principios del Derecho Público Punitivo del Estado, a falta de precisos principios del Derecho Administrativo Sancionador, a éste debieran aplicársele los principios de aquél y no los del Derecho Penal.”⁴⁵ Empero, del mismo modo que Nieto en España, Román admite que es igualmente necesario el préstamo que el Derecho Penal hace de sus principios.⁴⁶

Lo anterior nos lleva a recordar que, al igual que en la consecuencia de la equiparación ontológica entre pena y sanción administrativa, entre aquellos autores que niegan la existencia del *ius puniendi* estatal se reconoce la utilización de los principios y garantías penales por parte del derecho administrativo sancionador.

Finalmente, en Chile la aceptación jurisprudencial de los principios y garantías penales siempre se ha hecho de forma matizada. Esto se observa en la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, puesto que adoptó la aplicación matizada de los principios desde la primera sentencia en la materia, es decir, el fallo de 26 de agosto de 1996 que ya tuvimos la oportunidad de citar más arriba y que se ha visto reiterada en diversos fallos del Tribunal, como ocurre, a modo

⁴⁵ ROMÁN, C. 2009. *El derecho administrativo sancionador en Chile*. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, 16: 94.

⁴⁶ ROMÁN, C. 2010. *El Castigo en el Derecho Administrativo*. *Derecho y Humanidades*, 16 (1): 164 y ROMÁN, C. 2014. Notas sobre el debido procedimiento administrativo sancionador. En: *Sanciones Administrativas. X jornadas de Derecho Administrativo*, Asociación de Derecho Administrativo (ADA), Santiago: Thomson Reuters, p. 346

meramente ejemplar, en las sentencias dictadas en las causas roles número 725, 747, 1203, 1205, 1219, 1221, 1223 y 1233.⁴⁷.

Intentando interpretar el sentido de la aplicación “matizada”, Cordero afirma que “pareciera que nuestro Tribunal nos quiere decir que los principios contenidos en nuestra Carta fundamental y que disciplinan el poder punitivo del Estado son aplicables de forma estricta en el ámbito penal, pero no debería darse tal rigor en el caso de las sanciones que aplica la Administración (...). Sin embargo, no se explica ni se entiende el porqué de estas matizaciones ni del diverso tratamiento que se da a unas y otras.”⁴⁸

En conclusión, podemos apreciar que tanto en la Doctrina como en la Jurisprudencia española y chilena existe un reconocimiento mayoritario del *ius puniendi* estatal y que esta posición, a partir de la equiparación ontológica de las penas y sanciones administrativas, ha llegado a la aplicación de los principios y garantías penales al derecho administrativo sancionador. A la misma solución ha llegado la posición minoritaria, aunque por fundamentos que se hallan en la tardía evolución del derecho administrativo. Finalmente, esta integración entre el derecho administrativo sancionador y los principios y garantías penales, tanto en España como en nuestro país, ha evolucionado jurisprudencialmente hasta un reconocimiento matizado de los principios, en razón de una adaptación de ellos al procedimiento administrativo sancionador, sin que existan criterios generales para llenar de contenido a las matizaciones que ha admitido tanto el intérprete constitucional español como el nacional.

⁴⁷ Tribunal Constitucional, 26 de agosto de 1996, causa rol número 244. Por su parte, el reconocimiento del *ius puniendi* estatal por parte del tribunal se ve reiterado en la sentencia dictada en la causa rol número 725, considerando décimo segundo, citado en TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *op.cit.*, p. 112. Misma conclusión se ve en las sentencias número 1233, 1221, 1205, 1219, 1223, 1203 y 747, citadas en *Ibid.*, p. 137. También es dable señalar que existen ciertas sentencias de la Corte Suprema que se relacionan con la materia, como bien apunta CORDERO, E. *Los principios ...*, *op.cit.*, p. 404.

⁴⁸ CORDERO, E. *Los principios...*, *op.cit.*, p. 406.

CAPÍTULO II

Diseños institucionales de persecución y evolución histórica de la criminalización de la colusión en Chile

1.- Modelos de protección de la libre competencia y diseños institucionales de persecución de estos ilícitos.

Siguiendo a Percy García Cavero se pueden reconocer tres modelos de protección de la libre competencia:⁴⁹

a) Protección limitada al Derecho Administrativo Sancionador: según García Cavero, “una protección limitada al derecho administrativo sancionador se presenta cuando las prácticas restrictivas de la libre competencia se castiguen sólo con sanciones administrativas.”⁵⁰ Para Juan José Romero, orgánicamente este modelo admite dos diseños:

i) Diseño integrado: este diseño contempla un órgano administrativo semejante a nuestras Superintendencias, que dispone de facultades para investigar y sancionar las infracciones a la libre competencia en el ámbito exclusivamente del derecho administrativo sancionador. Según Romero, que identifica esta alternativa en El Salvador y parcialmente en la Unión Europea, este diseño ha sido denominado como “diseño integrado”, porque las agencias “no solo investigan y acusan, sino que también adjudican (resuelven y sancionan).”⁵¹

ii) Diseño de sanción administrativa con disociación de funciones: en este caso, los ilícitos continúan siendo exclusivamente administrativos, en tanto el legislador excluye las sanciones penales para sancionar las conductas, pero la

⁴⁹ GARCIA, P. 2004. *Los delitos contra la libre competencia*. Revista de Derecho, 5: 11-16.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 12.

⁵¹ ROMERO, J. 2013. *Ejecución y cumplimiento de un marco normativo de libre competencia: influencias y opciones de diseño*. Tesis doctoral, Salamanca: Universidad de Salamanca, pp. 97-98. Este es el diseño adoptado parcialmente por la Unión Europea. Véase LIANOS I y ANDREANGELI, A. 2013, Institutional Design and Decision/Making Processes in European Competition Laws and Policy. *En: The Design of Competition Law Institutions: Global norms, local choices*, Oxford: Oxford University Press: 390-399.

función de investigación y de sanción se disocia en órganos diferentes, como ocurría en el texto del DL. 211 con anterioridad a la ley 20.945. En aquella situación, nuestras leyes especiales de protección a la libre competencia sólo contemplaban infracciones y sanciones de carácter administrativo, y disponían para la persecución de un órgano administrativo especial, denominado Fiscalía Nacional Económica. Por su parte, la función de adjudicación se entregaba a un órgano jurisdiccional especial, esto es, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

b) Protección limitada al Derecho Penal: en esta hipótesis, la libre competencia se tutela únicamente por la vía de la sanción penal. Sin embargo, García Cavero señala que “en la actualidad, el desarrollo extendido de legislaciones administrativas protectoras de la libre competencia y de organismos encargados de velar por el cumplimiento de esas normas, reduce la posibilidad de una protección exclusivamente penal de la libre competencia.”⁵²

c) Protección conjunta: finalmente, según García Cavero, “el rasgo común de los ordenamientos jurídicos modernos es la protección conjunta de la competencia, esto es, que las prácticas restrictivas de la libre competencia se sancionen tanto administrativa como penalmente.”⁵³ Esta protección conjunta puede materializarse en las siguientes dos vías:

l) Elección entre la sanción administrativa y la sanción penal: en este caso existirá una única persecución que deberá elegir, alternativamente, entre la vía penal o la vía administrativa, estableciéndose criterios de delimitación entre la infracción penal y la administrativa.⁵⁴

A modo ejemplar, esta alternativa se encuentra en el sistema sancionatorio de Estados Unidos, que opta por entregar la investigación al Departamento de Justicia y la función de adjudicación a un órgano jurisdiccional ordinario, esto es, un tribunal federal, al cual el Departamento de Justicia puede

⁵² GARCÍA, P., *op.cit.*, p. 13.

⁵³ *Id.*

⁵⁴ *Ibid.*, pp. 13-16.

requerir alternativamente sanciones administrativas o penales. Por esta razón, en este diseño existirá un solo procedimiento, que tendrá carácter judicial ante un tribunal federal ordinario, y una única sanción, ya sea administrativa o penal, según la vía que elija el órgano persecutor. En otras palabras, este diseño admite ámbitos de sanción administrativa y penal, pero ambas vías quedan a elección – alternativa- de un único órgano de persecución, de modo tal que no existirán hipótesis de doble punición.⁵⁵

ii) Acumulación de sanciones penales y administrativas: en contraposición de lo anterior, en este caso no existen criterios de delimitación alternativa entre la vía penal y administrativa, sino que la ley expresamente admite la acumulación de estas sanciones.

Para permitir la ejecución de este sistema de protección, se ha utilizado el denominado “diseño dual” o “judicial bifurcado”, que disocia la labor investigativa y judicial en dos vías: por un lado, órganos especializados para investigar y sancionar administrativamente y, por el otro, el Ministerio Público y los tribunales penales ordinarios para castigar penalmente.⁵⁶

Así entonces, en contraste con los diseños anteriores, esta alternativa contempla dos órganos persecutores, es decir, uno encargado de la persecución administrativa y otro de la vía penal y también entrega competencia a

⁵⁵ FOX, E; FIRST, H y HEMLI, D. 2013. The United States. En: *The Design of Competition Law Institutions: Global norms, local choices*. Oxford: Oxford University Press, También véase ROMERO, J., *op.cit.*, pp. 101-102, quien previene respecto de las potestades investigativas y sancionatorias de la Federal Trade Commission. Estas potestades, sin embargo, se relacionan con las operaciones de concentración y escapan al objeto de estudio de esta tesis. Este diseño es criticado principalmente por la falta de especialidad de los jueces y de los jurados, que no se encontrarían capacitados para comprender correctamente los problemas económicos que son expuestos en los juicios sobre infracciones a la libre competencia. HAW, R. 2011. *Amicus Briefs and the Sherman Act: Why Antitrust Needs a New Deal*. Texas Law Review, 1247: 1288. HAW, R. 2012. *Adversarial Economics in Antitrust Litigation: Losing Academic Consensus in the Battle of the Experts*. Northwestern University Law Review, 106: 1261-1262. Para una visión comparativa de este modelo con el sistema de la Unión Europea, SCHWEITZER, H. 2011. *The European Competition Law: enforcement, system and the evolution of judicial review*, European Competition Law Annual 2009: 200.

⁵⁶ TREBILCOCK, M.J. y IACOBUCCI, E. 2010. *Designing Competition Law Institutions: Values, Structure, and Mandate*. Loyola University Chicago Law Journal, 41: 455; BERNEDO, P. 2013. *Historia de la Libre Competencia en Chile 1959-2010*. Santiago: Ediciones Fiscalía Nacional Económica, pp. 162-164.

dos tribunales distintos, uno especial encargado de juzgar las imputaciones administrativas y otro penal de carácter ordinario destinado a sancionar los delitos que eventualmente pudiesen existir, ya sea de forma paralela o consecencial al procedimiento administrativo. Esta alternativa se ha utilizado en el diseño sudafricano, canadiense, israelí y australiano.⁵⁷

Dicho todo lo anterior, a partir de las modificaciones introducidas por la ley 20.945, podemos advertir que el legislador nacional optó por un modelo de protección conjunta de la libre competencia, adoptando para ello el diseño judicial dual o bifurcado. En efecto, nuestro diseño concibe una fiscalía especializada encargada de la investigación y persecución administrativa y un tribunal especializado en la materia, esto es, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Por su parte, la persecución penal queda radicada, de forma separada, en el sistema ordinario, es decir, en el Ministerio Público y los Tribunales Penales.

En ese contexto, nuestro sistema se construye a partir de la sustracción de estas materias de la competencia de los tribunales ordinarios, para dejarlas dentro de las facultades de organismos y tribunales especializados.

En el caso nacional, la fase administrativa y penal se presentan de manera consecutiva. En primer lugar, en la etapa administrativa será la Fiscalía Nacional Económica la encargada de investigar los hechos y de requerir a los infractores ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.⁵⁸ Luego, en caso de dictarse sentencia definitiva condenatoria por hechos subsumibles en la descripción típica del artículo 62 del Decreto Ley 211, la Fiscalía Nacional Económica deberá decidir si se querrela contra las personas naturales responsables, dentro del plazo de 6 meses computado desde que la sentencia

⁵⁷ FUCHS, A. 2016. *A comparative assessment of antitrust institutional designs: who should be the decision-maker and what should be the scope of judicial review: lessons from Chile*. LL.M. 50- Page Paper. Harvard University, p. 31.

⁵⁸ Sin perjuicio de la legitimación que el artículo 20 del Decreto Ley 211 entrega a los particulares para demandar ante el TDLC. Para un estudio detallado del diseño institucional chileno, AGÜERO, F. y MONTT, S. 2013, Chile. *The Competition Law System and the Country's Norms*, En: The Design of Competition Law Institutions: Global Norms, Local Choices. Oxford: Oxford University Press: 154-157.

quede firme y ejecutoriada. Hecho esto, recién entonces el Ministerio Público podrá entrar en conocimiento de los antecedentes y llevar adelante la investigación penal, conforme a las reglas generales del Código Procesal Penal.

Como veremos más adelante, el sistema judicial bifurcado chileno tiene una serie de elementos característicos, a saber: i) no permite la existencia de investigaciones paralelas, pero sí admite procesos consecutivos; ii) expresamente admite hipótesis de doble sanción, para el caso de la imputación a personas naturales en ambas sedes; iii) regula parcialmente la utilización penal de los antecedentes probatorios obtenidos por la Fiscalía Nacional Económica; iv) permite a ambos órganos persecutores llevar a cabo sus respectivas investigaciones, sin limitaciones especiales; y v) no regula mayormente la coordinación entre la Fiscalía Nacional Económica y el Ministerio Público.

2.- Breve revisión histórica de la criminalización de conductas atentatorias contra la libre competencia en Chile.

2.1.- Artículo 285 del Código Penal.

Si bien el primer texto legal que expresamente señaló tutelar la libre competencia se encuentra en la ley 13.305 de 1959, la revisión histórica de la criminalización de estos ilícitos no estaría completa si no atendemos, en primer lugar, al artículo 285 del Código Penal.⁵⁹ Este artículo señala lo siguiente:

⁵⁹ Norma ubicada en el título VI, párrafo 7 del libro II del Código Penal, titulado “Crímenes y simples delitos relativos a la industria, al comercio y a las subastas públicas”. La norma data del código de 1874. En virtud de la ley 19.450, se modificaron las multas del Código Penal y otros cuerpos legales. Al respecto, la multa que contenía el artículo 285, que consistía en seis a diez sueldos vitales, fue reemplazada por multa de seis a diez unidades tributarias mensuales

“Los que por medios fraudulentos consiguieren alterar el precio natural del trabajo, de los géneros o mercaderías, acciones, rentas públicas o privadas o de cualesquiera otras cosas que fueren objetos de contratación, sufrirán las penas de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales.”

Adicionalmente, y sólo en lo que nos interesa, el artículo 286 del mismo cuerpo normativo agrava la pena para aquellos casos en que el fraude recayere sobre mantenimientos u otros objetos de primera necesidad, agregando el comiso de los géneros que fueren objeto del fraude.

Ahora bien, el mencionado artículo 285 ha tenido escasa aplicación práctica. Al revisar la historia jurisprudencial de la norma, apenas encontramos el fallo dictado el 19 de marzo de 1914 por la Corte de Apelaciones de Santiago, en el que la Corte sostuvo que la ejecución del tipo penal requiere de medios fraudulentos consistentes en engaño.⁶⁰

Luego de ello, encontramos la sentencia del 23 de marzo de 1929 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso que, al igual que el fallo de la Corte de Santiago, equiparó medios fraudulentos con engaño, absolviendo a los acusados por considerar que no concurría esta circunstancia.⁶¹

Desde entonces, para encontrar otro precedente en la materia, debemos saltar a las investigaciones recientes encabezadas por el Ministerio Público, en las causas Farmacias y Papel Tissue, originadas ambas en investigaciones seguidas por la FNE por el ilícito de colusión, en las que la fiscalía no logró obtener sentencias penales condenatorias.⁶²

⁶⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, 19 de marzo de 1914, en Gaceta de Tribunales, tomo I, número 82, 1914, pp. 174-175.

⁶¹ Corte de Apelaciones de Valparaíso, 27 de marzo de 1929, en Gaceta de Tribunales, número 86, 1929, pp. 418-436.

⁶² En el primer caso, el Cuarto Tribunal Oral Penal de Santiago absolvió a los acusados, en sentencia del 28 de julio de 2015, en la causa RIT número 531-2014, confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, en el fallo de 29 de diciembre de 2015, recaído en la causa rol 3.139-2015. Por su parte, la investigación penal del caso *Tissue* concluyó con la decisión del Ministerio Público de no perseverar, una vez que se le negase el acceso a los antecedentes reservados del

La utilización por parte del Ministerio Público de esta norma para imputar responsabilidad penal a los directores y ejecutivos de las empresas involucradas en las colusiones de Farmacias y Papel Tissue provocó un intenso debate doctrinario orientado a comprender el alcance del tipo penal del artículo 285 y, en consecuencia, a determinar si éste incluye dentro de la conducta típica a la colusión.⁶³ Al respecto, existen básicamente dos posiciones en torno a la correcta interpretación del artículo: por una parte quienes niegan que pueda aplicarse el artículo 285 del Código Penal al ilícito de colusión, principalmente porque el delito contenido en el código requiere de engaño para la configuración de la conducta típica y una segunda interpretación que considera que en el tipo penal sí está incluida la colusión.

En la primera posición destaca Jean Pierre Matus, quien realiza un amplio estudio de la historia fidedigna del precepto y concluye que éste proviene del Código Penal Español de 1850, en concordancia con el texto del Código de 1848 de dicho país.⁶⁴ Según el autor, también sería relevante el estudio del Código francés y del Código austriaco, que contemplaban un caso de coligación para adulterar precios, el que fue tenido a la vista pero excluido al momento de elaborarse el texto hispano, todo lo cual quedó registrado en concordancias anotadas por Pacheco.⁶⁵ Por esta razón, Matus afirma que si la comisión redactora de nuestro Código hubiere querido castigar la coligación para adulterar precios sin el empleo de engaño o fraude, para ello hubiesen optado por agregarlo expresamente, o hubieran copiado la norma francesa, a la cual tuvieron acceso por el referido comentario de Pacheco.⁶⁶ Asimismo, Matus añade que la única forma de comprender la supresión del texto propuesto inicialmente para el inciso

procedimiento administrativo, tanto en sede Constitucional (Tribunal Constitucional, 08 de enero de 2016, causa rol número 2934-2015) como judicial (Corte de Apelaciones de San Miguel, 28 de marzo de 2016, causa rol número 2176-2015).

⁶³ Esta discusión se ha concentrado en torno al bien jurídico protegido, el concepto de medio fraudulento y de precio natural y la historia legislativa de la norma. SALAZAR, A. 2016. *La alteración de precios como fraude. Comentarios acerca del origen histórico del artículo 285 del Código Penal chileno y su interpretación*. Política Criminal, 11 (22): 394-395.

⁶⁴ MATUS, J. P. 2012. *Sobre la falta de punibilidad en Chile de los acuerdos de precios*. Política Criminal, 7(14): 319-321.

⁶⁵ *Ibid.*, pp. 320-321.

⁶⁶ *Ibid.*, pp. 322.

segundo del artículo 277 –hoy 286- es justamente comprender que la comisión no buscó sancionar penalmente esta situación fáctica, sino que se limitó a castigar la adulteración de precios a través de medios fraudulentos.⁶⁷

Profundizando en la misma línea, Antonio Bascuñán sostiene que el origen de la norma no solo se encuentra en las disposiciones del texto penal español, sino que también en el Código Penal belga de 1867. Las modificaciones a dicho texto belga obedecerían a concepciones económicas distintas a la moderna regulación antimonopolio. Por ello, de ser efectiva la influencia belga en el artículo 285 del Código Penal, por razones históricas no podría atribuírsele una pretensión de protección a la libre competencia. Más aún, la supresión del texto propuesto para el artículo 276, que según Bascuñán responderían a la adhesión de la comisión a la concepción económica del texto belga, hace que “sea indispensable entender que la celebración de un acuerdo relativo a los precios ofrecidos no constituye un medio fraudulento de determinación de los mismos.”⁶⁸

Luego, añade Bascuñán que “(...) es evidente que el sentido originario de la expresión legal ‘medios fraudulentos’ sólo puede corresponder al sentido con que el Código Penal belga empleaba esa misma expresión. En sentido amplio, constituyen medios fraudulentos todos los modos de interacción abusiva con el comprador o con competidores, incluyendo la violencia, la amenaza y el engaño.”⁶⁹ Por todo lo anterior, el autor concluye que el supuesto de hecho de la

⁶⁷ El original artículo 277 señalaba que “Cuando el fraude espresado en el artículo anterior recayere sobre mantenimientos u otros objetos de primera necesidad, además de las penas que en él se señalan, se impondrá la de comiso de los jéneros que fueren objeto del fraude. Para la imposición de estas penas, bastará que la coalición haya empezado a ejecutarse.” De este texto se suprimió el inciso segundo, con lo cual el artículo llegó a nosotros con el texto del primer inciso del actual artículo 286 del Código Penal. *Ibid.*: 323-326. Para reafirmar lo anterior, Matus cita también a los profesores Novoa, Etcheberry, Del Rio y Labatut. Véase, al respecto, NOVOA, E. 1962. La legislación penal económica. En: *La Nueva Legislación y el Desarrollo Económico de Chile. Ciclo de Conferencias, Julio-Septiembre*. Santiago: Universidad Católica de Chile. Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales., p. 155; ETCHEBERRY, A. 1998. *Derecho Penal, parte especial*. 3ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 280; DEL RIO, J. 1935. *Derecho Penal*. Santiago: Nascimento., p. 242 y LABATUT, G. 1996. *Derecho penal, parte especial*. 7ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 107. Nótese, sin embargo, que la misma doctrina es citada e interpretada de modo diferente por Hernández, en HERNÁNDEZ, H. 2012. *La punibilidad de la colusión (secreta) de precios en el derecho chileno. Política criminal*, 7 (13): 153-154.

⁶⁸ BASCUÑÁN, A. 2016. *Estudios sobre la colusión*. Santiago: Thomson Reuters, pp. 322 y ss.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 340.

norma “excluye del tipo la mera celebración de acuerdos de fijación de precios por parte de los comerciantes.”⁷⁰ Finalmente, agrega Bascuñán que “la escasa jurisprudencia existente confirma la interpretación restringida de la expresión legal “medios fraudulentos” como interacción abusiva mediante engaño, que excluye del tipo la mera celebración de acuerdos de fijación de precios por parte de los comerciantes.”⁷¹

Desde esta posición es particularmente relevante la sentencia pronunciada el 29 de diciembre de 2015 por la Corte de Apelaciones de Santiago, recaída en el denominado “Caso Farmacias”, esto es, la acusación formulada por el Ministerio Público contra ejecutivos de las cadenas Salcobrand, Cruz Verde y Farmacias Ahumada, en virtud de lo dispuesto en el artículo 285 del Código punitivo, producto de un caso de colusión sancionado anteriormente por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.⁷²

En lo que respecta a la aplicación a la colusión del tipo penal en comento, el fallo razona que “(...) no es factible sostener, como lo indica el recurrente, que el alcance que pretende dársele a los medios fraudulentos sea el de cualquier medio ilícito, toda vez que en la figura delictiva antecesora queda en evidencia que los medios para alterar los precios son producto del engaño, tal como se razonó en la sentencia impugnada.”⁷³

Luego de ello, la Corte agrega un último argumento a la discusión, que está vinculado con la derogación del carácter penal de los ilícitos monopólicos. La Corte sostiene que la historia de la ley 19.911 revela “una clara tendencia a la despenalización de los delitos contra la libre competencia que regía

⁷⁰ *Ibid.*, p. 342.

⁷¹ *Id.*

⁷² Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de diciembre de 2015, causa rol número 3.139-2015. En tanto, la sentencia en sede libre competencia se encuentra en Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 31 de enero de 2012, causa rol número C-184-2008, confirmada por la Corte Suprema, 07 de septiembre de 2012, causa rol número 2.578-2012.

⁷³ Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de diciembre de 2015, causa rol número 3.139-2015, considerando décimo segundo

hasta en ese momento, con ocasión del D.L. N° 211.” (.)⁷⁴ Este argumento también se observa en Matus, quien plantea que la regulación especial en materia de libre competencia habría derogado parcial y tácitamente el artículo 285.⁷⁵

En conclusión, conforme a la interpretación de la Corte de Apelaciones de Santiago, la colusión no es *per se* subsumible en el tipo penal dispuesto en el artículo 285 del Código Penal, puesto que para ello se requiere que la conducta típica sea cometida mediante engaño, no bastando, en consecuencia, la mera coordinación entre actores de un determinado mercado para alterar los precios de los productos ofrecidos a la población.

Una segunda posición en torno a la correcta interpretación del artículo 285 del Código Penal ha defendido la aplicación de esa norma a la colusión. En dicho sentido, Andrés Salazar afirma que la colusión, bajo la concepción escolástica de la economía, sí es perfectamente subsumible en los conceptos de precio natural y medio fraudulento.⁷⁶

El mismo autor funda su posición en la influencia de la normativa europea más antigua en Pacheco, de donde habría pasado a nuestra legislación, al punto de concluir que “(...) a los redactores de nuestro Código Penal les bastó con apoyarse en la tradición existente desde antiguo en el derecho del viejo continente, tradición que proscribía y sancionaba penalmente ciertas prácticas antimonopólicas, en especial, aquellos acuerdos fraudulentos alcanzados entre

⁷⁴ *Ibid.*, considerando décimo tercero. El mensaje de dicha ley señaló que pretendía la eliminación del carácter penal de las sanciones a los ilícitos monopólicos, expresión que se reiteró, de una u otra manera, en muchísimos pasajes de la historia legislativa del proyecto de ley. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la ley 19.911.

⁷⁵ Por su parte, Matus también desarrolla el argumento utilizado luego por el tribunal, concluyendo que la regulación especial en materia de libre competencia habría derogado parcial y tácitamente el artículo 285, en el evento de entender que dicha norma efectivamente sancionaba la colusión de precios. MATUS, J.P., *op.cit.*, pp. 335- 341. Ahonda en lo mismo al señalar que la aplicación actual del artículo 285 del Código Penal sería abiertamente inconstitucional, por infracción al artículo 19 número 3 inciso 8° de la Constitución. MATUS, J.P. 2013. *De nuevo sobre la falta de punibilidad de los atentados contra la libre competencia, de conformidad con el Art. 285 del Código penal. Algunos aspectos de la discusión con Héctor Hernández en Política Criminal*. Política criminal, 8 (15): 341-342. Por otro lado, Bascuñán se muestra contrario a resolver el problema por esta vía, ya que considera que el artículo en cuestión se encuentra plenamente vigente en el derecho nacional. BASCUÑÁN, A. *op.cit.*, pp. 294 y siguientes.

⁷⁶ SALAZAR, A., *op.cit.*, pp. 399-404.

mercaderes o productores, destinados a alterar el precio natural de las cosas, esto es, a manipular su precio de mercado.”⁷⁷ Concluye Salazar agregando que de “la estrecha relación existente entre los artículos 285 y 287 del Código Penal, resulta totalmente factible entender que el precio natural del trabajo puede ser alterado a través de los medios fraudulentos (ilícitos) coacción o violencia. Por lo demás, esta conclusión es enteramente consistente con la historia de la noción de ‘precio natural’ que ya hemos revisado más arriba y con la evolución del precepto español del cual proviene el artículo 285 del CP.”⁷⁸

Héctor Hernández afirma, también, que la colusión de precios es subsumible en el artículo analizado, en primer término debido a que la historia fidedigna del Código Penal y la interpretación correcta del título y párrafo donde se encuentra ubicado el artículo denotan que el legislador tuvo a la vista un concepto amplio de medio fraudulento, que excede el mero engaño y que permite la realización típica bajo el empleo de cualquier medio ilícito, dentro de los cuales perfectamente podríamos ubicar a la colusión de precios.⁷⁹

Incluso más, Hernández, apoyado en la forma en que la doctrina alemana ha interpretado el engaño en licitaciones públicas o subastas, señala también que, aun interpretando restrictivamente el texto del artículo 285, es decir, exigiendo una forma de engaño, la colusión de precios sería un caso de engaño concluyente, puesto que necesariamente implica que la oferta implícitamente declare a su destinatario que no nace de un acuerdo secreto entre los actores del

⁷⁷ *Ibid.*, p. 410. Sobre la influencia de la normativa europea en Pacheco y su paso a nuestra legislación, ver *Ibid.*, pp. 404-405.

⁷⁸ *Ibid.*, pp. 424 y siguientes.

⁷⁹ HERNÁNDEZ, H., *op.cit.*, pp. 149-154. Esta idea se aprecia en el voto de minoría del magistrado Flores Ramírez, en la sentencia pronunciada por el Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago en el caso farmacias, donde señala que una interpretación correcta del Código Penal hace que la expresión “medio fraudulento” sea entendida como símil a cualquier medio ilícito, puesto que ese es el claro sentido del legislador en el artículo que le antecede al artículo 285. A su vez, el origen de la norma estaría, según el mismo voto, en el Código Penal español de 1848, dentro del capítulo V denominado “De la maquinación para alterar el precio de las cosas”. Entonces, según el magistrado Flores, la colusión cabe dentro de la expresión maquinación, la que significa “*proyecto o asechanza artificiosa y oculta dirigida regularmente a mal fin*”. Cuarto Tribunal Oral en lo Penal, 28 de julio de 2015, causa RIT número 531-2014, voto de minoría, considerando tercero.

mercado.⁸⁰ De este modo, mediante una declaración implícita que no se condice con la secreta colusión entre los actores del mercado relevante, se terminaría configurando un engaño sancionable por el tantas veces mencionado artículo 285 del Código.⁸¹

Hernández critica abiertamente el argumento de la derogación del artículo 285 por la regulación de la materia a través de leyes especiales, explicando que, al existir una superposición de normas, el asunto debería resolverse utilizando las reglas del concurso aparente de leyes penales. Al no haberse derogado la ley antigua (es decir, el artículo 285), la pérdida de vigencia de la nueva ley haría que el hecho sea regulado por la ley anterior, norma que además es mucho más específica y acotada, ya que no sanciona todos los posibles atentados contra la libre competencia, sino que sólo la coligación para adulterar precios. Por la misma razón, duda de las supuestas intenciones despenalizadoras de la ley 19.911.⁸² Concuera con esta posición Verónica Rosenblut, quien además de adherir a la aplicación de dicha norma a la colusión, igualmente defiende la vigencia del artículo 285.⁸³

Así las cosas, Winter sostiene que el asunto es muy incierto, y que la decisión del Ministerio Público en el caso Farmacias es a lo menos discutible, por

⁸⁰ HERNÁNDEZ, H., *op.cit.*, pp. 154-156. Para sostener esto, Hernández se apoya en lo que exponen los profesores Kindhäuser, Hefendehl y Frisch, en cuanto al desarrollo del concepto de engaño concluyente, y en el caso particular especialmente a partir de lo que señala Klaus Tiedemann. En virtud de ello se señala que “dichas ofertas llevan implícita la declaración de no obedecer a acuerdos secretos entre los participantes en la licitación o subasta, dando así lugar en algunos casos de acuerdos de precios entre competidores incluso a condenas a título de estafa.” *Ibid.*, pp. 155-156. Matus, respondiendo a este argumento, se limita a decir que el consumidor no pudo tener una falsa representación de la realidad, puesto que el precio de venta era conocido con anterioridad y no se produjo fraude alguno para conseguir una disposición patrimonial que correspondiese a un precio superior. En consecuencia, no podría existir un engaño, a pesar de que haya habido un acuerdo secreto entre oferentes. MATUS, J.P. *De nuevo sobre...*, *op.cit.*: 331-333.

⁸¹ Si bien admite que este es el argumento más plausible de Hernández, Bascuñán se muestra nuevamente en contra de esta posición, primeramente, criticando las bases del argumento extraídas incorrectamente desde el derecho alemán, para luego afirmar que, según el sentido originario del artículo 285, un acuerdo oculto o secreto de precios es irrelevante respecto del competidor potencial. BASCUÑÁN, A. *op.cit.*, pp. 347-361.

⁸² HERNÁNDEZ, H., *op.cit.*, pp. 156-163.

⁸³ ROSENBLUT, V. 2009. *El delito de alteración fraudulenta de precios*. Revista Jurídica del Ministerio Público, 40: 198-202.

el riesgo que conlleva desenterrar un tipo penal arcaico para superar la inexistencia de un tipo penal de colusión.⁸⁴ Sin embargo, el Ministerio Público ha seguido impulsando investigaciones invocando el artículo 285 del Código Penal, incluso después del pronunciamiento desfavorable de la Corte de Apelaciones de Santiago en el caso Farmacias, como ocurrió en la causa contra CMPC Tissue y SCA Chile.

2.2.- Criminalización expresa de la colusión: de la ley 13.305 a la ley 20.945.

El primer texto normativo que expresamente protegió la libre competencia en Chile es la ley 13.305 de 6 de abril de 1959, que tuvo su impulso principal, según Bernedo, en la influencia de la misión Klein-Saks en materia económica.⁸⁵ Entre otros aspectos, la ley contenía normas de defensa de la libre competencia en su título V, denominado “Normas para fomentar la libre competencia industrial y comercial”. Dicha legislación contenía, en el artículo 173, una norma penal de sanción redactada en los siguientes términos:

“Artículo 173.- Todo acto o convención que tienda a impedir la libre competencia dentro del país, sea mediante convenios de fijación de precios o repartos de cuotas de producción, transporte o de distribución, o de zonas de mercado; sea mediante acuerdos, negociaciones o asociaciones para obtener reducciones o paralizaciones de producción; sea mediante la distribución exclusiva, hecha por una sola persona o sociedad, de varios productores del mismo artículo específico, o por medio de cualquier otro arbitrio que tenga por finalidad eliminar la libre competencia, será penado con presidio menor en cualquiera de sus grados y con multa de uno por ciento al diez por ciento del capital en giro de los autores.

⁸⁴ WINTER, J. 2013. *Derecho Penal e impunidad empresarial en Chile*. Revista de Estudios de la Justicia, 19: 93-98.

⁸⁵ BERNEDO, P., *op.cit.*, pp. 40-46.

Los cómplices o encubridores serán penados con la multa señalada en el inciso anterior.

En el caso de personas jurídicas, si se tratare de reincidencia, además de la multa señalada en el inciso primero y de la responsabilidad penal que sea imputable a sus representantes, podrá el Tribunal aplicar, como pena accesoria la cancelación de la personalidad jurídica, la revocación de la autorización de existencia si se tratare de una sociedad anónima o de una agencia de sociedad anónima extranjera, o la disolución anticipada en los demás casos. La sentencia que aplique estas penas, tratándose de una sociedad anónima o comercial o de una agencia de sociedad anónima extranjera deberá ser inscrita en el Registro de Comercio respectivo y publicada en el 'Diario Oficial'."

De este modo, en su regulación originaria, el derecho de la libre competencia consideró la criminalización de ciertas conductas, dentro de las cuales se encontraban los actos colusorios. Sin embargo, Bernedo destaca que durante la vigencia de la ley 13.305, solo dos casos fueron llevados a la justicia penal y que ambos concluyeron en absoluciones, lo que se habría debido, en buena medida, a la aplicación de otras sanciones contenidas en este cuerpo legal.⁸⁶

Luego, el Decreto ley 211 de 1973, que derogó las normas del título V de la ley 13.305, también criminalizó los ilícitos monopólicos, con menores precisiones que la norma anterior, y con idéntica pena privativa de libertad, es decir, presidio menor en cualquiera de sus grados.

La norma decía:

"El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención, que tienda a impedir la libre competencia en la producción o en el comercio interno o externo, será penado con presidio menor en cualquiera de sus grados.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 46.

Con todo, cuando este delito incida en artículos o servicios esenciales, tales como los correspondientes a alimentación, vestuario, vivienda, medicinas o salud, la pena se aumentará en un grado.”

Es menester hacer presente, desde ya, que este tipo penal tuvo nula aplicación práctica hasta su derogación, lo que en buena medida dio origen a las modificaciones que introdujo la ley 19.911.⁸⁷

La situación cambiaría drásticamente con la ley 19.911, que optó por terminar con la penalización de las infracciones a la libre competencia.⁸⁸ A partir de ese momento, todas estas conductas pasarían a ser simples infracciones de carácter administrativo, susceptibles de sanción por el tribunal especial que la misma ley creó para tal efecto y que serían investigadas por la Fiscalía Nacional Económica. En consecuencia, desde la entrada en vigor de ley 19.911, en nuestro país, supuestamente, se dejó de criminalizar tanto la colusión como cualquier otra conducta monopólica, pese a que sobrevivió, como ya sabemos, la discusión sobre el alcance e interpretación de los artículos 285 y 286 del Código Penal.

Además de lo anterior, la ley 19.911 creó el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, modificando de este modo la estructura orgánica de persecución y sanción de estos ilícitos. Es por ello que la doctrina estima que esta es la modificación institucional más importante del sistema de defensa de la libre competencia, dado que reemplazó las comisiones preventivas regionales, preventiva central y resolutive por un sistema conformado por el TDLC como

⁸⁷ El mensaje de esta ley, además de estimar que era necesaria una tipificación específica de cada conducta susceptible de sanción penal para no infringir el principio de legalidad, lo que según el proyecto de ley no resultaba viable en el contexto en que se desenvuelven los agentes económicos, también agregó entre sus motivos que el tipo penal que propuso derogar “rara vez ha dado paso a la acción penal y se estima que no ha logrado disuadir las conductas contra la libre competencia” BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la ley 19.911, pp. 9-10. Respecto de la nula aplicación de las penas contenidas en el DL. 211 original, véase BERNEDO, P. *op.cit.*, p. 193 y DEPOLO, R. 1997. *El Régimen Jurídico de defensa de la competencia en Chile. Algunas proposiciones para su despenalización*. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. XVIII: 439.

⁸⁸ Artículo 1º numeral segundo de la ley 19.911.

órgano con facultades jurisdiccionales, y por la FNE como ente encargado de la investigación y persecución de los ilícitos monopólicos.⁸⁹

Finalmente, la ley 20.361 constituye el último de los hitos legislativos de la historia de la persecución de la colusión con anterioridad a la ley 20.945. Entre otras cosas, esta ley avanzó en tres aspectos importantes: la regulación de la delación compensada, la incorporación al DL 211 de medidas intrusivas y el incremento de las sanciones pecuniarias a los sujetos sancionados en sede administrativa, hasta un límite de 30.000 UTA en el caso de la colusión.⁹⁰

Sin perjuicio de lo anterior, en los años que siguieron a la fecha de publicación de la ley 19.911, esto es, el 14 de noviembre de 2003, y el 30 de agosto de 2016, fecha de publicación de la ley 20.945, se promovieron, desde distintos sectores políticos, una serie de proyectos que intentaron volver a tipificar la colusión.⁹¹ Este interés legislativo por la defensa de la libre competencia se vio acentuado cada vez que la Fiscalía Nacional Económica descubrió un nuevo cartel dentro de nuestros mercados, especialmente en los casos más mediáticos, como lo fueron los denominados casos “Farmacias”, “Pollos” y “Papel higiénico”.⁹² De

⁸⁹ BERNEDO, P. *op.cit.*, pp. 162-166.

⁹⁰ *Ibid.*, pp. 189-191.

⁹¹ A saber: boletines número 6.442-03 (01 de abril de 2009); 6.439-07 (02 de abril de 2009); 6.438-03 (02 de abril de 2009); 6.454-07 (08 de abril de 2009); 8.822-07 (07 de marzo de 2013); 9.028-03 (17 de julio de 2013); 9.026-07 (17 de julio de 2013); 9.046-03 (01 de agosto de 2013); 9.742-03 (26 de noviembre de 2014); 9.934-03 (17 de marzo de 2015); 10.175-07 (06 de julio de 2015); 10.366-03 (02 de noviembre de 2015); 10.377-07 (09 de noviembre de 2015); y muy especialmente el boletín 9.950-03 (16 de marzo de 2015), mensaje del ejecutivo que dio origen a la ley 20.945.

⁹² El caso Farmacias fue resuelto por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en la sentencia número 119-2012, del 31 de enero de 2012, causa rol número C-184-2008, confirmada luego por la Corte Suprema el 07 de septiembre de 2012, causa rol número 2578-2012, en virtud de lo cual se condenó a Farmacias Cruz Verde S.A. y Salcobrand S.A. al pago de la multa máxima vigente a dicha fecha, es decir, 20.000 unidades tributarias anuales. Fue tal el impacto que ocasionó este caso que en abril de 2009 se ingresaron en el Congreso 4 boletines con proyectos de ley que buscaron criminalizar la colusión (boletines número 6.442-03, 6.439-07, 6.438-03 y 6.454-07). A modo ejemplar, el primer párrafo de la moción del boletín 6.442-03 de 01 de abril de 2009, ingresado por el Senador Adolfo Zaldívar, señala “Considerando los hechos de público conocimiento relacionados con la colusión celebrada entre cadenas de farmacias destinadas a fijar precios, alterando el funcionamiento normal del mercado...” ZALDIVAR, Adolfo, moción, boletín 6442-03, [en línea] <https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=6836&prmBoletin=6442-03> [consulta: 10 junio 2016]. Por su parte, el caso Pollos fue un juicio seguido por la Fiscalía Nacional Económica contra Agrosuper, Ariztía, Don Pollo y la Asociación de Productores Avícolas, resuelta el 25 de septiembre de 2014 por el TDLC en la sentencia número 139-2014, en la causa rol número C-236-2011, donde impuso multas de 30.000 UTA para Ariztía y Agrosuper y 12.000

todos estos proyectos, fue el boletín 9950-03, impulsado por el ejecutivo, el que logró prosperar, convirtiéndose en la ley 20.945, que criminalizó explícitamente el delito de colusión, tipificándolo en el nuevo artículo 62 del DL 211.

3.- Nueva tipificación de la colusión: aspectos penales relevantes de la ley 20.945.

El 16 de marzo de 2015 ingresó a la Cámara de Diputados el mensaje número 009-363 que inició la tramitación del proyecto de ley que modificó el DFL N° 1 de 2004 del Ministerio de Economía, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley 211. Este proyecto, tramitado bajo el boletín número 9950-03, dio origen a la ley 20.945, que entre otras materias tipificó como delito la colusión, en los casos de los denominados carteles duros⁹³.

Los aspectos penales y procesales de la ley 20.945, relevantes para este trabajo, son los siguientes:⁹⁴

UTA para Don Pollo. Además, se dispuso la disolución de la Asociación de Productores Avícolas. La sentencia fue confirmada luego por la Corte Suprema con fecha 29 de octubre de 2014, causa rol número 27.181-2014, con la precisión de que condenó a la Asociación de Productores Avícolas al pago de 2.000 UTA. Para terminar, el caso que daría probablemente el impulso final a la tramitación legislativa de la ley 20.945 es la colusión del papel higiénico, consistente en la investigación promovida por la Fiscalía Nacional Económica contra CMPC Tissue S.A. y S.C.A. Chile S.A. Esta investigación se materializó en el requerimiento presentado por la FNE ante el TDLC el 27 de octubre de 2015, encontrándose a esta fecha en tramitación (autos C-299-2015).

⁹³ Un cartel duro ha sido definido como "Aquellas colusiones en que competidores acuerdan fijar precios, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación, sin que exista justificación pro competitiva alguna asociada al acuerdo" BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la ley 20.945, Primer trámite Constitucional, p. 5. Al respecto, la OECD define un hard core cartel de la siguiente forma: "a *hard core cartel*" is an *anticompetitive agreement, anticompetitive concerted practice, or anticompetitive arrangement by competitors to fix prices, make rigged bids (collusive tenders), establish output restrictions or quotas, or share or divide markets by allocating customers, suppliers, territories, or lines of commerce...*" International Competition Network. 2005. "Defining Hard Core Cartel Conduct Effective Institutions Effective Penalties. Building Blocks for Effective Anti-Cartel Regimes". 4th ICN Annual Conference, Bonn, Alemania: [en línea] <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc346.pdf>> [consultado el 11-07-2016] p 6-7. Por otro lado, en cuanto al concepto de colusión, véase GONZÁLEZ, A. 2011. Prácticas Colusivas. En: *La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario*. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Santiago: Thomson Reuters Puntotex, pp. 143-147.

⁹⁴ En materia de colusión, la ley realizó las siguientes modificaciones al DL 211:

3.1.- Tipificación del delito de colusión.

En este punto, el mensaje señala que la pena contemplada en la legislación anterior a la ley 19.911 nunca se aplicó por “la ausencia de una cabal conciencia acerca de la gravedad de estos ilícitos, así como de la falta de una institucionalidad adecuada para hacer frente a los casos de alta complejidad.”⁹⁵

La norma penal, con algunas modificaciones en relación al texto del proyecto original, está desarrollada en los siguientes términos:⁹⁶

“Artículo 62. - El que celebre u ordene celebrar, ejecute u organice 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

-
- a) Aumento del monto máximo de las multas para sancionar los ilícitos monopólicos (Artículo 26 letra c) del DL. 211).
 - b) Introducción de la sanción de prohibición de contratar a cualquier título con órganos de la Administración del Estado para los casos de colusión (Artículo 26 letra d) del DL. 211).
 - c) Fortalecimiento de la delación compensada, aplicable a las investigaciones originadas en el ilícito del artículo 3 letra a) del DL 211 (artículo 39 bis del DL. 211).
 - d) Eliminación de la exigencia de que el acuerdo o la práctica concertada confieran poder de mercado para sancionar ilícitos de colusión y ajuste del tipo infraccional a las hipótesis de los denominados “carteles duros” (artículo 3 letra a) y artículo 62 del DL. 211).

Para más detalle del proyecto, véase BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la ley 20.945, primer trámite Constitucional, pp. 3.17.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 6. En este sentido, afirma el mensaje que “a más de 10 años de la referida derogación, es posible constatar la necesidad y legitimidad de volver a criminalizar conductas anticompetitivas, esta vez únicamente limitado a la colusión y, particularmente, a aquellos casos que en el derecho de la competencia se consideran como carteles duros.”, para luego agregar que, “Desde un punto de vista disuasorio, la criminalización de la colusión constituirá 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.” *Id.*

⁹⁶ Es menester prevenir al lector que el proyecto original proponía introducir estas normas en el Código Penal, a partir del artículo 286 bis, cuestión que se modificó durante la tramitación del proyecto, lo que devino en la creación del nuevo título V del DL. 211. Por estas razones, en algunas notas al pie de esta tesis se hará referencia al propuesto artículo 286 *bis, ter, quater o quinquies*, todos del Código Penal. Véase proyecto de ley original en *Ibid.*, pp. 16-27.

mercado; o afectar el resultado de licitaciones realizadas por empresas públicas, privadas prestadoras de servicios públicos, u órganos públicos, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.

Asimismo, será castigado con inhabilitación absoluta temporal, en su grado máximo, 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.”⁹⁷

3.2.- Compatibilidad de la sanción penal con las sanciones administrativas del DL. 211.

La introducción de este tipo penal genera una primera cuestión que tiene que ver con la compatibilidad de estas sanciones con las dispuestas en el DL 211. Al respecto, la ley antimonopolio contempla básicamente cuatro sanciones que puede imponer el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Estas son:

- a) Disponer la modificación o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de la ley (artículo 26 letra a), DL. 211)
- b) Ordenar la modificación o disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado que hubieren intervenido (artículo 26 letra b), DL. 211).
- c) Condenar al pago de multas a beneficio fiscal de hasta el treinta por ciento de las ventas del infractor correspondientes a la línea de productos o servicios asociados a la infracción durante el periodo por el cual esta se haya extendido o el doble del beneficio económico reportado por la infracción. En caso de que lo anterior no pueda

⁹⁷ Artículo aprobado con modificaciones. Véase, *Ibid.*, p. 46.

determinarse, se podrá aplicar multas hasta por sesenta mil unidades tributarias anuales (artículo 26 letra c), DL. 211).

- d) En casos de colusión, imponer la prohibición de contratar a cualquier título con órganos del Estado (artículo 26 letra d), DL. 211).

Para resolver esta cuestión, la ley 20.945 introdujo un nuevo inciso final al artículo 26 de la ley antimonopolio. Esta norma ahora señala 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”⁹⁸.

En consecuencia, esta norma expresamente indica que son compatibles y, en definitiva, que se pueden aplicar copulativamente en un mismo caso las sanciones administrativas del artículo 26 con la sanción penal del artículo 62, ambas del DL. 211, en conjunto también con la indemnización de perjuicios que contempla el artículo 30 del mismo cuerpo legal.

3.3.- Reglas especiales de determinación de la pena y de penas sustitutivas.

El inciso tercero del actual artículo 62 del DL 211 establece una serie de normas especiales de determinación de la pena y de alteración de los efectos generales de la ley 18.216. Dentro de ello, lo que nos parece más relevante es la siguiente:

“Será aplicable lo previsto en la ley N° 18.216, conforme a las reglas generales. Sin embargo, la ejecución de la respectiva pena sustitutiva quedará en suspenso por un año, tiempo durante el cual el condenado deberá cumplir en forma efectiva la pena privativa de libertad a la que fuere sancionado.”

De este modo, la ley 20.945 emplea la norma utilizada por la ley 20.770, con el objeto de asegurar el cumplimiento de al menos un año de pena

⁹⁸ Artículo 26 letra c del DL 211.

corporal efectiva, sin aplicación durante ese tiempo de las penas sustitutivas de la ley 18.216.⁹⁹

3.4.- Exención y atenuación de la responsabilidad penal para quienes aporten información en sede administrativa mediante el mecanismo de delación compensada.

El artículo 63 prescribe lo siguiente:

“Estarán exentos de responsabilidad penal por el delito tipificado en el artículo 62 aquellas personas que primero hayan aportado a la Fiscalía Nacional Económica antecedentes de conformidad al artículo 39 bis. El requerimiento del Fiscal Nacional Económico individualizará a las personas exentas de responsabilidad penal y dicha calidad será así declarada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.”

En consecuencia, lo que hace la norma es establecer la exención de responsabilidad penal para el primer delator, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 39 bis del DL 211, es decir, conforme a las reglas de la delación compensada.

Los incisos segundo y tercero de dicho artículo añaden normas que obligan a los delatores a colaborar con la investigación del Ministerio Público y a presentarse como testigos en el eventual Juicio Oral, so riesgo de perder el beneficio de exención de responsabilidad penal en los siguientes casos: a) Los beneficiados no comparecen a declarar sin justa causa; b) Los beneficiados se niegan a ratificar la declaración; o c) Los beneficiados incurren en las conductas previstas en los artículos 206 o 269 bis del Código Penal.¹⁰⁰

⁹⁹ La norma original, contenida en la ley 20.770, que introdujo modificaciones a los artículos 195, 195 bis y 196 ter de la Ley N° 18.290 (Ley de Tránsito), fue declarada inaplicable por inconstitucionalidad en Tribunal Constitucional, 13 de diciembre de 2016, causa rol número 2983-16. Asimismo, una norma similar, contenida en la ley de control de armas (a través de las modificaciones introducidas por la ley 20.813) fue igualmente declarada inaplicable por inconstitucionalidad por el mismo tribunal, en Tribunal Constitucional, 27 de marzo de 2017, causa rol número 3177-16.

¹⁰⁰ Los incisos segundo y tercero del artículo 63 del DL. 211 señalan:

“Las personas indicadas en el inciso anterior deberán proporcionar al Ministerio Público y al tribunal competente los mismos antecedentes que previamente entregaron a la Fiscalía Nacional Económica, y deberán prestar declaración en calidad de testigo en la forma dispuesta por el artículo 191 del Código Procesal Penal, declaración que será incorporada al juicio oral de la manera prevista en el artículo 331 del mencionado Código.

Si el testigo legalmente citado no compareciere sin justa causa o se negare a ratificar su declaración prestada ante la Fiscalía Nacional Económica, y así lo declarare el juez de garantía competente a petición del Ministerio Público, o incurriere en alguna de las conductas previstas en los artículos 206 ó 269 bis del Código Penal, será privado de la exención de responsabilidad penal que establece este artículo. La sanción respectiva se acumulará materialmente a la que corresponda según lo dispuesto en el artículo 62. En contra de la resolución del juez de garantía que privare de la exención de responsabilidad penal procederá el recurso de apelación, que se concederá en ambos efectos.”

Por su parte, el artículo 206 del Código Penal establece que:

“El testigo, perito o intérprete que ante un tribunal faltare a la verdad en su declaración, informe o traducción, será castigado con la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a veinte unidades tributarias mensuales, si se tratare de proceso civil o por falta, y con presidio menor en su grado medio a máximo y multa de veinte a treinta unidades tributarias mensuales, si se tratare de proceso penal por crimen o simple delito.

Tratándose de peritos e intérpretes, sufrirán además la pena de suspensión de profesión titular durante el tiempo de la condena.

Si la conducta se realizare contra el imputado o acusado en proceso por crimen o simple delito, la pena se impondrá en el grado máximo.

Están exentos de responsabilidad penal por las conductas sancionadas en este artículo quienes se encuentren amparados por cualquiera de los supuestos a que se refiere el artículo 305 del Código Procesal Penal.”

Finalmente, el artículo 269 bis del Código Penal indica que:

“El que, a sabiendas, obstaculice gravemente el esclarecimiento de un hecho punible o la determinación de sus responsables, mediante la aportación de antecedentes falsos que condujeren al Ministerio Público a realizar u omitir actuaciones de la investigación, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo y multa de dos a doce unidades tributarias mensuales.

La pena prevista en el inciso precedente se aumentará en un grado si los antecedentes falsos aportados condujeren al Ministerio Público a solicitar medidas cautelares o a deducir una acusación infundada.

El abogado que incurriere en las conductas descritas en los incisos anteriores será castigado, además, con la pena de suspensión de profesión titular durante el tiempo de la condena.

La retractación oportuna de quien hubiere incurrido en las conductas de que trata el presente artículo constituirá circunstancia atenuante. Tratándose de las situaciones a que se refiere el inciso segundo, la atenuante se considerará como muy calificada, en los términos del artículo 68 bis.

Se entiende por retractación oportuna aquélla que se produjere en condiciones de tiempo y forma adecuados para ser considerada por el tribunal que debiere resolver alguna medida solicitada en virtud de los antecedentes falsos aportados o, en su caso, aquélla que tuviere lugar durante la vigencia de la medida cautelar decretada en virtud de los antecedentes falsos aportados y que condujere a su alzamiento o, en su caso, la que

Por su parte, el artículo 63 inciso cuarto del DL 211 beneficia al segundo delator con la rebaja automática de un grado de la pena determinada según las reglas dispuestas en el artículo 62, con idénticas formalidades, es decir, la FNE deberá individualizar a las personas que recibirán dicho beneficio, con la confirmación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

También se establece una carga para el segundo delator, que consiste en la obligación de ratificar su declaración ante el Ministerio Público y los tribunales competentes, sujeta al beneficio de omitir la aplicación del artículo 62 inciso cuarto, esto es, la suspensión de las penas sustitutivas por el plazo de un año.

3.5.- Legitimación activa para la interposición de la querrela por el delito de colusión.

La norma que regula los aspectos procesales del inicio de la investigación penal del delito de colusión a través de la querrela del Fiscal Nacional Económico es el artículo 64 del DL. 211, que en sus primeros cuatro incisos señala lo siguiente:

“Artículo 64.- Las investigaciones de los hechos señalados en el inciso primero del artículo 62 solo se podrán iniciar por querrela formulada por la Fiscalía Nacional Económica, la que podrá interponerla una vez que la existencia del acuerdo haya sido establecida por sentencia definitiva ejecutoriada del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sin que sea admisible denuncia o cualquier otra querrela. Para estos efectos, no se aplicará lo dispuesto en el artículo 166 del Código Procesal Penal.

ocurra antes del pronunciamiento de la sentencia o de la decisión de absolución o condena, según corresponda.

Estarán exentas de las penas que establece este artículo las personas a que se refieren el inciso final del artículo 17 de este Código y el artículo 302 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.”¹⁰¹

En consecuencia, la titularidad de la acción penal queda radicada exclusivamente en el Fiscal Nacional Económico, quien podrá, discrecionalmente, decidir si intenta la querrela una vez que el procedimiento administrativo hubiese terminado mediante sentencia firme y ejecutoriada.¹⁰²

Con ello, la prejudicialidad administrativa imposibilita la subsistencia de dos procedimientos paralelos, pero, en concordancia con la regla de compatibilidad de sanciones introducida al artículo 26, permite dos procedimientos sancionatorios consecutivos o secuencias, y también la imposición de sanciones administrativas y penales a los mismos sujetos.

¹⁰¹ La titularidad de la acción penal fue una de las cuestiones procesales más debatidas a lo largo del proceso de formación de la ley, en buena medida por la posición contraria que mostró el Ministerio Público. Si bien nunca se modificó la titularidad de la acción penal en el Fiscal Nacional Económico, la secuencialidad que terminó abrazando la ley fue objeto de una amplia discusión, desde la comisión de Constitución del Senado hasta la comisión mixta que terminó aprobando el texto definitivo del artículo 64. Ver BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la ley 20.945, Segundo trámite constitucional, tercer trámite constitucional y comisión mixta. Esta posición del Ministerio Público llegó a tener difusión mediática, como se ve en una serie de declaraciones realizadas por el Fiscal Nacional Jorge Abbott. A modo ejemplar, véase <<http://www.cooperativa.cl/noticias/economia/competitividad/libre-competencia/fiscal-nacional-critico-proyecto-anticolusion-que-se-discute-en-el/2016-06-13/170210.html>> (13-06-2016) [consultado: 18-08-2016] y <<http://www.t13.cl/noticia/politica/fiscal-abbott-endurece-criticas-proyecto-sanciona-colusion-antesala-su-votacion>> (13-06-2016) [consultado: 18-08-2016].

¹⁰² El proyecto original colocaba dicha discrecionalidad en una etapa procesal anterior, esto es, una vez cerrada la investigación administrativa. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la ley 20.945, primer trámite constitucional, p. 26.

3.6.- Normas relativas a la utilización penal de la prueba producida por la FNE.

Las normas relacionadas con este punto se encuentran en los incisos quinto y sexto del artículo 64, que enuncian que:

“En su querella, 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 del literal 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 9º del Código Procesal Penal.”

Particularmente relevante es que la ley le exija a la FNE la indicación de haber obtenido autorización judicial para realizar una o más de las medidas intrusivas enumeradas en el artículo 39 letra n) del DL 211, estableciendo, sin más, que la circunstancia de haber sido autorizadas por un ministro de Corte de Apelaciones hará que los antecedentes obtenidos por la FNE en el ejercicio de dichas diligencias cumplan con lo dispuesto en el artículo 9º del Código Procesal Penal, norma que prescribe que: “Toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare, requerirá de autorización judicial previa.”

Sobre este último punto, debemos recordar que el DL 211 permite la utilización de los medios de prueba del Código de Procedimiento Civil.¹⁰³ Además, la propia ley 20.945 incorporó medidas de apremio como las introducidas en los párrafos cuarto y quinto de la letra h) del artículo 39 del DL 211, que señalan:

“Quienes, con el fin de dificultar, desviar o eludir el ejercicio de las atribuciones de la Fiscalía Nacional Económica, oculten información que les haya sido solicitada por la Fiscalía o proporcionen a la misma información falsa, incurrirán en la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio. Para la aplicación de dichas penas, el Fiscal Nacional Económico remitirá los antecedentes respectivos al Ministerio Público. Esta comunicación tendrá el carácter de denuncia para los efectos del artículo 53 del Código Procesal Penal.

Quienes estén obligados a dar respuesta a las solicitudes de información efectuadas por el Fiscal Nacional Económico e injustificadamente no respondan o respondan solo parcialmente, serán sancionados con una multa a beneficio fiscal de hasta dos unidades tributarias anuales por cada día de atraso, de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 39 ter, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 42.”

Asimismo, se agregó un párrafo final a la letra j) de dicho artículo, con el siguiente texto:

“Quienes injustificadamente no comparezcan a declarar habiendo sido previamente citados en conformidad a esta letra serán sancionados con una multa a beneficio fiscal de una unidad tributaria mensual a una unidad tributaria anual, de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 39 ter, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 42.”

¹⁰³ Los medios de prueba del Código de Procedimiento civil son empleables por la FNE por remisión expresa del artículo 29 del DL. 211.

Además, la norma del artículo 64 añade que el Ministerio Público podrá solicitar al TDLC el alzamiento de la confidencialidad de determinadas piezas del expediente administrativo, sin especificar si se refiere a aquellas que sean fruto de las medidas intrusivas que requieren autorización del ministro de Corte de Apelaciones o si puede hacerlo respecto de cualquier antecedente que conste en la investigación de la Fiscalía Nacional Económica.

3.7.- Regla especial de prescripción del delito de colusión.

Adicionalmente, el artículo 65 del DL 211 regula la prescripción de la acción penal de persecución del delito de colusión, estableciendo para ello que prescribirá en el plazo de diez años computados desde que se encuentre ejecutoriada la sentencia definitiva que dicte el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sin perjuicio de ello, se debe recordar que la ley sólo legitima al Fiscal Nacional Económico para querellarse por este delito y que, a su vez, obliga a dicho Fiscal a presentar su querrela en el plazo de seis meses desde que la sentencia del TDLC quede firme y ejecutoriada.

Para finalizar, a excepción de las escasas normas citadas en este acápite, la ley no contiene mayor regulación sobre la posible reiteración de actuaciones vulneratorias de derechos en ambas investigaciones, así como tampoco cuenta con una normativa detallada que reglamente la relación entre la Fiscalía Nacional Económica y el Ministerio Público. Asimismo, pese a que fue un punto destacado de la discusión en el Congreso, la ley finalmente no se pronunció sobre la vigencia del artículo 285 del Código Penal.¹⁰⁴

¹⁰⁴ A modo ejemplar, véase BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la ley 20.945, primer trámite constitucional, pp. 109-110 y 190 y BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la ley 20.945, segundo trámite constitucional, pp. 152, 202-203 y 356.

CAPITULO III

Conflictos entre el ejercicio de la potestad sancionatoria en materia de libre competencia y la persecución penal.

1.- Ejercicio de la acción penal: constitucionalidad del mecanismo de legitimación activa que contempla el artículo 64 del DL. 211.

El primero de los conflictos que nos interesa abordar es la discusión en torno a la constitucionalidad de la regla del inciso primero del artículo 64 del DL. 211, en tanto ésta permite dar comienzo al procedimiento penal sólo al Fiscal Nacional Económico, mediante la interposición de una querrela, una vez que el acuerdo o colusión haya sido declarado por sentencia firme y ejecutoriada del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Esta discusión se origina en la posición que ha sostenido el Ministerio Público respecto de dicho inciso, en cuanto a que se habría vulnerado el artículo 83 de la Constitución, ya que para el ente persecutor penal esta regla constitucional le otorgaría el monopolio de la investigación penal, en virtud de lo cual podría iniciar siempre el procedimiento ejerciendo la acción penal pública.¹⁰⁵

El citado artículo 83 de la Constitución señala lo siguiente:

“Artículo 83.- Un organismo autónomo, jerarquizado, con el nombre de Ministerio Público, dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley. De igual manera, le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos. En caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales.

El ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal.”

Para resolver si el artículo 64 del DL 211 vulnera de alguna forma esta norma constitucional, en primer lugar, debemos referirnos brevemente al

¹⁰⁵ Respecto de la posición del Ministerio Público en torno a la constitucionalidad del mecanismo del actual Decreto Ley 211, ver BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la ley 20.945, segundo trámite constitucional, pp. 57-58. Una posición similar ya había sido sostenida por el ex Fiscal Nacional Guillermo Piedrabuena con ocasión de las facultades del Servicio de Impuestos Internos para impulsar el proceso penal a través de la querrela. Concretamente, Piedrabuena afirma que “el Ministerio Público no puede quedar limitado a iniciar una investigación por un delito tributario, por la decisión de un órgano administrativo, no obstante, la especialidad y la preparación del SII en materia tributaria (...) este procedimiento informativo no se aviene con el artículo 83 de la Constitución Política que le entrega al Ministerio Público la atribución exclusiva de dirigir la investigación penal.” PIEDRABUENA, G. 2016. *Las potestades del Ministerio Público en la investigación de los delitos tributarios*. Revista de Derecho Público. 84: 136.

concepto de acción penal, puesto que esta expresión tiene entre nosotros una acepción estricta, que significa presentar la acusación, y otra más amplia que vincula el concepto con el inicio o promoción del proceso penal.¹⁰⁶

En opinión de María Inés Horvitz, según la concepción estricta de acción penal, el artículo 83 “alude a la facultad que tiene el ministerio público de formular o no acusación en contra de determinada persona, dependiendo de los antecedentes reunidos durante la investigación preparatoria.”¹⁰⁷ En el mismo sentido se pronuncia Alex Carocca, quien entiende que ejercer la acción penal significa deducir la acusación.¹⁰⁸

Por otro lado, la expresión “acción penal” también tiene un sentido amplio que consiste en que el ejercicio de esta acción es sinónimo de dar inicio o promover el proceso penal. Al respecto, la profesora Horvitz señala que “entre nosotros suele utilizarse la expresión también en sentido lato, como sinónimo de promover la persecución penal o de incoación del proceso penal, también denominado *ius ut procedatur*.”¹⁰⁹

Dicho lo anterior, en el ámbito de la concepción estricta de acción penal, la ley 20.945 no introdujo modificación alguna a las reglas de la acusación para la imputación del delito de colusión, manteniendo la acusación en el Ministerio Público. Por ello, la ley en ningún caso puede ser inconstitucional en el sentido estricto de acción penal.

Así las cosas, la discusión que se ha producido durante la tramitación en el Congreso del proyecto que terminó convirtiéndose en la ley 20.945 únicamente puede corresponder al sentido amplio de la expresión acción penal y al alcance que tenga dicho concepto con el artículo 83 de la Constitución. Por tanto, en este punto la pregunta que nos corresponde resolver es si entregar el

¹⁰⁶ HORVITZ, L (con LÓPEZ, J.). 2003. *Derecho Procesal Penal Chileno*, tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 147.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 148.

¹⁰⁸ CAROCCA, A. 2005. Manual. *El nuevo sistema Procesal Penal*. Santiago: Editorial Lexis Nexis, p. 36.

¹⁰⁹ HORVITZ, L (con LÓPEZ, J.), *op.cit.*, p. 147

inicio de la persecución penal exclusivamente al Fiscal Nacional Económico a través de la querrela es inconstitucional, en el sentido de si el artículo 83 efectivamente le asegura siempre al Ministerio Público la facultad de dar comienzo a una investigación penal, sin excepciones y sin que requiera para ello de una denuncia o querrela previa. Por ello, desde ahora cada vez que nos refiramos al concepto acción penal, lo haremos en el sentido amplio de la expresión.

En primer término, sobre la norma del artículo 64 del Decreto Ley 211 no han existido resoluciones del intérprete constitucional, ya que en el examen preventivo de constitucionalidad el Tribunal Constitucional estimó que esta regla no abordaba materias propias de ley orgánica constitucional.¹¹⁰ Sin embargo, existen una serie de pronunciamientos del tribunal que contienen interpretaciones de la regla del artículo 83 de la Constitución con ocasión del cuestionamiento de reglas legales semejantes, en un sentido que ratificaría la constitucionalidad del mecanismo del DL. 211.

En efecto, en la sentencia de 19 de agosto de 2008, en la causa rol número 815-2007, el tribunal consideró que el Ministerio Público no tiene el monopolio absoluto de la acción penal, porque, de haberlo querido así el legislador, el código habría establecido que la querrela se debe presentar ante este organismo, y no ante el juzgado de garantía. A su vez, en la misma sentencia estimó que la querrela y el ejercicio de la acción por parte de la víctima son manifestaciones del ejercicio del derecho al proceso.¹¹¹

Por otro lado, el mismo tribunal ha considerado, en la sentencia dictada el 05 de octubre de 2010 en la causa rol número 1484-2009, que:

“El artículo 83 CPR no sólo está situando a aquellos sujetos en un plano de igualdad con el Ministerio Público, en lo que respecta al ejercicio de la acción penal pública, sino que, en esencia, consagra el

¹¹⁰ Tribunal Constitucional, 09 de agosto de 2016, causa rol número 3.130-2016, considerando cuadragésimo tercero.

¹¹¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *op.cit.*, pp. 454-455.

ejercicio de la referida acción como un verdadero derecho que debe ser respetado y promovido por todos los órganos del Estado.”¹¹²

Asimismo, el Tribunal Constitucional se pronunció en extenso sobre este problema en el ámbito de los tipos penales establecidos en los artículos 27 *bis* y *ter* de la ley 19.884 sobre “Transparencia, límite y control de gasto electoral”, puesto que el artículo 27 *quáter* de dicha ley señala lo siguiente:

“Las investigaciones de los delitos descritos en los artículos 27 *bis* y 27 *ter* solo podrán ser iniciadas por denuncia o querrela del Servicio Electoral, sin perjuicio del derecho de toda persona de denunciar dichas infracciones ante el mencionado Servicio.”¹¹³

Los argumentos que utilizó el tribunal para resolver que la norma transcrita se ajusta al artículo 83 de la Constitución son los siguientes:

- (i) “No hay ningún inconveniente constitucional que la acción penal la pueda ejercer, por querrela, el Servicio Electoral, pues la Constitución establece que los titulares de éstas son el Ministerio Público, el ofendido por el delito ‘y las demás personas que determine la ley’.”¹¹⁴
- (ii) “En segundo lugar, la acción penal pública que la Constitución le encarga al Ministerio Público convoca a la ley. El artículo 83 dice que este organismo ejercerá la acción penal ‘en la forma prevista por la ley’. Ello implica que el legislador puede establecer un procedimiento en la materia.”¹¹⁵
- (iii) “En tercer lugar, el legislador contempla casos en que la acción penal del Ministerio Público está sujeta a la actividad procesal de un tercero. El propio Código Procesal Penal plantea un caso con los delitos de acción pública

¹¹² *Id.*

¹¹³ Los artículos 27 *bis* y *ter* de la ley 19.884 castigan la obtención de aportes para candidaturas políticas en exceso de los límites establecidos por la ley y la falsificación de la cuenta de gasto electoral ante el Servicio Electoral.

¹¹⁴ Tribunal Constitucional, 31 de marzo de 2016, causa rol número 2981-2016, considerando nonagésimo noveno.

¹¹⁵ *Id.*

previa instancia particular (artículo 54). Estos requieren la denuncia previa de la víctima.”¹¹⁶

(iv) “No se limita la facultad investigativa del Ministerio Público, porque esta supone que ya se ejerció la acción penal en la forma prevista por el legislador. Una vez iniciada, los fiscales pueden practicar todas las diligencias que fueran conducentes al éxito de la investigación y dirigir la acción de la policía (artículo 77 del Código Procesal Penal).”¹¹⁷

(v) Finalmente, “hay que considerar que iniciada la acción penal, el Ministerio Público tiene una serie de facultades para detenerla. Así, puede no iniciar la investigación (artículo 168), abandonar la investigación iniciada (artículo 170), lograr la suspensión condicional del procedimiento (artículo 237), no perseverar (artículo 248), o no acusar (artículo 248). Si iniciada la investigación la puede detener, el mismo legislador puede condicionar su partida”.¹¹⁸

Por su parte, la doctrina concuerda con la solución del Tribunal Constitucional. En efecto, Cristián Maturana y Raúl Montero matizan este monopolio de la acción penal, admitiendo que el Ministerio Público sólo tiene el ejercicio preferente de la acción y que determinadas personas, ya sean la víctima o terceros, también pueden ejercer dicha acción, conforme a la ley.¹¹⁹ A su turno, Eduardo Gandulfo reconoce excepciones al régimen general de ejercicio de la acción penal en tanto promoción del proceso penal. El autor señala que “el ejercicio de la acción penal de ejercicio público no es tan exclusivo del fiscal, pues el ofendido, sus representantes legales y parientes pueden también ejercerla.”¹²⁰

¹¹⁶ *Id.*

¹¹⁷ *Ibid.*, considerando nonagésimo noveno.

¹¹⁸ *Id.*

¹¹⁹ MATURANA, C. y MONTERO, R. 2012. *Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., tomo I. Santiago: Thomson Reuters, pp. 375-378.

¹²⁰ GANDULFO, E. 1999. *Principios del Derecho Procesal Penal en el nuevo sistema de procedimiento chileno*. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, XX: 425. Este problema también ha sido abordado desde la perspectiva de la víctima. Sobre ello, véase

Concordamos con la posición sostenida por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y con lo expuesto por la doctrina, en cuanto a que el artículo 83 de la Constitución Política de la República no le ha prohibido al legislador regular situaciones especiales en las que el inicio de la investigación pueda comenzar por iniciativa de un órgano o persona distinta al Ministerio Público, incluso si ello implica que aquella sea la única vía de promoción de la investigación.

A este respecto, nos parece que cuando el constituyente ha consagrado que el Ministerio Público “dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito”, no le ha impedido al legislador establecer situaciones en las que el inicio de dicha investigación quede supeditada a la actuación de otro órgano.

Luego, si entendemos que el concepto de acción penal que utiliza el artículo 83 de la Constitución es aquel que corresponde con el inicio del procedimiento penal, la regla del artículo 64 del DL. 211 no es más que la concreción de la reserva de ley que el propio artículo 83 establece, por lo que no puede resultar inconstitucional. El inciso segundo del artículo 83 expresamente permite al legislador entregar legitimación activa para el ejercicio de la acción penal a sujetos distintos del Ministerio Público, todo lo cual es plenamente concordante con que el Código Procesal Penal contemple en el artículo 54 algunos delitos de acción penal pública previa instancia particular, o que el artículo 53 del mismo texto, al tratar la acción penal pública, refiera que ésta deberá ser ejercida de oficio por el Ministerio Público en aquellos casos en que la persecución del delito “no esté sometida a regla especial.”

Por tanto, no existe un problema de constitucionalidad en el artículo 64 del DL. 211, ni en la concepción estricta ni amplia del concepto acción penal. En vez de ello, en nuestra opinión la discusión que está detrás de la opción del

BORDALÌ, A. 2011. *La acción penal y la víctima en el derecho chileno*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXVII: 535-540 y RIEGO, C. 2014. *La expansión de las facultades de la víctima en la Reforma Procesal Penal y con posterioridad a ella*. Política criminal, 9 (18): 674-678.

legislador tiene que ver con cuestiones de eficiencia que se relacionan con cuál órgano es el que debe dar inicio a la persecución penal, en qué momento debe hacerlo y en qué condiciones¹²¹. Ello podrá referirse a si este es el sistema adecuado para una eficaz persecución del delito de colusión, pero no alcanza a una supuesta inconstitucionalidad de la regla de apertura de la vía penal, la que en nuestro criterio es perfectamente legítima.

2.- Infracción al principio ne bis in idem en el diseño de persecución conjunta del DL. 211.¹²²

2.1.- Ámbitos de coincidencia del artículo 3 y 62 del DL. 211.

En el texto actual del Decreto Ley 211 conviven dos regímenes sancionatorios que pueden ser aplicados consecutivamente a los mismos sujetos. En primer término, el artículo 3º letra a) del mencionado cuerpo normativo señala:

“Artículo 3º.- El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.

Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes:

a) Los acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí, y que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o

¹²¹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la ley 20.945, tercer trámite constitucional.

¹²² Sobre protección conjunta, *supra*, pp. 56 y siguientes.

afectar el resultado de procesos de licitación, así como los acuerdos o prácticas concertadas que, confiriéndoles poder de mercado a los competidores, consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores.”

La norma recién transcrita debe ser complementada con el artículo 26 letra c) del DL. 211. Dicha regla indica que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia puede imponer una sanción de multa a beneficio fiscal “(...) a la persona jurídica correspondiente, a sus directores, administradores y a toda persona que haya intervenido en la realización del acto respectivo.” De este modo, la ley antimonopolios permite sancionar tanto a personas jurídicas como a las personas naturales vinculadas con la realización del ilícito colusorio.

Por su parte, la conducta típica penal del artículo 62 del DL. 211 señala lo siguiente:

“Artículo 62. - El que celebre u ordene celebrar, ejecute u organice 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, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.”

La ley 20.945 no extendió las sanciones penales a las personas jurídicas, por lo que el artículo 62 sólo resulta aplicable a las personas naturales que hubiesen tenido participación en el delito, es decir, a directores, administradores y a toda persona que haya intervenido en la realización del acto respectivo.

Finalmente, el nuevo inciso final del artículo 26 del decreto ley se anticipa a la cuestión sobre la compatibilidad de las distintas sanciones contenidas en la ley antimonopolio, estableciendo que “La aplicación de las sanciones

previstas en este artículo será compatible con aquellas de carácter penal establecidas en la presente ley (...).”

Como se ve, la conducta típica descrita en el artículo 62 es parcialmente coincidente con el ilícito establecido en la letra a) del artículo 3º de este cuerpo legal. En efecto, ambas normas sancionan el acuerdo entre competidores 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.

A su vez, en ambos casos el legislador permite sancionar a las personas naturales involucradas en el ilícito. En el caso del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, el artículo 26 le permite sancionar a las personas jurídicas y a las personas naturales responsables de la colusión tipificada en el artículo 3 letra a), mientras que los tribunales penales podrán castigar penalmente a las personas naturales que celebren u ordenen celebrar, ejecuten u organicen un acuerdo para coludirse entre competidores, en los términos del artículo 62 del DL. 211.

Por otro lado, es menester destacar que el ámbito de coincidencia en las descripciones típicas es solamente parcial, puesto que las prácticas concertadas han quedado excluidas del tipo penal. En efecto, este ilícito solo aparece en la conducta descrita en el artículo tercero.¹²³

Ante todo lo que hemos descrito, creemos pertinente preguntarnos si dicha superposición de normas conlleva un *bis in ídem* en la sanción de la conducta colusoria, cuestión que comenzaremos a analizar desde ahora.

2.2.- Ne bis in ídem.

¹²³ Respecto de las prácticas concertadas, ver ROMERO, J. 2007. Colusión de Empresas de Oxígeno: ¿Cuánta evidencia es suficiente? [En línea] <http://www.lcuc.cl/documentos_down/ColusiondeEmpresasdeOxigeno.pdf> [Consulta: 01 de noviembre de 2016], pp. 9-11.

2.2.1.- Ne bis in ídem en general y su consagración en materia penal.

Según la doctrina española, se lesionará el principio *ne bis in ídem* cuando se enjuicie el mismo hecho, imputado al mismo sujeto, con idénticos fundamentos punitivos.¹²⁴ José Garberí y Guadalupe Buitrón sostienen que el principio “despliega su eficacia ex post (...) impidiendo la imposición de una nueva sanción cuando se haya impuesto una sanción, penal o administrativa, con anterioridad al momento en que se esté desarrollando un procedimiento sancionador donde se enjuicien unos mismos hechos cuya comisión se impute a un mismo sujeto y donde exista una identidad de fundamento punitivo”.¹²⁵

Entre nosotros, Juan Pablo Mañalich afirma que el *ne bis in ídem* tiene una función interprocesal y otra intraprocésal. Según Mañalich, en su función interprocesal el principio *ne bis in ídem* actúa como norma de clausura procesal excluyendo la “posibilidad de juzgamiento de un hecho ante la existencia de otro juzgamiento (anterior o simultáneo) relativo al mismo hecho”.¹²⁶ Por su parte, la función intraprocésal corresponde a la aplicación del principio como estándar de adjudicación, el que se traduce en una “prohibición de consideración o valoración múltiple de un mismo hecho” en un ejercicio único (no simultáneo ni sucesivo) de la jurisdicción.¹²⁷ De dichas funciones, nos interesa abordar la función interprocesal, la que explica, según Mañalich, “el tenor de la consagración del efecto de cosa juzgada (material), en el sentido de un principio de única persecución, en el artículo 1º del Código Procesal Penal chileno, que vuelve eficaz la prohibición de dos o más juzgamientos sucesivos.”¹²⁸

¹²⁴ CANO, T. 2001. *Non bis in ídem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho Administrativo Sancionador*. Revista de Administración Pública. 156: 195. En cuanto al concepto jurídico procesal de hecho, MAÑALICH, J. 2011. *El principio ne bis in ídem en el Derecho Penal Chileno*. Revista Estudios de la Justicia, 15: 156-163.

¹²⁵ GARBERÍ, J. y BUITRÓN, G. 2008. *El procedimiento administrativo sancionador*, tomo I. Madrid: Tirant lo Blanch, p. 177.

¹²⁶ MAÑALICH, J. *op.cit.*, p.147.

¹²⁷ *Ibid.*, pp. 140 y 147.

¹²⁸ *Id.*

En términos semejantes se pronuncia Julián López, al señalar que el principio en comento se constituye como una garantía del imputado, en términos de establecer “(...) la inadmisibilidad de la persecución penal múltiple.”¹²⁹

Legalmente, en materia penal, el principio *ne bis in ídem* tiene un reconocimiento claro en el artículo 1º del CPP. En concreto, el inciso segundo de este artículo establece lo siguiente:

“La persona condenada, absuelta o sobreseída definitivamente por sentencia ejecutoriada, no podrá ser sometida a un nuevo procedimiento penal por el mismo hecho.”

Luego, el principio aparece reiterado en materia de excepciones en las reglas del artículo 264 del mismo código. Dicha norma consagra como excepciones de previo y especial pronunciamiento la litis pendencia y la cosa juzgada. La primera de estas excepciones impide que existan juicios simultáneos contra el mismo imputado por los mismos hechos, mientras que la cosa juzgada concreta la prohibición de nuevo enjuiciamiento establecida en el citado artículo primero del código del ramo.

A su vez, el principio también aparece en textos internacionales vigentes en Chile, como son el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Ambos cuerpos normativos integran el catálogo de derechos fundamentales conforme a lo dispuesto en el artículo 5º inciso segundo de la Constitución.¹³⁰

¹²⁹ LÓPEZ, J. (con HORVITZ, M.), *op.cit.*, p. 87. También MATURANA, C. y MONTERO, R. *op.cit.*, pp. 151-152.

¹³⁰ El artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos refiere 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.” A su turno, el artículo 8.4 de la Convención americana sobre Derechos Humanos establece que “El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.” Finalmente, el Tribunal Constitucional ha mencionado el reconocimiento del principio en los tratados internacionales citados en las sentencias del 25 de agosto de 2016, causa rol número 2.896-2015, considerando tercero y del 04 de julio de 2013, causa rol número 2.133-2011, considerando vigésimo sexto.

En conclusión, habrá *bis in ídem* en materia penal cuando se intente enjuiciar o sancionar doblemente a una misma persona, por los mismos hechos, con idénticos fundamentos punitivos. Este *bis in ídem* se encuentra expresamente prohibido por el legislador en el artículo primero del Código Procesal Penal. De esta forma, el principio *ne bis in ídem* se constituye como una garantía del imputado, materializada en las excepciones de *litis pendencia* y cosa juzgada.

2.2.2.- Ne bis in ídem en la relación entre el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal.

En el contexto de la discusión sobre la aplicación de los principios y garantías penales al derecho administrativo sancionador, uno de los principios que más se reitera es la aplicación del *ne bis in ídem*.¹³¹

A consecuencia de lo anterior, en el ámbito exclusivamente administrativo, el principio ha recibido un abierto reconocimiento jurisprudencial, lo que implica que tanto la Contraloría General de la República como la Corte Suprema han comprendido que no corresponde sancionar administrativamente dos veces a un sujeto por el mismo hecho.¹³²

La misma conclusión se reitera en la jurisprudencia comparada y nacional en la hipótesis de concurrencia de sanciones administrativas y penales. Así, por ejemplo, el intérprete constitucional español ha declarado lo siguiente:

“El principio general del derecho, conocido por *non bis in ídem*, supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones -administrativa y penal- en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una

¹³¹ Sobre la discusión en torno a la aplicación de los principios penales al Derecho Administrativo Sancionador, ver capítulo I, *supra* pp. 17 y siguientes.

¹³² A modo ejemplar, véase Contraloría General de la República, 22 de marzo de 2005, dictamen número 14.571 y Contraloría General de la República, 12 de diciembre de 2012, dictamen número 77.203. También Corte Suprema, 10 de septiembre de 2009, causa rol número 3.357-2009, considerando octavo.

relación de supremacía especial de la Administración -relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc.- que justificase el ejercicio del *ius puniendi* por los tribunales y, a su vez, de la potestad sancionadora de la Administración”.¹³³

Por su parte, nuestro Tribunal Constitucional concluyó que:

“(…) no cabe la menor duda de que aparece como vulneratoria del ordenamiento constitucional aquella situación mediante la cual se transgrede el marco normativo, al imponerse, de manera reiterada, una doble sanción en aquellos casos en que el juzgamiento por un mismo hecho ha merecido ya una sanción punitiva que implicó un castigo o pena - cualquiera sea la naturaleza de la infracción - para el hechor, lo que, a su vez, significó la reparación legítima pretendida por el constituyente.”¹³⁴

A su vez, la doctrina también ha colocado al *ne bis in ídem* como uno de los principios que el Derecho Penal proyecta hacia el Derecho Administrativo en las dos manifestaciones empleadas por la Jurisprudencia: una primera que prohíbe la duplicidad de juzgamientos -y sanciones- por parte de dos órganos de la administración, y una segunda concreción que proscribire la doble punición administrativa y penal de una misma infracción. Es un hecho que la posición ampliamente mayoritaria coincide en la aplicación del *ne bis in ídem*, ya sea sólo

¹³³ Tribunal Constitucional Español, 30 de enero de 1981, complementada por la sentencia del Tribunal Constitucional Español de fecha 03 de octubre de 1983. Para un listado mayor de sentencias del intérprete constitucional español que acogen el principio en el sentido que venimos indicando, véase RAMIREZ, M. 2010. *El criterio de interpretación del principio non bis in ídem previsto en el artículo 45.3 de la Constitución española*. Revista *Ius et Praxis*, 16 (1): 290. En España, este principio tiene consagración legal en el artículo 133 de la LAP (Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), que prescribe que “No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento.” Respecto del derecho norteamericano véase PODGOR, E. y ISRAEL. 1997. *J. White collar crime in a nutshell*, West, St. Paul, p. 415 y ss.

¹³⁴ Tribunal Constitucional, 25 de agosto de 2016, causa rol número 2.896-15, considerando décimo séptimo.

en sede administrativa como en eventuales concursos de normas de sanción penal y administrativa.¹³⁵

En la doctrina se ha justificado la aplicación del *ne bis in ídem* en sede administrativa a partir de la identidad sustancial existente entre penas y sanciones administrativas. Esta identidad implicaría, en la especie, que no puede admitirse la duplicidad de sanciones.¹³⁶ A modo ejemplar, Suay, luego de revisar Jurisprudencia del Tribunal Supremo español, sostiene que

“(...) el dato que interesa resaltar es la íntima conexión que se desprende del alcance del *non bis in ídem* entre las sanciones administrativas y las penales, la identidad sustancial existente entre ambas figuras. En efecto, si éstas no respondiesen a idénticas finalidades, si no fueran en esencia ‘la misma cosa’, muy difícilmente podría comprenderse la razón por la que no pueden imponerse las dos a la vez y el por qué resulta aplicable el *non bis in ídem* a este supuesto”¹³⁷

Por su parte, Tomás Cano sostiene, citando a Benlloch Petit, que el principio es comunicable a la relación entre el derecho penal y el derecho administrativo “si se tiene en cuenta la existencia de una identidad mínima, una identidad sustancial básica entre las sanción penal y la sanción administrativa, una mínima naturaleza común, derivada precisamente de su carácter de sanción y que difícilmente puede ser negada: a saber, que tanto las penas como las sanciones

¹³⁵ SUAY, J. *loc.cit.* Lo mismo ocurre, según el autor, en el caso italiano, *Ibid.*, p. 128 y en el derecho alemán, *Ibid.*, p. 152. García de Enterría también parece estar de acuerdo con las limitaciones impuestas por el principio, sin relacionarlo explícitamente con la identidad sustancial entre penas y sanciones administrativas. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T., *op.cit.*, p. 170. También ver SANTAMARÍA, J. 2002. *Principios del Derecho Administrativo*. 3ª ed., vol. II. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, pp. 393-395 y NIETO, A., *op.cit.*, pp. 398-439. Entre nosotros, admiten la aplicación del principio: CORDERO, E. *Los principios...*, *op.cit.*, pp. 427-428; VERGARA, A. *Derecho eléctrico*, *op.cit.*, pp. 324-325; GARCÍA, W. *op.cit.*, p. 6; VALDES, D. 2009. *La culpabilidad en el ilícito infraccional*. En *La Primacía de la Persona Humana*. Santiago: Legal Publishing, p. 811; Román, pese a que niega la identidad sustancial entre penas y sanciones administrativas, parece admitir la procedencia del *ne bis in ídem*, como vemos en la nota al pie 41 de ROMÁN, C. *El Derecho Administrativo Sancionador en Chile*, *op.cit.*, pp. 97-98. En contra en el derecho nacional, SALINAS, C. 2010. *Derecho Administrativo Sancionador. El régimen sancionador eléctrico en Chile*. Santiago: Thomson Reuters Puntotex, pp. 114-120.

¹³⁶ SUAY, J. *op.cit.*, pp. 180-181.

¹³⁷ *Id.*

administrativas constituyen un *malum passionis quod inflingitur propter malum actionis*, esto es, un mal que se impone como tal mal, en respuesta a un ilícito previo”.¹³⁸

Ahora bien, para resolver la cuestión planteada en la doctrina en torno a la concurrencia de regímenes sancionatorios penales y administrativos, se procura evitar el *bis in ídem* impidiendo que el procedimiento administrativo y el penal puedan desarrollarse en forma simultánea, para lo cual la doctrina ha abogado por la prejudicialidad penal. Bermúdez y Cordero afirman que “si la administración que lleva adelante la investigación del ilícito administrativo concluye que este reviste características de delito, deberá remitir los antecedentes al Ministerio Público. Esta regla se aplica en una etapa previa a la imposición misma de la sanción. Evidentemente se trata de evitar cualquier posibilidad de duplicidad de sanciones o de sanciones y penas.”¹³⁹

En suma, de la cuestión sobre la aplicación de los principios y garantías penales al derecho administrativo sancionador se ha concluido que el principio *ne bis in ídem* es uno de aquellos que se aplica a la sede administrativa, tanto en las hipótesis de concurrencia de dos sanciones administrativas como en situaciones de concurso de normas penales y administrativas. En la última situación, la doctrina ha concluido que debe preferirse la vía penal, mediante la prejudicialidad penal por sobre el derecho administrativo sancionador.

2.2.3.- Ne bis in ídem en materia de infracciones a la libre competencia.

A diferencia de lo que ocurre en la relación entre el Derecho Administrativo y el Derecho Penal, en sede de libre competencia no se ha discutido mayormente la aplicación del principio *ne bis in ídem*.

En el contexto de la concurrencia de una eventual doble sanción en sede de libre competencia, existe un pronunciamiento del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el que se estimó que el principio *ne bis in ídem* tiene

¹³⁸ CANO, T, *op.cit.*, p. 195.

¹³⁹ BERMUDEZ, J. y CORDERO, E., *op.cit.*, p. 297. En el mismo sentido CANO, T., *op.cit.*, pp. 218 y siguientes.

aplicación en esta materia. En efecto, en la causa rol C-212-2010, el tribunal indicó que “no sería posible sancionarlos nuevamente sin infringir el principio de *non bis in ídem*”.¹⁴⁰

Por otra parte, a la fecha no existen pronunciamientos jurisprudenciales ni doctrinarios relacionados con la concurrencia de los tipos establecidos en los artículos 3° letra a) y 62 del DL. 211, ni tampoco entre el artículo 3° y los tipos penales vigentes hasta la entrada en vigor de la ley 19.911.

A nuestro juicio, esto se podría deber a que nunca se aplicó la sanción penal vigente hasta la publicación de la ley 19.911. A su vez, en el caso penal contra los ejecutivos de las cadenas farmacéuticas Cruz Verde, Salcobrand y Farmacias Ahumada por infracción al artículo 285 del Código Penal, los imputados por el Ministerio Público no habían recibido sanciones -como personas naturales- en la causa de libre competencia.¹⁴¹ Todo lo anterior hizo probablemente que el interés sobre este punto fuese escaso.

2.3.- Naturaleza administrativa de las sanciones en materia de libre competencia.

Hasta ahora hemos mostrado como el principio *ne bis in ídem* tiene un evidente reconocimiento en materia penal, así como además la doctrina y jurisprudencia mayoritaria ha concluido que el principio tiene aplicación ante el concurso de normas sancionatorias administrativas y penales.¹⁴² Dicho todo lo anterior, analizaremos el concepto de sanción administrativa, con el objeto de determinar si las sanciones que puede imponer el TDLC tienen dicha naturaleza o si tienen una naturaleza distinta, de modo tal de resolver si en esta sede tiene cabida lo dicho hasta aquí respecto de la aplicación de las garantías penales al Derecho Administrativo Sancionador.

¹⁴⁰ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 23 de diciembre de 2010, causa rol número C-212-2010, considerando vigésimo cuarto. También en materia de libre competencia, Corte Suprema, 18 de mayo de 2010, causa rol número 5.443-2009.

¹⁴¹ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 31 de enero de 2012, causa rol número C-184-2008, confirmada por la Corte Suprema, 07 de septiembre de 2012, causa rol número 2.578-2012.

¹⁴² A modo ejemplar, VERGARA, A. *Derecho Eléctrico, op.cit.*, pp. 324-325 y CORDERO, E. *Los principios...*, *op.cit.*, pp. 427-428.

En el contexto de la discusión sobre la igualdad entre sanciones administrativas y penales y la aplicación de los principios penales a la sede administrativa, que tuvimos ocasión de revisar en el capítulo I de este trabajo, la dogmática administrativa, emplea una concepción eminentemente formalista, tanto en España como en Chile, para definir sanción administrativa en función de la calidad del órgano dotado de la potestad para imponerla. De ello se deduce que sería sanción administrativa únicamente la que es impuesta por un órgano de la administración del Estado.¹⁴³ En virtud de lo anterior, las sanciones impuestas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no serían sanciones administrativas, dado que el órgano con competencia para imponerlas es un órgano jurisdiccional.

A la misma conclusión arribó el Tribunal Constitucional cuando tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la naturaleza de estas sanciones, en la sentencia dictada el 20 de agosto de 2013 de la causa rol número 2381-12. En dicho procedimiento se solicitó la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 29 del Decreto Ley 211 por permitir el empleo de la absolución de posiciones en el procedimiento, por infringir principalmente el derecho a guardar silencio, previsto y garantizado en materia penal. La cuestión más relevante para este punto de nuestra reflexión está en que el principal fundamento del requerimiento estaba en la afirmación de la naturaleza administrativa de las

¹⁴³ Para García de Enterría, sanción administrativa es “un mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal.” GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T., *op.cit.*, p. 163. Suay opta por un concepto más amplio de sanción administrativa, en el cual caben la expropiación forzosa por razones de interés social, los retractos a favor de la administración por casos de incumplimiento, entre otros. SUAY, J., *op.cit.*, pp. 58-72. Para Bermúdez, a su vez, sanción administrativa es “la retribución negativa prevista por el Ordenamiento Jurídico e impuesta por una Administración Pública por la comisión de una infracción administrativa.” BERMÚDEZ, J. 1998. *Elementos para definir las sanciones administrativas*. Revista Chilena de Derecho, número especial: 323-326. Más recientemente, para Enteiche sanción administrativa es “un acto decisorio desfavorable emitido por un sujeto dotado de potestades públicas administrativas sobre otro, quien se encuentra sujeto a una regulación determinada, antecedida de un procedimiento previo, y cuya finalidad es la represión de una contravención normativa, en atención a la protección de un específico bien jurídico, al que debe atender el organismo sancionador.” ENTEICHE, N, 2014 ¿Qué es una sanción administrativa en Chile? *En: Sanciones Administrativas. X jornadas de Derecho Administrativo, Asociación de Derecho Administrativo (ADA)*, Santiago: Thomson Reuters, p. 10-11.

sanciones del TDLC, y que en razón de dicha circunstancia se le debían aplicar los principios penales.¹⁴⁴

En aquella oportunidad, el Tribunal Constitucional razonó de la siguiente forma:

“En consecuencia, el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, al ejercer una función jurisdiccional, se somete al régimen de garantías de procedimiento generales y no a las que la doctrina discute debiesen aplicarse en el ejercicio del derecho administrativo sancionador. Por la razón indicada no es posible invocar en este caso la jurisprudencia de esta Magistratura que admite que las sanciones administrativas participan de las características esenciales de las sanciones penales, al ser ambas emanaciones del *ius puniendi* estatal y que, por tal motivo, hace pertinente la aplicación, con matices, de igual estatuto.”¹⁴⁵

La decisión del tribunal niega la naturaleza administrativa de las sanciones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, con lo cual estas no serían ni sanciones administrativas ni penales, sino que sanciones jurisdiccionales de una naturaleza *sui generis* que el tribunal no explica. En otras palabras, para el Tribunal esta sanción, que se ubica en medio de la administrativa y la penal, no merece ni debe gozar de las garantías penales.¹⁴⁶

En contra de esta posición clásica, un sector de la doctrina ha criticado esta concepción formalista, argumentando que un concepto funcional de sanción administrativa resulta más útil y completo, a lo cual adherimos.

Mañalich plantea que sanción administrativa, en sentido lato, es “una consecuencia jurídica fijada por una auténtica norma de sanción cuya aplicación no sea privativa de órganos que ejercen jurisdicción “en lo penal” y que

¹⁴⁴ Sobre igualdad ontológica entre penas y sanciones administrativas, *supra* pp. 17 y siguientes.

¹⁴⁵ Tribunal Constitucional, 20 de agosto de 2013, causa rol número 2.381-2012, considerando décimo séptimo.

¹⁴⁶ *Id.*

característicamente refuerce la reglamentación de determinados ámbitos de actividad por mor de “consideraciones de afectación general”, con independencia de que su aplicación competa a órganos propiamente administrativos o a órganos jurisdiccionales.”¹⁴⁷ Luego, el mismo autor indica que “lo absolutamente distintivo de una sanción es que ella cuenta como la irrogación institucionalizada de un mal que expresa desaprobación frente al (previo) quebrantamiento de un estándar jurídico de comportamiento.”¹⁴⁸ Esto es lo realmente importante para definir funcionalmente una sanción, con independencia de si es impuesta por un órgano administrativo o un tribunal que ejerce jurisdicción.

De esta forma, esta concepción amplia de sanción no limita esta reacción estatal a la naturaleza del órgano competente para imponerla, sino que las amplía a la aplicación de todas las sanciones distintas a las penales, debido a infracciones a consideraciones de afectación general, sean impuestas por un órgano jurisdiccional o por un órgano de la administración.¹⁴⁹

Lo anterior no es aislado en la dogmática, a pesar de ser contrario a la posición clásica de un sector importante de la doctrina administrativa. En la propia doctrina penal se hallan diversas menciones a las sanciones en materia de libre competencia como sanciones de carácter administrativo.¹⁵⁰ Lo mismo ocurre con la doctrina nacional en materia de derecho económico.¹⁵¹

¹⁴⁷ MAÑALICH, J. 2014. *El principio ne bis in idem frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio*. Política criminal, 9 (18): 546.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 547.

¹⁴⁹ *Ibid.*, pp. 544-547. En el mismo sentido SILVA, J. 2001. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal de las sociedades postindustriales*, 2ª ed. Madrid: Civitas., pp. 125 y siguientes. Una versión alternativa es la que vemos en el estudio de Rodríguez, donde el autor plantea que “no es la ubicación que tenga el órgano sancionador dentro del esquema de la Administración, lo que determina que una pena tenga la calidad de administrativa. Por el contrario, lo decisivo en este caso es el hecho de emanar de un funcionario que actúa en una calidad diversa de la de juez. No interesa a cuál de los poderes pertenezca dicho funcionario, porque en los tres poderes hay personas facultadas para castigar ilícitos administrativos.” RODRIGUEZ, L. *op.cit.* p.129.

¹⁵⁰ Si bien existe escasa literatura dedicada a estos temas, los autores que han trabajado temáticas relacionadas con nuestro trabajo emplean la expresión sanción administrativa -u otra semejante- para referirse a este tipo de sanciones. A modo ejemplar, GARCIA, P. *op.cit.*, pp. 11-55; HERNÁNDEZ, H. *op.cit.*, pp. 161-162; MATUS, J. P. *Sobre la falta de punibilidad...*, *op.cit.*, pp. 318-356; MATUS, J.P. *De nuevo sobre ...*, *op.cit.*: 341-342; WINTER, J. *op.cit.*, p. 98; BASCUÑÁN,

Dicho todo lo anterior, a nuestro juicio no existen razones para dar un tratamiento distinto a las sanciones en materia de libre competencia respecto de las sanciones penales que aquel que se otorga a las sanciones administrativas al aplicar ciertos principios y garantías penales.

Además del concepto funcional de sanción administrativa, tenemos que el procedimiento del DL 211 diseñado para investigar y juzgar eventuales infracciones a la libre competencia es claramente un procedimiento sancionador.¹⁵² Por ser ejercicio de una potestad sancionatoria, en nuestra opinión merece observar las mismas precauciones que se han señalado para el procedimiento sancionatorio administrativo, máxime si este procedimiento cuenta con un órgano persecutor, un tribunal que cumple una función semejante a la del Tribunal Oral Penal, y reglas propias de un procedimiento sancionatorio.¹⁵³

Incluso más, este procedimiento le otorga a la Fiscalía Nacional Económica ciertas facultades que ni siquiera tienen los órganos de la administración en el ámbito sancionatorio, y que solo resultan asimilables en

A. 2015. En: Puntos de Referencia ¿cárcel para la colusión? Seis opiniones. Centro de Estudios Públicos, edición on line número 409 [en línea] <http://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160304/asocfile/20160304101409/pder409_RBergoeing-LSierra.pdf> [consultado el 16-08-2016], p. 7.

¹⁵¹ ROMERO, J., *op.cit.*, p. 229. DEPOLO, R., *op.cit.*, p. 437; VALDÉS, D. 2006, *El Injusto Monopólico*. Revista de Derecho de la empresa. Universidad Adolfo Ibáñez. 5: 44; BERNEDO, P., *op.cit.*, p.164; GONZÁLEZ, A. 2015. En: Puntos de Referencia ¿cárcel para la colusión? Seis opiniones. Centro de Estudios Públicos, edición on line número 409 [en línea] <http://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160304/asocfile/20160304101409/pder409_RBergoeing-LSierra.pdf> [consultado el 16-08-2016], p. 9-10. Concretamente, para Valdés “existe un continuo de naturaleza entre el ámbito penal y el ámbito administrativo sancionatorio” (...) “Entre los injustos administrativos más significativos procede mencionar los delitos monopólicos, los relativos a la protección al consumidor, los tributarios, los aduaneros, los cambiarios, los bancarios, los relativos al mercado de valores, etc.” VALDÉS, D. 2006. *Libre competencia y monopolio*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 216.

¹⁵² MAÑALICH, J. (2011) Informe en Derecho: El Principio Ne bis in ídem en el Derecho Sancionatorio Chileno. Segunda parte. [en línea] <http://consultas.tdlc.cl/amilex_PORTAL/Web/Portal/LEX_POR_VerDocumento.aspx?q=sYtDAPLJ+H8Q256gKD3mtBZqch8HJJ+I43S14pJRSvHi03W6mty+1G/f4sPVi2Aa> [consultado el 27-08-2016], p. 65.

¹⁵³ Artículo 18 numeral 1° del DL 211, en concordancia con lo dispuesto a partir del artículo 19 del mismo cuerpo legal, especialmente el ya mencionado artículo 26 que contiene las sanciones que puede imponer el TDLC, Asimismo, VALDÉS, D. *Libre Competencia y Monopolio*, *op.cit.*, p. 589.

nuestro derecho a las facultades del Ministerio Público, especialmente en materia de medidas intrusivas.¹⁵⁴ Adicionalmente, en ocasiones el nivel de intrusión en la esfera de libertades de los sujetos investigados es radicalmente mayor a las que se tienen en materia penal, como ocurre con la inexistencia del derecho a guardar silencio en sede de libre competencia.¹⁵⁵

Asimismo, las sanciones del DL. 211 son evidentemente mayores que las sanciones que pueden imponer, por regla general, los órganos de la administración del Estado. En virtud de las modificaciones introducidas por la ley 20.945, el TDLC puede imponer multas de hasta el “treinta por ciento de las ventas del infractor correspondientes a la línea de productos o servicios asociada a la infracción durante el período por el cual ésta se haya extendido o hasta el

¹⁵⁴ Según el artículo 39 del DL 211, el Fiscal Nacional Económico dispone, entre otras, de las siguientes facultades: solicitar antecedentes e informaciones a particulares, llamar a declarar, entrar y registrar recintos privados o públicos, incluso con facultades de allanamiento y descerrajamiento, registrar e incautar toda clase de objetos, autorizar la interceptación de comunicaciones y solicitar copias y registros de comunicaciones a empresas de dicho rubro. A su vez, la ley 20.361 introdujo algunas medidas intrusivas de derechos al listado de facultades del artículo 39 del DL. 211. Estas se encuentran descritas de la siguiente forma en el artículo 39 letra n:

“n) En casos graves y calificados de investigaciones destinadas a acreditar conductas de las descritas en la letra a) del artículo 3°, solicitar, mediante petición fundada y con la aprobación previa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, autorización al Ministro de la Corte de Apelaciones que corresponda de acuerdo al turno, para que Carabineros o la Policía de Investigaciones, bajo la dirección del funcionario de la Fiscalía Nacional Económica que indique la solicitud, proceda a:

- n.1) Entrar a recintos públicos o privados y, si fuere necesario, a allanar y descerrajar;
- n.2) Registrar e incautar toda clase de objetos y documentos que permitan acreditar la existencia de la infracción;
- n.3) Autorizar la interceptación de toda clase de comunicaciones, y
- n.4) Ordenar a cualquier empresa que preste servicios de comunicaciones, que facilite copias y registros de las comunicaciones transmitidas o recibidas por ella.”

Como se ve, estas medidas solo son asimilables en nuestra legislación con las otorgadas al Ministerio Público en el título primero del libro segundo del Código Procesal Penal. Oltra señala que “Evidentemente, las herramientas descritas constituyen diligencias intrusivas, pues en sí mismas lesionan derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución Política de la República” OLTRA, I. 2015. *La prueba ilícita en materia de libre competencia*. Revista de Derecho Universidad Austral, XXVIII (2): 171.

¹⁵⁵ Como explicó latamente el Tribunal Constitucional en la citada sentencia de la causa rol 2.381-12, la aplicación supletoria de las reglas del Código de Procedimiento Civil y la remisión expresa que hace el artículo 22 del DL. 211 a los medios de prueba del artículo 341 del CPC hace que la absolucón de posiciones sea una prueba utilizable en sede administrativa. Ello provoca que el absolvente se encuentre obligado, procesalmente, a comparecer y declarar, puesto que en caso contrario juegan en su contra los apercibimientos de los artículos 394 y 395 del Código.

doble del beneficio económico reportado por la infracción.”¹⁵⁶ En contraste, y a modo meramente ejemplar, uno de los casos de sanciones administrativas más intensas en nuestro derecho corresponde a las que puede imponer la Superintendencia de Valores y Seguros, las que alcanzan una multa máxima de 15.000 UF., conforme a lo dispuesto en el artículo 27 número 2 de la Ley Orgánica Constitucional de la Superintendencia de Valores y Seguros. También en el campo de las multas a beneficio fiscal, el artículo 38 letra b) de la ley 20.417 permite imponer sanciones de hasta 10.000 UTA a la Superintendencia del Medio Ambiente.

Por ello, estimamos que, si en un caso sancionatorio evidentemente menos intenso como el entregado a los órganos de la administración del Estado reconocemos que deben aplicarse ciertos principios y garantías penales, con mayor razón debemos optar por el reconocimiento de estas reglas mínimas en aquel caso en que las intrusiones son más agudas y las sanciones llegan a límites aún más altos. Por ello, coincidimos con Cordero cuando critica la conclusión del Tribunal Constitucional en el fallo dictado en la causa rol 2.381-2012, al sostener que en virtud del razonamiento del intérprete constitucional “los procedimientos sancionadores administrativos estarían dotados de mayores garantías -más próximas a las penales- respecto de las que rigen en el ámbito de la libre competencia, lo cual no resiste análisis.”¹⁵⁷

Finalmente, el reconocimiento del *ius puniendi* estatal, asentado por el propio Tribunal Constitucional desde su sentencia en la causa rol 244 de 26 de agosto de 1996, se presenta como un fundamento adicional para aplicar los principios penales al derecho de la libre competencia.¹⁵⁸ Si el TC entendió que la potestad sancionadora de la administración proviene del *ius puniendi* estatal y que por tal razón le eran aplicables los principios del Derecho Penal, a la misma

¹⁵⁶ Artículo 26 letra c) del DL 211.

¹⁵⁷ CORDERO, E. 2014. Los principios y reglas comunes al procedimiento administrativo sancionador. En: *Sanciones Administrativas. X jornadas de Derecho Administrativo, Asociación de Derecho Administrativo (ADA)*, Santiago: Thomson Reuters, p. 208

¹⁵⁸ El mismo argumento en CORDERO, E. *Los principios... op.cit.*, p. 208.

conclusión debería llegar en otra muy evidente manifestación de este *ius puniendi*, como ocurre con la potestad sancionatoria en materia de libre competencia.¹⁵⁹

Así entonces, en contra de lo resuelto por el Tribunal Constitucional en la sentencia dictada en la causa rol 2.381-2012, y de la concepción eminentemente formalista que existe sobre este punto, a modo de conclusión podemos señalar que en nuestro concepto el ejercicio de la potestad sancionatoria en materia de libre competencia está revestida de la misma naturaleza que las sanciones administrativas en su sentido más tradicional, con la única distinción de que se trata de sanciones impuestas por un tribunal, pero que no por ello dejan de ser sanciones de carácter administrativo, ni menos aún una manifestación del *ius puniendi* estatal que la doctrina y la jurisprudencia tanto han desarrollado. Así entonces, por las razones expuestas hasta aquí, se deben tener las mismas precauciones garantistas, lo que hace que los principios y garantías penales reciban aplicación.

2.4.- Conclusiones: infracción al principio ne bis in ídem en las modificaciones incorporadas por la ley 20.945.

Luego de lo que hemos revisado, sabemos que puede haber *bis in ídem* en los casos de juzgamientos simultáneos y en las hipótesis de juzgamientos sucesivos, penales y/o administrativos contra una misma persona, por los mismos hechos, con idénticos fundamentos punitivos. La prohibición de *bis in ídem* se tutela en el primer caso mediante la excepción de *litis pendencia*, mientras que la segunda prohibición está garantizada a través de la excepción de cosa juzgada. A su vez, vimos que en casos de concursos de normas de sanción administrativa y penal la doctrina prefiere la prejudicialidad penal, mientras que también expusimos las razones por las que entendemos que el derecho de la libre competencia, en

¹⁵⁹ VELOZO, J. y GONZÁLEZ, D. 2011. Reflexiones en torno a algunas facultades extrajurisdiccionales del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. *En La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*. Santiago: Thomson Reuters Puntotex, p. 22. Asimismo, véase VALDES, D. *El Injusto Monopólico*. *Op.cit.*, pp. 46-55.

materia sancionatoria, debe observar las mismas precauciones garantistas penales que el derecho administrativo sancionador.

En el caso en concreto que nos corresponde analizar, el DL. 211 no admite casos de juzgamientos simultáneos, por lo que la primera hipótesis de infracción del principio quedaría descartada. En efecto, el artículo 64 del DL. 211 sólo admite la apertura de la vía penal mediante la querrela del Fiscal Nacional Económico. Dicha querrela puede intentarse exclusivamente luego de que la FNE haya obtenido sentencia definitiva condenatoria firme y ejecutoriada ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Debido a ello, no puede producirse un juzgamiento simultáneo imputando a una persona natural involucrada el tipo penal de colusión contenido en el artículo 62 de la ley.¹⁶⁰

En la segunda situación, el principio podría verse violentado en aquellos casos en que la colusión dio lugar a dos juzgamientos consecutivos a las mismas personas naturales, mediando entre ambos enjuiciamientos una sentencia firme y ejecutoriada.

En cuanto a los elementos del *ne bis in ídem* aplicados a este supuesto, tendremos que la igualdad de hecho y de sujeto se apreciarán con facilidad, puesto que la exigencia de sentencia previa del TDLC hace necesario que la querrela del Fiscal Nacional Económico se refiera a los mismos hechos que ya sancionó el tribunal en sede de libre competencia. Luego, la igualdad de sujeto imputado se constatará con la revisión de las personas que fueron condenadas a una sanción administrativa en la mencionada sentencia, entre las cuales ya hemos explicado que podrían estar las personas naturales individualizadas en la querrela de la FNE.

Finalmente, respecto de la igualdad de fundamento punitivo, la interpretación sistemática de la ley antimonopolios, la historia de las leyes que la

¹⁶⁰ El artículo 64 del DL 211 fue objeto de modificaciones durante la tramitación del proyecto, puesto que en el texto original del proyecto el Fiscal Nacional Económico podía ejercer la acción penal una vez cerrada la investigación administrativa, lo que hubiese abierto un flanco conflictivo adicional sobre el *ne bis in ídem* por la convivencia de procedimientos paralelos.

actualizaron y los objetivos de las modificaciones introducidas por la ley 20.945 permitirían concluir que no existen fundamentos punitivos disímiles entre el objeto de protección de la infracción administrativa contenida en el artículo 3° letra a) del DL 211 y la norma penal del artículo 62. Ambas normas protegen el mismo bien jurídico, es decir, el descrito en el artículo 1° de este cuerpo normativo, esto es, la libre competencia en los mercados. La existencia de un tipo penal solo para el caso de la colusión se justifica, únicamente, en una valoración negativa mayor que el legislador ha hecho de los carteles duros.¹⁶¹

Lo anterior encuentra respaldo en el artículo 64 del DL 211, que establece, en su inciso segundo, que la FNE se podrá querellar cuando los hechos “comprometieren gravemente la libre competencia en los mercados”. En consecuencia, la apertura de la vía penal está dada por un compromiso mayor del mismo bien jurídico que protegen los tipos administrativos enumerados en el artículo 3° de la ley antimonopolios cuando se trata de un caso de colusión. En otras palabras, entendemos que no hay fundamentos punitivos distintos para sancionar penalmente la colusión, sino que el legislador ha concluido que este ilícito monopólico es más grave y que, por ende, requiere de una reacción estatal más severa, sancionando la colusión en ambas sedes. Por lo anterior, si se sanciona administrativa y penalmente a las mismas personas naturales por el mismo caso de colusión, conforme a lo que hemos expuesto hasta acá habrá infracción al principio *ne bis in ídem*.

Para evitar el conflicto, a nivel administrativo se ha discutido sobre la prejudicialidad penal, con el objeto de evitar el *bis in ídem*. Sobre esto Hernández previene que “si efectivamente la Constitución se opone a la imposición conjunta

¹⁶¹ El bien jurídico protegido queda más claramente determinado con la ley 19.911, la que introduce el objeto de protección al artículo 1° del DL. 211. Una visión crítica de la ambigüedad del artículo primero del decreto ley 211 en AGÜERO, F. 2004. *Nuevos elementos para el debate sobre el bien jurídico libre competencia*. Boletín latinoamericano de competencia. 19: 129-132, quien refiere que la interpretación correcta de la norma en comento debe ser en conjunto con lo dispuesto en el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, donde se establece que el objeto de protección de la legislación sectorial analizada es el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica. Otro desarrollo del bien jurídico protegido en Valdés, quien estima que “la libre competencia es un bien jurídico tutelado que armoniza la multitud de libertades de competencia mercantil existentes en una sociedad civil por la vía de limitarlas para hacerlas operativas y así ordenarlas al bien común político.” VALDÉS, D. *Libre competencia y monopolio*, *op.cit.*, p. 189.

de penas y sanciones administrativas, es indispensable el establecimiento de un mecanismo procesal que asegure la preferencia de la pena por sobre la sanción administrativa.”¹⁶²

El mismo criterio se observa en el caso de la “Ley de contravenciones al orden” del Derecho Alemán.¹⁶³ Sobre ello, Hernández sostiene que “La consagración procesal de esta primacía, en la forma de una persecución administrativa meramente subsidiaria a la del Ministerio Público, se encuentra en los § 40 a 44 OWiG.”¹⁶⁴

Sin embargo, la solución plasmada en la Ley 20.945 es la inversa, puesto que el artículo 64 del DL. 211 opta por la prejudicialidad administrativa, dejando la vía penal para aquellos casos en que el Fiscal Nacional Económico se querelle por el delito de colusión.

De ahí surge entonces la posibilidad de un planteamiento de inconstitucionalidad del mecanismo que venimos analizando. Al respecto, Cordero estima que el principio *ne bis in ídem* debe ser respetado por el legislador al construir los sistemas sancionatorios de determinadas conductas, lo cual podrá ser revisado por el intérprete constitucional. El autor señala que “este mandato tiene como principal destinatario al legislador, con el objeto de evitar que doble sanción sobre la base de la triple identidad de sujetos, de hechos y de fundamentos jurídicos. En este caso, el juez constitucional tendrá la misión de contener esta doble punición, mientras que la Administración y los jueces deberán

¹⁶² HERNÁNDEZ, H. 2014. Actividad Administrativa, procedimiento sancionatorio-administrativo y proceso penal: algunas necesidades de coordinación legal. En: *Sanciones Administrativas. X jornadas de Derecho Administrativo, Asociación de Derecho Administrativo (ADA)*, Santiago: Thomson Reuters, p. 571.

¹⁶³ Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG) - § 21 Zusammentreffen von Straftat und Ordnungswidrigkeit:

(1) Ist eine Handlung gleichzeitig Straftat und Ordnungswidrigkeit, so wird nur das Strafgesetz angewendet. Auf die in dem anderen Gesetz angedrohten Nebenfolgen kann erkannt werden.

(2) Im Falle des Absatzes 1 kann die Handlung jedoch als Ordnungswidrigkeit geahndet werden, wenn eine Strafe nicht verhängt wird.

¹⁶⁴ HERNÁNDEZ, H. *Actividad administrativa...*, *op.cit.*, p. 574.

evitarla con las técnicas que le entrega la hermenéutica frente a un caso en concreto.”¹⁶⁵

A nivel constitucional, si bien no existe un reconocimiento explícito de la prohibición de *bis in ídem* en la Constitución, nuestro intérprete constitucional podría extraerlo de normas como el inciso séptimo y octavo del artículo 19 número 3 de la Carta Fundamental, los que consagran el principio de legalidad que han servido para fundamentar sentencias constitucionales en que se ha reconocido el *ius puniendi* estatal.¹⁶⁶ También podría fundamentarlo desde la garantía a un justo y racional procedimiento, como lo ha venido haciendo hasta ahora.¹⁶⁷ O, incluso más, el intérprete constitucional también podría emplear las consagraciones expresas del principio en el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Bajo ese panorama normativo supra-legal, a pesar de que el artículo 26 del DL. 211 permite la imposición de ambas sanciones, no es difícil imaginar eventuales acciones constitucionales contra las reglas del DL. 211 que permiten la duplicidad de juzgamiento y sanciones, vía inaplicabilidad por inconstitucionalidad, lo que se constituye como un eventual riesgo para el éxito de la criminalización de la colusión.

Entonces, a modo de clausura, podemos afirmar lo siguiente:

a) Según la doctrina y jurisprudencia mayoritaria en Chile y en Derecho comparado, existirá infracción al principio *ne bis in ídem* en aquellos casos en que se persiga o sancione administrativa y penalmente a una misma persona natural, por un hecho subsumible en la conducta típica del artículo 3 letra a) del DL 211 y del artículo 62 del mismo cuerpo legal.

¹⁶⁵ CORDERO, E. *Los principios...*, *op.cit.*, p. 428. Semejante es el diagnóstico en INFORME DE LA COMISIÓN ASESORA PRESIDENCIAL PARA LA DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, p. 12.

¹⁶⁶ Tribunal Constitucional, 27 de julio de 2006, causa rol número 480.

¹⁶⁷ Tribunal Constitucional, 07 de junio de 2012, causa rol número 2.045-2011, considerando cuarto y Tribunal Constitucional, 28 de enero de 2016, causa rol número 2.773-2015, considerando trigésimo primero.

b) A consecuencia de lo anterior, dado que la ley ha establecido la prejudicialidad administrativa, no podrá sancionarse penalmente sin infringir este principio a una persona natural - directores, administradores y a toda persona que haya intervenido en la realización del acto respectivo- si estos ya fueron castigados por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Ello podría devenir en pronunciamientos del Tribunal Constitucional en torno al mecanismo de secuencialidad establecido en la ley 20.945.

c) De modo tal de evitar que esta situación ponga en riesgo el éxito de la persecución penal, a futuro debiese considerarse depurar la legislación, con tal de que en el DL. 211 no existan hipótesis de eventual doble punición por el mismo hecho, al menos regulando las personas que pueden ser sancionadas en una y otra sede de forma tal de hacer que este diseño sea coherente con la posición mayoritaria respecto del principio *ne bis in ídem*.

3.- Infracción al derecho a defensa.

En el título anterior analizamos las eventuales infracciones al principio *ne bis in ídem* en las hipótesis de persecución administrativa y penal de los mismos sujetos. En cambio, en este título revisaremos qué ocurre cuando los eventuales imputados en sede penal no fueron parte de la investigación de la Fiscalía Nacional Económica, con el objeto de determinar si dicha ausencia importa un conflicto con el derecho a defensa que la Constitución le garantiza a todos. La pregunta que intentaremos resolver será entonces si la ausencia de estas personas naturales en el primer procedimiento lesiona el derecho que dichos sujetos tienen a defenderse, especialmente respecto de la prueba u otras actuaciones de la Fiscalía Nacional Económica que eventualmente puedan ser utilizadas en el posterior procedimiento penal.

Primeramente, el derecho a defensa, además de su materialización a lo largo del Código Procesal Penal mediante todos los mecanismos y garantías que el imputado tiene para defenderse contra la imputación estatal, también se

encuentra consagrado constitucionalmente en el artículo 19 número 3 de nuestra Constitución y ha sido reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14 número 3) y en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 8º).

Por su parte, para la doctrina el derecho a defensa no se agota en contar con asistencia letrada dentro del proceso penal, sino que comprende también la defensa material del imputado, de modo tal de poder realizar todas las alegaciones y actuaciones posibles para controvertir la imputación estatal, pudiendo expresarse en cualquier momento del procedimiento y contra cualquier tipo de actuación, ya sea para evitar o aminorar la responsabilidad penal del sujeto.¹⁶⁸

Para la profesora Horvitz, dentro de las manifestaciones del derecho de defensa se reconoce el derecho a ser oído, en el cual incluye la posibilidad de “ejercer adecuadamente su derecho a defenderse y a formular los planteamientos y alegaciones que convengan a su defensa”, así como también “el derecho a controlar y controvertir la prueba de cargo”.¹⁶⁹

Carocca, en términos semejantes, asevera que el imputado tiene el derecho a controvertir todas las alegaciones fiscales, así como también tiene el derecho a realizar sus propias alegaciones para desvirtuar la acusación.¹⁷⁰ Maturana y Montero, por su parte, afirman que “tratándose del derecho de defensa en el proceso penal, podemos señalar que ella consiste en el derecho del imputado para formular los planteamientos y alegaciones que considere

¹⁶⁸ MAIER, J. 1989. *Derecho Procesal Penal Argentino*. Fundamentos. Buenos Aires: Hammurabi, pp. 311-319. Ver también ZAPATA, M. 2005. *El cinturón de seguridad del derecho a guardar silencio/prestar declaración del detenido: la intervención oportuna y efectiva del defensor*. Revista de Estudios de la Justicia, 6: 258 y ss.

¹⁶⁹ HORVITZ, M (con LÓPEZ, J.) *op.cit.*, p. 227

¹⁷⁰ CAROCCA, A. 2002. *La defensa en el nuevo proceso penal*. Revista chilena de Derecho, 29 (2): 285-286, CAROCCA, A. Manual. El nuevo sistema Procesal Penal, *op.cit.*, p. 87 y GANDULFO, E., *op.cit.*: 450-453.

oportunos, así como a intervenir en todas las actuaciones judiciales y en las demás actuaciones del procedimiento (...).”¹⁷¹

Asimismo, el intérprete constitucional ha consignado las siguientes garantías a partir del derecho a defensa: derecho a formular las defensas, a producir prueba conforme a la ley, a examinar y objetar la evidencia rendida, a recurrir, etc.¹⁷²

Concretamente, el Tribunal Constitucional ha dicho que el artículo 19 número 3 de la Constitución “consagra el principio general en la materia, al imponer al legislador el deber de dictar las normas que permitan a todos quienes sean, o puedan ser afectados en el legítimo ejercicio de sus derechos fundamentales, ser emplazados y tener la oportunidad de defenderse de los cargos que le formule la autoridad administrativa.”¹⁷³

Analizando el caso en concreto, tenemos que históricamente la FNE ha perseguido casi exclusivamente a las personas jurídicas vinculadas con la colusión, a tal punto de que a la fecha solo existe un caso en el que se imputó responsabilidad a personas naturales.¹⁷⁴

Si analizamos el cuadro completo en aquellas situaciones en que la FNE solo persiga a las personas jurídicas involucradas en una colusión, se ve con nitidez que el sistema chileno no permite a las personas naturales ejercer el derecho a defensa dentro del proceso administrativo, sino que posterga el ejercicio de estos derechos al posterior proceso penal.¹⁷⁵ Lo anterior se verá acentuado cuando alguna o todas las personas jurídicas involucradas no aporten antecedentes mediante la delación compensada, puesto que en tal caso las

¹⁷¹ MATURANA, C. y MONTERO, R, *op.cit.*, p. 131

¹⁷² Véase Tribunal Constitucional, 07 de septiembre de 2010, causa rol número 1.448-2009, considerando cuadragésimo.

¹⁷³ Tribunal Constitucional, 17 de junio de 2003, causa rol número 376, considerando trigésimo.

¹⁷⁴ Esta causa corresponde a la colusión de buses en la ruta Santiago-Curacaví y Santiago-Lo Vásquez. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 15 de enero de 2014, causa rol número 244-2011, confirmada por Corte Suprema, 20 de abril de 2015, causa rol número 6.239-2014.

¹⁷⁵ En términos semejantes el profesor Antonio Bascañán Rodríguez, en su exposición en el seminario “Nueva ley de fortalecimiento del sistema de defensa de la libre competencia”, efectuado el 08 de septiembre del año 2016, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo.

personas naturales no solo no habrán participado en el primer procedimiento mediante la delación, sino que además carecerán del beneficio de exención -o atenuación- de responsabilidad para el procedimiento penal posterior, en el que recién podrán enfrentar la persecución estatal. En este estadio probablemente ya se habrán ejecutado medidas intrusivas de la FNE y se habrá obtenido casi todo el material probatorio que utilizará el Ministerio Público, contra lo cual el imputado nada pudo decir en el juicio ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

176

A nuestro juicio, el sistema construido en la ley 20.945 puede lesionar diversas manifestaciones del derecho a defensa reconocidas por la doctrina y el Tribunal Constitucional. En efecto, la ausencia de las personas naturales en el primer procedimiento hace que ellas no puedan presentar en este las alegaciones que crean pertinente, ni las defensas o actuaciones que consideren oportunas, ni tampoco controvertir la prueba de cargo que se produzca.

A modo ejemplar, creemos útil revisar el razonamiento del juez de garantía en el caso farmacias al pronunciarse sobre la solicitud de exclusión de prueba documental del Ministerio Público. Dicha prueba consistía principalmente en correos electrónicos obtenidos por la Fiscalía Nacional Económica en uso de las facultades del artículo 39 letra h) del DL. 211. En aquella oportunidad, el juez de garantía rechazó las solicitudes de exclusión de prueba argumentando que en sede penal no puede renovarse la discusión sobre la licitud de dicha prueba, cuestión que, a su juicio, debió alegarse en el correspondiente procedimiento administrativo.¹⁷⁷

¹⁷⁶ Si bien la expresión *afectados* que utiliza el artículo 39 letra n) del DL. 211 podría dar pie a segundas interpretaciones, tanto doctrinaria como jurisprudencialmente se ha comprendido que la expresión se refiere a las partes del procedimiento administrativo, en este caso normalmente las personas jurídicas perseguidas por la FNE. OLTRA, I. *op.cit*, pp. 183-189. Tribunal Constitucional, 20 de agosto de 2013, causa rol número 2.381-12, considerando séptimo.

¹⁷⁷ Resolución dictada en audiencia de preparación de juicio oral del caso farmacias, causa RIT 7483-2009, contenida en el audio denominado “7483-09 resol doctos 5; 48”, consignado en el anexo de esta tesis.

En nuestra opinión, esta es una de las hipótesis de vulneración de garantías que favorece el sistema que se estructuró a partir de la ley 20.945. En este caso, los imputados del procedimiento penal no fueron parte del primer procedimiento y, por ello, nunca pudieron alegar estas eventuales vulneraciones de garantía. De ese modo, el juicio penal se convertiría en una suerte de receptor de material obtenido sin la posibilidad efectiva de defensa de los imputados en dicho proceso.

No compartimos el razonamiento del tribunal puesto que por diseño la audiencia de preparación de juicio oral es la oportunidad para alegar la ilicitud de la prueba, máxime si los imputados en cuestión no tuvieron la posibilidad de controvertir la legalidad de estos antecedentes probatorios en una etapa procesal anterior.¹⁷⁸ En un caso como este, de existir vulneración de garantías, corresponde excluir la prueba en dicha oportunidad procesal y no rechazar la exclusión por razones de extemporaneidad, ya que esta fundamentación coloca a los imputados en indefensión.

Ha sido el propio Tribunal Constitucional en el ya citado fallo del 20 de agosto de 2013 en la causa rol número 2.381-2012 el que ha dicho que el imputado siempre tendrá la posibilidad de presentar sus alegaciones en la etapa intermedia del proceso penal para solicitar la exclusión de la prueba por infracción de garantías cuando proviene de un procedimiento anterior.¹⁷⁹ Por esto, los jueces de garantía deben pronunciarse sobre la legalidad de dicha prueba, puesto que esta termina siendo la única oportunidad en que estos sujetos podrán verter sus alegaciones.

¹⁷⁸ López es muy claro al decir que “la función de control de la prueba ilícita está puesta en nuestro sistema sobre los hombros del juez de garantía y durante la audiencia de preparación del juicio oral.” LÓPEZ, J. (con HORVITZ, M.). 2003. *Derecho Procesal Penal Chileno*, tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 195. Una aproximación al problema de la eficacia de la prueba administrativa en el proceso penal en HERNÁNDEZ, H. *Actividad Administrativa...*, *op.cit.*, p. 584.

¹⁷⁹ Específicamente, el tribunal concluyó su razonamiento afirmando que “El derecho a defensa resulta también garantizado en cualquier proceso penal futuro directa o indirectamente vinculado al caso de autos, en virtud del inciso tercero del artículo 276 del Código Procesal Penal, que ordena al juez excluir ‘las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales.’” Tribunal Constitucional, 20 de agosto de 2013, causa rol número 2.381-12, considerando trigésimo octavo.

De este modo, las normas del sistema de persecución de la colusión debiesen interpretarse al menos conforme a las siguientes consideraciones:

- a) En primer término, el procedimiento administrativo debiera permitir la defensa efectiva de cualquier persona que pudiese luego enfrentar una imputación penal, una vez agotada la vía administrativa, ya sea mediante una interpretación más amplia de artículos como el 39 letra n) que permite la intervención de los sujetos afectados por las medidas intrusivas de la Fiscalía Nacional Económica, como también a través de la intervención de otros entes como el Tribunal Constitucional a través del examen de constitucionalidad vía inaplicabilidad de estas normas.

- b) Adicionalmente, todas las actuaciones realizadas por la Fiscalía Nacional Económica en la investigación administrativa que pudiesen tener efectos penales, especialmente aquellas que se refieran al material probatorio potencialmente utilizable por el Ministerio Público, debiesen observar las garantías penales en su ejecución, so riesgo de ser completamente ineficaces en el proceso penal. Esta ineficacia podrá hacerse valer en todas las oportunidades procesales dispuestas para ello en el Código Procesal Penal, en la forma que veremos en el título siguiente relacionado con los problemas concretos vinculados con la prueba producida por la FNE y su utilización penal.

4.- Problemas de legalidad penal de la prueba producida por la Fiscalía Nacional Económica.

El conflicto con el uso penal de la prueba que obtiene la FNE tiene que ver con los eventuales problemas de legalidad de dicha prueba, habida consideración de que las garantías en la producción de la prueba son diversas en

los dos procedimientos. Así entonces, resulta pertinente plantearse concretamente en cuales casos la prueba que produzca la FNE podrá ser utilizada en sede penal y en cuales adolecerá de vicios de legalidad.

El legislador comprendió que bajo el esquema que articuló para la convivencia de la persecución administrativa y penal de la colusión, resultará difícil que el Ministerio Público produzca de forma independiente toda la prueba de cargo que llevará a juicio oral.¹⁸⁰ En atención a la duración promedio de los procedimientos contenciosos por este ilícito en sede administrativa, los que normalmente son juicios complejos, muy técnicos y con abundante material probatorio, es probable que el Ministerio Público comience a investigar recién unos dos o tres años después de presentado el requerimiento del Fiscal Nacional Económico, y aún mucho más lejos temporalmente de los hechos que dieron lugar a la investigación.¹⁸¹ Ante esta preocupación surgida durante la tramitación del proyecto de ley, el legislador acabó estableciendo dos reglas sobre el uso penal de la prueba producida por la FNE, las que tuvimos ocasión de transcribir y describir en el capítulo II de este trabajo.¹⁸²

Particularmente, los incisos quinto y sexto de dicho artículo contienen las siguientes reglas:

- a) La FNE deberá señalar en la querrela si obtuvo autorización judicial para la realización de las diligencias del artículo 39 letra n), numerales 1 a 4, y

¹⁸⁰ En el Senado, el Ministerio Público hizo ver la importancia de tener un contacto temprano con los antecedentes. Por ello, con objeto de aminorar el problema, se mostró abierto a la fórmula del traspaso de la prueba, tomada del boletín 6.454-07 y que terminaría en el artículo 64 del DL. 211. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la ley 20.945, segundo trámite constitucional, pp. 343-346.

¹⁸¹ El propio Fiscal Nacional Económico afirmó, en la comisión de Constitución del Senado, que el procedimiento administrativo tiene una duración de dos a tres años promedio. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la ley 20.945, segundo trámite constitucional, p. 393. Por su parte, en el contexto de la discusión sobre las primeras indicaciones propuestas al original artículo 286 ter (que colocaba el ejercicio de la acción penal en la FNE al momento de presentar el requerimiento ante el TDLC), advirtió del problema que tendrá el Ministerio Público para dar con la prueba de cargo al tomar conocimiento del caso luego de la sentencia firme y ejecutoriada en sede administrativa. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la ley 20.945, primer trámite constitucional, p. 116.

¹⁸² *Supra* pp. 57-59.

deberá indicar, además, si ejecutó dichas actuaciones. Luego, se agrega que la obtención de la autorización ya referida será suficiente para tener por cumplidas las exigencias del artículo 9º del Código Procesal Penal. Es decir, el artículo establece que, para estos efectos, la autorización previa del juez de garantía para la ejecución de estas medidas intrusivas se entenderá cumplida con la autorización del Ministro de Corte de Apelaciones que ordena el artículo 39 letra n).¹⁸³

- b) A su vez, la parte final del inciso quinto prescribe que el Ministerio Público podrá pedir el alzamiento de confidencialidad de piezas determinadas del expediente administrativo para la utilización en el proceso penal.¹⁸⁴

De este modo, para analizar los diversos problemas de legalidad que presenten los antecedentes probatorios que pueda obtener el Ministerio Público desde la investigación de la FNE, creemos pertinente diferenciar aquellos antecedentes que cumplan con la autorización judicial previa que contempla el artículo 64 y aquellos que aparezcan del alzamiento de confidencialidad y que no cumplan con la autorización judicial.

4.1.- Análisis concreto de las pruebas que el Ministerio Público podría obtener desde la investigación de la FNE.

4.1.1.- Pruebas que cumplan con la autorización judicial previa del artículo 64 del DL. 211.

Para iniciar este análisis, creemos que es necesario precisar los alcances de la homologación que hace el artículo 64 entre la autorización del Ministro de Corte de Apelaciones y la del Juez de Garantía. En dicho sentido, nuestra opinión es que esta homologación debe ser entendida como una equiparación meramente en la autorización judicial previa para la realización de diligencias que supongan vulneración de derechos fundamentales. Esto implica

¹⁸³ *Supra* p. 81, nota al pie número 154.

¹⁸⁴ *Id.*

que la prueba que provenga de estas actuaciones no es necesariamente lícita, puesto que puede presentar deficiencias en la ejecución de la medida autorizada o haber afectado a personas no indicadas en la autorización.

Si bien el asunto podría parecer trivial, la historia de la ley nos obliga a referirnos a esta cuestión, ya que existen pasajes donde se afirmó que esta homologación significa que la prueba será siempre válida y que no podrá discutirse su ilicitud en sede penal.¹⁸⁵ No estamos de acuerdo con dicha posición, puesto que ni siquiera en materia penal la prueba obtenida en una medida intrusiva autorizada judicialmente es *per se* lícita, ya que es plausible que la medida se ejecute contrariando la ley o afectando derechos fundamentales distintos de los considerados por el juez de garantía en su ponderación.¹⁸⁶ Además, adherir a una interpretación como la que se encuentra en la historia de la ley el derecho a defensa, ya que los sujetos afectados por estas medidas intrusivas sólo podrían defenderse en el proceso penal en el que no podrían discutir la licitud de la prueba administrativa.

Además de lo anterior, concretamente extrañamos una actualización del inciso tercero del artículo 39 letra n), donde se ordena a la FNE señalar las personas que se verán afectadas por las medidas intrusivas. Esto pudiese ser relevante, porque el artículo 39 letra n) actual exige a la Fiscalía Nacional Económica mencionar las personas que eventualmente podrían verse afectadas por la medida intrusiva en el escrito en que solicita dicha diligencia ante el Ministro de la Corte de Apelaciones, sin indicar que esa afectación tiene solo alcance en sede de libre competencia o si se refiere también a una afectación en el eventual procedimiento penal posterior. A nuestro juicio, no se podrá entender autorizada judicialmente la diligencia si acaba siendo afectada una persona distinta a las

¹⁸⁵ El Ministerio Público y el senador Araya sostuvieron que esta regla aseguraba la validez de la prueba en sede penal. Tanto es así que el senador Araya afirmó que no se podrá discutir la licitud de la prueba en la etapa intermedia del proceso penal. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la ley 20.945, segundo trámite constitucional, pp. 358 y 392.

¹⁸⁶ María Inés Horvitz realiza un completo análisis de las reglas de ejecución de las medidas intrusivas en HORVITZ, M. (con LÓPEZ, J.), *Derecho Procesal Penal Chileno*, tomo I, *op.cit.*, pp. 507-540.

mencionadas en la petición de la FNE, en el evento de que luego termine siendo imputada en el proceso penal.¹⁸⁷

Por otro lado, al revisar las autorizaciones judiciales que han otorgado los ministros de Corte de Apelaciones que han conocido de las solicitudes de la FNE, advertimos que los ministros de Corte de Apelaciones que han conocido de estas solicitudes sólo se han limitado a confirmar las autorizaciones otorgadas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.¹⁸⁸

A modo ejemplar, el ministro Juan Escobar Zepeda resolvió con fecha 13 de septiembre de 2010 lo siguiente en los autos rol 1.835-2010: “A lo principal de fojas 1 rectificado a fojas 21, como se pide, se autoriza a que Carabineros de Chile, bajo la dirección del funcionario de la fiscalía Cristián Reyes Cid, pueda interceptar y grabar las comunicaciones efectuadas a través de los teléfonos móviles (...).”¹⁸⁹ Luego, el ministro Patricio Villarroel se limitó a proveer “como se pide”, en la resolución dictada el 07 de julio de 2011 en los autos rol 1.331-2011.¹⁹⁰ Por su parte, la ministro Dobra Lusic proveyó la solicitud de los autos rol 2.485-2011 el 02 de diciembre de 2011 de la siguiente forma: “A lo

¹⁸⁷ La individualización de las personas afectadas es un requisito formal de la solicitud en el sistema administrativo, por lo que cualquier omisión o incorrección podría acarrear la ilicitud de dicha prueba incluso en el primer proceso. *Ibid.*, pp. 180-183.

¹⁸⁸ Revisar anexo número 1 de esta tesis, consistente en un disco compacto que contiene todas las resoluciones otorgadas por Ministros de Cortes de Apelaciones en causas terminadas por sentencia firme y ejecutoriada a junio del año 2016, en las que la Fiscalía Nacional Económica solicitó medidas intrusivas del artículo 39 letra n) del DL. 211. Sobre la necesidad de fundamentación de la resolución que conceda medidas intrusivas a la Fiscalía, OLTRA, I., *op.cit.*, p. 180. Respecto del estándar de concesión de estas medidas intrusivas, *prima facie* podría imaginarse que la obtención de las medidas intrusivas en el procedimiento sancionatorio es más simple, en atención a la menor intensidad que tiene cualquier ejercicio de la potestad sancionatoria del Estado cuando no se trate de derecho penal propiamente tal o a que el órgano jurisdiccional encargado de velar por los derechos de los imputados no es un tribunal penal. Las estadísticas de concesión de medidas intrusivas en investigaciones concluidas nos dan una pista del estándar utilizado por los ministros de Cortes de Apelaciones. En dicho sentido, el 70% de las solicitudes fueron acogidas íntegramente, un 11% sólo parcialmente, un 15% fueron rechazadas y en el 4% de los casos la Fiscalía se desistió de la solicitud. Esta información fue obtenida mediante solicitud de información por ley de transparencia a la Fiscalía Nacional Económica, como consta en el anexo de esta memoria. Sólo se pudo acceder a información de investigaciones concluidas, puesto que la FNE rechazó otorgar información de procesos vigentes, por razones de confidencialidad.

¹⁸⁹ Ministro de Corte de Apelaciones Juan Escobar Zepeda, 13 de septiembre de 2010, causa rol número 1.835-2010, en disco anexo número 1 de este trabajo.

¹⁹⁰ Ministro de Corte de Apelaciones Patricio Villarroel, 07 de julio de 2011, causa rol número 1.331-2011, en disco anexo número 1 de este trabajo.

principal, como se pide apruébese las medidas interceptación, grabación y comunicación telefónicas, por el lapso de 60 días, desde la fecha de notificación a la Compañía de Teléfono respectiva.”¹⁹¹

De ahí que cabe preguntarse sobre la real tutela de las garantías de los imputados, entregada indudablemente al Ministro de Corte de Apelaciones en este caso, si seguimos viendo resoluciones que meramente confirmen, sin fundamentación alguna, las solicitudes de medidas intrusivas presentadas por la Fiscalía Nacional Económica, máxime si estos futuros imputados no son parte de la investigación que sigue la FNE.¹⁹² Esto es conflictivo porque el artículo 39 letra n) señala claramente que quien autoriza la medida intrusiva es el ministro de la Corte de Apelaciones.¹⁹³ Por esta razón, cuando estas pruebas sean utilizadas en sede penal, es plausible plantear una infracción del artículo 36 del Código Procesal Penal, que exige la fundamentación de las resoluciones judiciales.¹⁹⁴

Finalmente, podría ocurrir que una medida intrusiva autorizada judicialmente por un Ministro de la Corte de Apelaciones lesione derechos fundamentales en su ejecución o presente reparos de legalidad distintos al cumplimiento de la exigencia del artículo 9º del Código Procesal Penal. En efecto, el propio artículo 39 letra n) se remite a las reglas del Código Procesal Penal para la ejecución de las diligencias intrusivas, por lo que una infracción a dichas normas

¹⁹¹ Ministra de Corte de Apelaciones Dobra Lusic, 02 de diciembre de 2011, causa rol número 2.485-2011, en disco anexo número 1 de este trabajo.

¹⁹² Para López, “La fundamentación de la sentencia no se satisface con referencias meramente formales al hecho de encontrarse cumplidos los estándares legales o a la existencia de antecedentes genéricamente invocados. La ley exige que la fundamentación exprese sucintamente, pero con precisión, los motivos de hecho y de derecho en que se basaren las decisiones tomadas. La simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los medios de prueba o solicitudes de los intervinientes no constituye fundamentación suficiente.” LÓPEZ, J. (con HORVITZ, M.), *Derecho Procesal Penal Chileno*, tomo I, *op.cit.*, p. 325. Por su parte, dentro del sistema de doble control jurisdiccional de las medidas intrusivas otorgadas a la FNE, Bofill afirma que la función primordial del Ministro de Corte de Apelaciones es el resguardo de los derechos fundamentales de los inculpados. BOFILL, J. *op.cit.* pp. 24-25. Se completa lo anterior si revisamos la historia de la ley 20.361. Véase BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la ley 20.361, p. 381.

¹⁹³ Según Bofill, que analiza la historia fidedigna del artículo 39 letra n), el TDLC está encargado de revisar las cuestiones técnicas de la petición. BOFILL, J. 2012. Informe en Derecho, Rol 886-2012, Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, p. 24.

¹⁹⁴ Para María Inés Horvitz, el juez de garantía debe dictar una resolución fundada para conceder medidas intrusivas, como ocurre, por ejemplo, en el caso de interceptación de comunicaciones. HORVITZ, M. (con LÓPEZ, J). *Derecho Procesal Penal Chileno*, tomo I, *op.cit.*, pp. 461 y 528-532.

podría provocar defectos de legalidad de la prueba, a pesar de cumplir con la autorización del Ministro de Corte de Apelaciones.

En todos los casos que hemos resaltado, será importante la función que cumplirán los jueces de garantía en las etapas de investigación y audiencias de preparación de juicio oral y, finalmente, la Corte Suprema mediante el conocimiento de recursos de nulidad, para conocer de los eventuales cuestionamientos de legalidad de estos antecedentes probatorios.

4.1.2.- Pruebas que el Ministerio Público incorpora luego de solicitar el alzamiento de confidencialidad.

La regla de alzamiento de confidencialidad no expresa si alcanza solo a las pruebas obtenidas con autorización del Ministro de Corte de Apelaciones o si puede utilizarse para obtener cualquier antecedente que conste en la carpeta administrativa. En el primero de los casos, nos remitimos a lo ya expuesto en el subtítulo anterior, por lo que centraremos nuestro análisis a los restantes antecedentes que pudiera obtener el Ministerio Público mediante el alzamiento de confidencialidad.

Bajo este último supuesto, el Ministerio Público podría acceder a los documentos requeridos por la Fiscalía Nacional Económica en ejercicio de la denominada facultad inspectora, la que se encuentra establecida principalmente en los artículos 39 letras f), g) y h) del DL. 211, que básicamente consiste en ciertas facultades del órgano persecutor para requerir compulsivamente antecedentes a los actores de un mercado determinado, en razón de la complejidad de la actividad industrial y empresarial, conforme a las funciones de supervigilancia y control de la administración.¹⁹⁵

¹⁹⁵ Agüero y Toro abordan el problema de la prueba ilícita en lo que ellos denominan facultad inspectora de la Fiscalía Nacional Económica. Este estudio examina las hipótesis de legalidad de los antecedentes que la FNE obtiene en el ejercicio de las facultades contenidas en el artículo 39 letras f, g y h del DL. 211, es decir, aquellas hipótesis en las cuales la fiscalía puede requerir la entrega obligatoria de documentos por parte de sujetos investigados o de terceros. Los autores

En materia penal no existe algo semejante a la facultad inspectora, por lo que los antecedentes provenientes de estas medidas deberán cumplir con los estándares penales referentes a los requerimientos que el Ministerio Público pueda hacer a un imputado en torno a prueba -principalmente documental- que esté en su poder. Recordemos que el artículo 64 equipara la autorización judicial del Ministro de Corte a la del juez de garantía solo cuando se trata de diligencias intrusivas del artículo 39 letra n). Por ello, si el Ministerio Público accede a material proveniente de pruebas conseguidas mediante el empleo de las facultades citadas en los párrafos anteriores, este material no contará con autorización judicial previa para efectos penales. De este modo, si la diligencia que dio origen al antecedente solicitado por el Ministerio Público lesionaba de alguna forma derechos fundamentales, la prueba deberá ser excluida inmediatamente, puesto que en su origen careció de autorización judicial.¹⁹⁶

También es particularmente sensible que la ley no se hubiese preocupado del derecho a no autoincriminarse o a no declarar contra sí mismo. Sobre esto, Maturana y Montero sostienen que “un tema que no se ha regulado por nuestro legislador es la autoincriminación efectuada fuera del proceso penal, y con motivo de actuaciones que se realizan ante autoridades administrativas o en procesos distintos a los penales, en los cuales no se le reconocen al sujeto los

adelantan que estas actuaciones deben observar las reglas de un procedimiento racional y justo y que, en último término, el TDLC puede declarar como ilícita la prueba que se presente como fruto de esta facultad. AGÜERO, F y TORO, L. 2010. *Límites a la potestad inspectora de la administración: el caso de la fiscalía nacional económica*. Revista de Derecho Económico, 75: 22-37. En el caso español, el Tribunal Constitucional de dicho país ha resuelto que el principio de no autoincriminación es trasladable al orden administrativo con ciertos matices. Uno de esos matices es justamente la facultad inspectora de la Administración, con la cual el sujeto investigado debe colaborar. Nótese, sin embargo, que los alcances de esa colaboración no son nunca penales, puesto que en dicho orden de cosas el principio no puede tener ningún tipo de matiz. CORDERO, E. *Los principios...*, *op.cit.*: 206-207. También Tribunal Constitucional Español, 02 de octubre de 1997. También sobre la facultad inspectora de la FNE FERRADA, F. 2011. *La prueba ilícita en el sistema procesal civil*. Santiago: Legal Publishing, p. 192. Finalmente, es menester señalar que estas facultades fueron reforzadas por los apercibimientos y penas que la propia ley 20.945 agregó.

¹⁹⁶ Para Carocca, “Las diligencias que requerirán de autorización judicial previa, serán aquellas que priven, restrinjan o perturben el ejercicio de los derechos que la Constitución le asegura, no sólo al imputado, sino a todas aquellas personas que pueden intervenir en el proceso penal”. CAROCCA, A. *Manual. El nuevo sistema Procesal Penal*. *op.cit.*, p. 135.

derechos antes señalados, habiéndose empezado a cuestionar por ello la eficacia probatoria para el proceso penal de esas declaraciones.”¹⁹⁷

Mientras tanto, Hernández estima que “el derecho a no autoincriminarse no se agota en el derecho a guardar silencio durante un procedimiento penal en curso, sino que, si se atiende mínimamente al fondo de la garantía, se extiende a cualquier tipo de procedimiento en el cual la información obtenida pueda luego servir de prueba en un procedimiento penal contra el que se ve compelido a entregarla.”¹⁹⁸

Por otra parte, el Tribunal Constitucional se pronunció en la ya referida causa rol 2.381-2012 sobre la garantía contenida en el artículo 19 número 7 letra f) de la Constitución, negando la aplicación del derecho a guardar silencio ante el TDLC. En aquella oportunidad, los argumentos del tribunal fueron que el procedimiento ante el TDLC no es una causa criminal, el sujeto que declara no es inculcado, tampoco declara sobre hechos propios y no ha declarado bajo juramento.¹⁹⁹ Sin embargo, creemos que la nueva legislación hace necesaria una reinterpretación de este asunto por parte del tribunal, ya que la situación actual de una persona natural citada a declarar no es la misma a la que tenía a la fecha de la sentencia. En efecto, si bien el procedimiento administrativo sigue sin ser una causa criminal, las reglas del título V del DL. 211 hacen que esta diligencia pueda tener efectos en el proceso penal. A su vez, en este proceso penal la persona natural, sea director, administrador u ejecutivo de la empresa perseguida por la FNE, podrá ser el imputado en el juicio criminal, por lo que su declaración perfectamente puede entenderse como recaída en hechos propios.

Finalmente, dentro de todos estos antecedentes también tenemos aquellas pruebas sobre las cuales se hubiese declarado su ilegalidad en el

¹⁹⁷ MATURANA, C. y MONTERO, R. *Derecho Procesal Penal*, tomo I, *op.cit.*, p. 300.

¹⁹⁸ HERNÁNDEZ, H., *Actividad Administrativa...* p. 583.

¹⁹⁹ Tribunal Constitucional, 20 de agosto de 2013, causa rol número 2.381-12, considerando décimo octavo a vigésimo.

procedimiento sancionador por deficiencias en su producción. A este respecto, la doctrina especializada ha logrado individualizar hipótesis de ilicitud de la prueba administrativa dentro del proceso del DL. 211.²⁰⁰ Por razones obvias, si esta prueba ya fue declarada nula en el primer procedimiento, no podrá ser empleada en la investigación y juicio penal.

En síntesis, tratándose de antecedentes provenientes de diligencias distintas a las establecidas en el artículo 39 letra n) del Decreto Ley 211, los intervinientes podrán plantear problemas de legalidad ya sea por la falta de autorización judicial previa para la realización de la diligencia, en caso de que esta haya lesionado derechos fundamentales, o igualmente por la infracción concreta de garantías en la diligencia misma.

4.2.- Hipótesis de ilegalidad penal de la prueba obtenida por la FNE: conclusiones.

Habiendo sido expuestas las dos situaciones en que el Ministerio Público podrá incorporar prueba desde la investigación de la FNE, creemos que podemos formular una regla general relativa a la eventual ilegalidad de dicha prueba. A nuestro juicio, para evitar los problemas de ilegalidad penal de la prueba, se hace necesaria la aplicación de los principios y garantías penales en todas las actuaciones del procedimiento administrativo que vayan a producir algún efecto penal posterior. De este modo, la FNE no solo deberá cumplir con las reglas del procedimiento contencioso del DL. 211 sino que también tendrá que observar las garantías penales, so riesgo de hacer penalmente inútil todo el material que consiga sin el respeto de estas garantías. Si lo anterior no ocurre, los antecedentes originados en estas actuaciones infractoras de garantías no podrán

²⁰⁰ Ferrada señala que pueden ser declaradas ilícitas las pruebas obtenidas en diligencias ordenadas por la Fiscalía Nacional Económica en virtud del artículo 39 letras f), g), h) y especialmente la letra n). FERRADA, F. *op.cit.*, p. 190-201. Cf. OLTRA, I., *op.cit.*, pp. 177-183.

ser utilizados penalmente para fundar peticiones a lo largo de la etapa de investigación, ni tampoco como prueba de cargo en el juicio oral.

Aquí se ve el potencial riesgo que la inobservancia de garantías penales trae a la pretensión de criminalización, en tanto esto puede provocar el fracaso del legislador en sancionar las conductas colusorias. Al comienzo de este título dijimos que el Ministerio Público tomará contacto con los antecedentes un par de años después de iniciada la investigación de la FNE, en un momento en que será difícil dar con nuevas pruebas que permitan sustentar una acusación, por lo que probablemente se basará en la producción probatoria de la Fiscalía Nacional Económica. En consecuencia, si parte sustancial de esa prueba cae por problemas de legalidad en su obtención, será muy difícil que el Ministerio Público sustente con éxito su acusación, lo que podría propiciar sentencias absolutorias o decisiones de no perseverar.²⁰¹

Por otra parte, los defectos de la prueba que provenga de la investigación de la FNE no solo complicarán la labor del Ministerio Público, sino que lo podrían obligar a realizar nuevas diligencias intrusivas de derechos para suplir las imperfecciones penales del material probatorio de la FNE. Entonces, creemos pertinente llamar la atención también en que la reiteración de medidas intrusivas podría devenir en un uso desproporcionado e ilegítimo de estas actuaciones de investigación.

A este respecto, es útil recordar las condiciones y características esenciales de las medidas intrusivas. Como tales, las medidas intrusivas significan, en sí mismas, una vulneración de derechos fundamentales, tolerada, bajo ciertos estándares, en virtud de un ejercicio de ponderación con las

²⁰¹ Esto último fue justamente lo que ocurrió en el caso del papel *Tissue*, donde el Ministerio Público terminó comunicando su decisión de no perseverar luego de que se le denegaran los antecedentes de la investigación del Fiscal Nacional Económico. Si bien el caso no es exactamente el mismo, puesto que obedeció a la controvertida aplicación del artículo 285 del Código Penal, el problema de fondo es idéntico: sin los antecedentes administrativos, el Ministerio Público se queda con escasa o nula prueba de cargo.

necesidades de la persecución penal.²⁰² A pesar de que buscan lograr el éxito de la investigación, estas diligencias no pueden ser ilimitadas. Las medidas intrusivas solo se justifican en proporción con el delito investigado y con las necesidades precisas de la investigación conducente a su esclarecimiento. Entonces, una vez superados los límites de lo racionalmente permisible, las medidas intrusivas se convertirán en diligencias que no serán tolerables bajo ningún supuesto.

Sobre el particular, el trabajo de Horvitz es interesante, ya que utiliza el principio de proporcionalidad como principio general del derecho para trazar los límites de las medidas restrictivas de derechos fundamentales.²⁰³ La autora indica que, “tratándose de medidas restrictivas de derechos de la misma naturaleza que las cautelares personales, deben aplicarse los mismos principios y limitaciones.”²⁰⁴ (...) “En consecuencia, el principio de proporcionalidad determina la inadmisibilidad de todas aquellas medidas que, aunque idóneas para la consecución del fin, el mismo pueda ser alcanzado a través del empleo de medios alternativos menos gravosos o si ellas ocasionan, voluntaria o involuntariamente, graves daños que no están en relación ponderada entre medio y fin de realización.”²⁰⁵

En la experiencia comparada, para evitar los problemas de legalidad de la prueba y de infracción de derechos fundamentales, se ha recurrido a la coordinación entre las agencias de persecución. Por ello, a la luz de esta experiencia, creemos que es deseable que exista coordinación entre la Fiscalía

²⁰² HORVITZ, M. (con LÓPEZ, J.) *Derecho Procesal Penal Chileno*, tomo I, *op.cit.*, pp. 206 y 458-463, donde además se cita a Asencio, señala que los requisitos exigidos para la limitación de los derechos fundamentales son: A) Jurisdiccionalidad, B) Proporcionalidad, que comprende los siguientes subprincipios: a) existencia de una imputación concreta, b) idoneidad de la medida, c) indispensabilidad de la medida, d) proporcionalidad de medio a fin, e) motivación de la resolución limitativa del derecho, y C) Garantías en la ejecución de la restricción. ASENSIO, J. 1998. *Derecho procesal penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 125 y siguientes.

²⁰³ HORVITZ, M. (con LÓPEZ, J.) *Derecho Procesal Penal Chileno*, tomo I, *op.cit.*, pp. 458-463. A su vez, téngase presente la referencia a la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en HORVITZ, M. 1994, *La influencia de la Convención Europea de Derechos Humanos y la jurisprudencia de sus órganos en el proceso penal europeo. Proceso penal y derechos fundamentales*, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Colección de Estudios, 1.

²⁰⁴ HORVITZ, M. (con LÓPEZ, J.) *Derecho Procesal Penal Chileno*, tomo I, *op.cit.* p. 461.

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 462.

Nacional Económica y el Ministerio Público en una serie de materias relacionadas con las cuestiones que venimos tratando

Una de las formas que es posible sugerir a partir de la experiencia comparada para materializar esta coordinación es la dictación de *memorándums* que abordan los tópicos más problemáticos de la ley, es decir, la producción de prueba, las imputaciones a los sujetos investigados, la delación compensada y la vulneración de derechos.²⁰⁶ En virtud de ello, se podría aclarar las funciones de cada órgano y hacer más eficiente el sistema.²⁰⁷

El estudio de la reciente experiencia internacional en la criminalización de la colusión permite considerar como un buen modelo al australiano, que es muy útil por las coincidencias que presenta con nosotros, ya que consiste en un caso de criminalización reciente con un diseño institucional muy semejante, con tropiezos iniciales en la coordinación entre las agencias.²⁰⁸

En Australia se optó por la coordinación mediante *memorándums* de entendimiento entre los órganos de persecución.²⁰⁹ En el *Memorandum of Understanding* se regularon las siguientes cuestiones:

²⁰⁶ Durante la tramitación del proyecto de ley, la primera mención relevante de la coordinación fue hecha por el Ministerio Público en su exposición ante la comisión de Economía del Senado. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la ley 20.945, segundo trámite constitucional, p. 60. En la tramitación del proyecto se llegó a presentar una indicación que obligaba a las fiscalías a trabajar coordinadamente. Los Senadores Tuma, Navarro y Ossandón presentaron la indicación que contenía el artículo 286 *quinquies*, donde se establecía la coordinación obligada entre los órganos, se permitía la celebración de convenios de colaboración y se indicaba que la FNE debía solicitar la opinión del Ministerio Público antes de solicitar medidas intrusivas. Sin embargo, esta indicación ni siquiera llegó a la discusión, puesto que fue retirada por sus autores. *Ibid.*, pp. 150 y 200.

²⁰⁷ Esto ocurre en el caso canadiense. A modo ejemplar, ver punto 1.1, 7. Memorandum of Understanding between the Commissioner of Competition and the Director of Public Prosecutions. Previo al despacho del proyecto de ley, Nehme y Gorab también sugerían la elaboración de guías o memorándums, mencionando la experiencia canadiense. NEHME, N. y GORAB, D. 2015. En: Puntos de Referencia ¿cárcel para la colusión? Seis opiniones. Centro de Estudios Públicos, edición on line número 409 [en línea] <http://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160304/asocfile/20160304101409/pder409_RBergoeing-LSierra.pdf> [consultado el 16-08-2016], pp. 11-13. Ver también GAMBLE, R. 2011. Between a Rock and a Softer Place: Cartel Settlements in Australia and Canada Monash University Law Review, 37 (3): 191-192.

²⁰⁸ GAMBLE, R. *op.cit.*, pp. 196 y siguientes.

²⁰⁹ Memorandum of Understanding between the Commonwealth Director of Public Prosecutions and the Australian Competition and Consumer Commission regarding Serious Cartel Conduct.

- i. Obligación de la agencia de competencia de reunir la evidencia.²¹⁰
- ii. Criterios para el ejercicio de la acción penal.²¹¹
- iii. Asesorías del COPP (Ministerio Público australiano) al órgano de competencia para la ejecución de diligencias de prueba e incluso para la petición del persecutor penal de realización de actuaciones de investigación adicionales.²¹²
- iv. Certezas sobre el mecanismo de inmunidad, semejante a nuestra delación compensada.²¹³
- v. Obligación de sostener reuniones periódicas y designación de representantes de ambos órganos para la coordinación en la persecución.²¹⁴

También es útil revisar el caso canadiense, donde igualmente existe un *Memorandum* que trata ciertos tópicos en la coordinación de los órganos de persecución. Este *memorandum* establece la obligación de los órganos de consultarse mutuamente, fija la producción de prueba en el órgano de competencia con asesoría activa del persecutor penal en cuestiones como la producción de prueba, la ejecución de medidas intrusivas y la implementación de la delación compensada; contempla reglas sobre la delación compensada propiamente tal, establece la designación de autoridades para la coordinación conjunta y aborda los deberes de confidencialidad, entre otras cuestiones.²¹⁵

Sobre el diseño institucional australiano, FOX, E. y TREBILCOCK, M. 2012. The Design of Competition Law Institutions and the Global Convergence of Process Norms: The GAL Competition Project. LAW & ECONOMICS RESEARCH PAPER SERIES WORKING PAPER, 12-20. [en línea] <<http://papers.ssrn.com/abstract=2128913>> [consultado el 16-08-2016], pp. 21-23

²¹⁰ Memorandum of Understanding between the Commonwealth Director of Public Prosecutions and the Australian Competition and Consumer Commission regarding Serious Cartel Conduct.

²¹¹ Con la precisión de que el sistema le otorga a la ACCC solo la iniciativa sobre la remisión de los antecedentes, pero la decisión de iniciar la investigación penal queda sobre los hombros del persecutor penal. *Id.*

²¹² *Id.*

²¹³ *Id.*

²¹⁴ *Id.*

²¹⁵ Memorandum of Understanding between the Commissioner of Competition and the Director of Public Prosecutions (Canadá).

Cuestión semejante ocurre en el caso sudafricano, de criminalización en el año 2016, donde se trabaja en un memorándum de entendimiento entre la Competition Commission y la National Prosecuting Authority.²¹⁶

Incluso más, nótese que esta coordinación se observa incluso en sistemas de persecución muy diferentes al chileno, como ocurre en el caso estadounidense que tiene un diseño de protección conjunta con elección entre la vía penal o administrativa.²¹⁷ A pesar de las diferencias de diseño de protección y persecución, en Estados Unidos se exige coordinación desde los inicios de la investigación al interior del Departamento de Justicia.²¹⁸

Ahora bien, sin perjuicio de que se hagan esfuerzos de coordinación entre los órganos de persecución, el sistema penal deberá reaccionar en los casos en que acabe llegando material probatorio deficiente desde el primer procedimiento. Concretamente, respecto de la legalidad penal de la prueba, Hernández sostiene que aceptar cómo penalmente válida la prueba producida por la FNE únicamente por haber sido obtenida en un procedimiento anterior “implicaría aceptar un ordenamiento jurídico contradictorio, que permite que valga en sede penal lo que en ésta bajo ningún respecto se podría haber hecho, sólo porque en el caso particular se hizo en una sede distinta.”²¹⁹ Ante esa situación, el autor plantea que la solución más correcta es optar por la exclusión de dicha prueba en sede penal.²²⁰

²¹⁶ Cartel criminalized in South Africa. [en línea] <<http://www.nortonrosefulbright.com/knowledge/publications/140886/cartels-criminalised-in-south-africa>> [consultado el 05-11-2016].

²¹⁷ *Supra*, p. 35.

²¹⁸ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. Memorandum for the assistant attorney general, antitrust division, 9 de septiembre de 2015, pp. 2-3.

²¹⁹ HERNÁNDEZ, H. *Actividad administrativa...*, *op.cit.*, p.576.

²²⁰ Hernández arriba a dicha conclusión luego de analizar las propuestas surgidas desde el derecho alemán que en ninguna de sus vertientes permite la eficacia de esta prueba en el proceso penal. *Ibid.*, p.576. En concreto, el autor afirma que “En esa perspectiva parece preferible la solución a través de la exclusión de prueba, que atiende de mejor manera a dicho interés general en la persecución, en cuanto no renuncia *in totum* a la misma, sino que sólo limita sus posibilidades en la medida que resulta indispensable para satisfacer garantías básicas.” *Ibid.*, p. 584-586.

Estamos de acuerdo con Hernández, puesto que el sistema debe tener la capacidad de asegurar las diversas garantías penales apenas pueda superarse el límite de lo meramente administrativo, por lo que las reglas del artículo 64 deben ser interpretadas únicamente de este modo: o bien se respetan sin matices las garantías penales en la obtención de la prueba en sede administrativa, colocando una carga mucho más alta sobre las espaldas de la Fiscalía Nacional Económica, o dicha prueba no será eficaz en el proceso penal, dentro del cual se podrán utilizar todas las oportunidades legales para excluirla.

Por lo anterior, la situación que hemos descrito desembocará, finalmente, en el problema de la prueba ilícita, esto es, “aquella obtenida con inobservancia de garantías fundamentales.”²²¹ Esta prueba, conforme a la doctrina, adolecerá de ineficacia probatoria, lo que se traduce en que será inutilizable y excluible en las etapas procesales correspondientes.²²² Por ello, los intervinientes podrán hacer valer la ineficacia de la prueba ilícita que obtenga el Ministerio Público desde el procedimiento administrativo mediante la inutilizabilidad de dicha prueba durante la etapa de investigación penal, a través de la exclusión por ilicitud de la prueba en la audiencia de preparación de juicio oral o mediante el recurso de nulidad por haberse infringido sustancialmente

²²¹ LÓPEZ, J. (con HORVITZ, M), *Derecho Procesal Penal Chileno*, tomo II, *op.cit.*, p. 168. En cuanto a la extensión de los efectos de la declaración de ineficacia de la prueba ilícita que el Ministerio Público intente incorporar en juicio, compartimos con López la apreciación de que dicha ineficacia debe alcanzar a la exclusión del elemento probatorio ilícitamente obtenido y también de los elementos probatorios derivados. *Ibid.*, pp. 218-223. En términos semejantes, Hernández también previene sobre la falsa discusión sobre los frutos de la ilicitud, demarcando que todo el material que provenga de la actuación ilícita deberá ser excluido, a excepción de aquellos que se encuentran fuera de los límites de esta ilicitud, como los que no presentan relación causal con la actuación infractora o los que provienen de hipótesis de investigación lícita. Nótese entonces que no se trata de que el hecho se convierta en ilícito ni menos que no se puede probar, sino que solo ocurre que la prueba que se obtiene de una diligencia ilícita debe ser excluida. HERNÁNDEZ, H. 2002. *La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno*. Confección de Investigaciones Jurídicas, Universidad Alberto Hurtado, 2: 76-85.

²²² Nótese que conforme a la legislación procesal se debe precisar que la prueba ilícita puede ser aquella obtenida con inobservancia de garantías fundamentales y también la prueba que proviene de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas (artículo 276 del CPP). Ahora bien, sin perjuicio del sentido que le demos a esta hipótesis secundaria, el alcance de la nulidad procesal en torno a las actuaciones de investigación es escaso, puesto que dicho mecanismo solo influye sobre actuaciones o diligencias judiciales. Discusión graficada por Julián López en LÓPEZ, J. (con HORVITZ, M) *Derecho Procesal Penal Chileno*, tomo II, *op.cit.*, pp. 189-192 y 206-210. Misma precisión en HERNÁNDEZ, H. *La exclusión de la prueba ilícita...., op.cit.*: 44-45.

derechos o garantías aseguradas en la Constitución o los tratados vigentes en Chile durante la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia.²²³

5.- Aplicación residual del Artículo 285 del Código Penal.

Todo lo que hemos tratado hasta aquí se refiere principalmente a las reglas del nuevo título V del Decreto Ley 211. En cambio, en este título final saldremos de la ley antimonopolio para revisar si la vigencia del artículo 285 del Código Penal puede provocar conflictos al sistema de persecución penal que el legislador articuló en la ley 20.945.

Como vimos en el capítulo II, el artículo 285 del Código Penal es una norma anterior a la más primitiva legislación de defensa de la libre competencia. A su vez, quedó completamente fuera de toda la reglamentación que dispuso el legislador para el tipo penal de colusión del artículo 62 del Decreto Ley 211, vale

²²³ Sobre la inutilizabilidad de la prueba, el profesor López señala que “un procedimiento penal coherente, que entiende la etapa de investigación como una fase preparatoria del juicio oral, no puede aceptar que elementos probatorios que son ineficaces para fundar la sentencia definitiva puedan resultar eficaces para justificar resoluciones provisionales durante la etapa preliminar. LÓPEZ, J. (con HORVITZ, M) *Derecho Procesal Penal Chileno*, tomo II, *op.cit.* p. 205. Se añade luego que “Puesto en posición de dictar una medida cautelar o una medida intrusiva con base en elementos probatorios obtenidos ilícitamente, el juez de garantía debe, entonces, negarse a reconocerles valor para tal efecto, en el entendido de que dichos elementos no son eficaces para justificar una decisión de condena, ni pueden serlo para justificar una resolución provisional orientada a ese mismo fin.” *Ibid.*, p. 211. Respecto de la exclusión en la audiencia de preparación de juicio oral, ver HERNÁNDEZ, H. *La Exclusión de la prueba ilícita...*, *op.cit.*, pp. 72-73 y LÓPEZ, J. (con HORVITZ, M). *Derecho Procesal Penal Chileno*, tomo II, *op.cit.*, pp. 212-213. Por otra parte, sobre la causal del recurso de nulidad, MATURANA, C. y MONTERO, R. 2012. *Derecho Procesal Penal*, tomo II, *op.cit.*, p. 1226. Finalmente, cabe precisar, a pesar de lo expuesto por un sector importante de la doctrina nacional, que la audiencia de Juicio Oral no es la oportunidad para solicitar la exclusión de la prueba ilícita. Al respecto, López refiere que “lo que está en juego detrás del problema planteado es la completa estructura de la prueba ilícita en el proceso penal chileno” LÓPEZ, J. (con HORVITZ, M). *Derecho Procesal Penal Chileno*, tomo II, *op.cit.*, p. 200, ya que permitir la valoración de esta prueba por parte del tribunal oral puede convertirse en “un estímulo para que el juez (de garantía) se incline por negar lugar a la exclusión en la fase de admisión, transfiriendo así la función de controlar la prueba ilícita al tribunal de juicio oral en fase de valoración” *Ibid.*, pp. 200-201. Se agrega que “en el mejor de los casos convencerá al tribunal de juicio oral que nunca debió haber oído la prueba que llegó a sus oídos y le exigirá entonces un esfuerzo de la supresión mental de la prueba ilícita durante la valoración, con resultados del todo inciertos.” *Ibid.*, p. 203.

decir, a su respecto no aplican las reglas procesales especiales de legitimación activa, ni de exención o atenuación de responsabilidad penal por colaborar con la FNE, entre otras. Por tanto, desde ya puede afirmarse que el Ministerio Público podría iniciar de oficio, conforme a las reglas generales del Código Procesal Penal, una investigación por la comisión del tipo penal del artículo 285. Además, en el capítulo segundo también expusimos que la discusión académica sobre la interpretación del artículo está lejos de agotarse, a tal punto que las últimas publicaciones muestran posiciones completamente contrapuestas.²²⁴

Pues bien, si se diese que el Ministerio Público opta nuevamente por iniciar investigaciones por el delito de alteración fraudulenta de precios, podría ocurrir lo siguiente:

- a) En primer lugar, a menos de que el Ministerio Público actúe después de concluido el procedimiento administrativo, tendremos dos investigaciones paralelas, una encabezada por la Fiscalía Nacional Económica y otra por el Ministerio Público.
- b) En segundo término, una imputación por el tipo penal del artículo 285 podría poner en serio riesgo la operatividad de la delación compensada, ya que generará grandes desincentivos para delatarse.²²⁵

²²⁴Nos referimos principalmente a la discusión entre Matus y Hernández, y más recientemente a las publicaciones de Bascuñán y Salazar. *Supra*, pp. 38-45.

²²⁵ INFORME DE LA COMISIÓN ASESORA PRESIDENCIAL PARA LA DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, p. 21. Sobre la utilidad de la delación compensada, véase GONZÁLEZ, A. 2007. Concepto y aplicación de la delación compensada en la persecución de los carteles. En *Foco*, 100.: 6 y siguientes. Por su parte, si comparamos el proyecto original con la ley vigente vemos dos elementos donde se manifiesta la discusión sobre la delación compensada en el Congreso. El primero es el momento de ejercicio de la acción penal, que originalmente estaba puesto junto al requerimiento y luego fue colocado una vez que exista sentencia firme y ejecutoriada y el otro es la atenuación de responsabilidad penal para el segundo delator, que no existía en el proyecto original ni tampoco en el despachado por la Cámara de Diputados, a pesar de que muchos diputados e invitados hicieron notar esta carencia. Cf. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la ley 20.945, primer trámite constitucional, pp. 3-29 y texto vigente del título V del DL. 211.

A nuestro juicio, las dos situaciones anteriores pueden provocar o acentuar una serie de problemas en la persecución administrativa y penal de la colusión.

En primer lugar, en caso de convivir dos procedimientos independientes y paralelos, probablemente surgirían cuestionamientos similares a los que planteamos en el título segundo de este capítulo en relación con el principio *ne bis in ídem*.²²⁶ Asimismo, es muy probable que el empleo del artículo 285 a través de una investigación paralela se traduzca en una coordinación muy precaria entre la Fiscalía Nacional Económica y el Ministerio Público. En cuanto a este último punto, probablemente se generaría una suerte de competencia entre los órganos de persecución por la obtención de las pruebas, lo que terminaría afectando al éxito de ambos procedimientos.

Finalmente, la concurrencia de dos órganos persecutores actuando de forma independiente y paralela eleva el riesgo de vulneración de derechos fundamentales. En este supuesto, ambos órganos podrán ejecutar independientemente las facultades investigativas que la ley les otorga, entre las cuales se encuentran las medidas intrusivas de derechos, en ambos casos. Por ello, si conviven dos investigaciones paralelas descoordinadas, pueden reiterarse innecesaria o excesivamente las medidas intrusivas.²²⁷

En cuanto a la delación compensada, es muy poco probable que alguien quiera delatarse en sede administrativa si es investigado en paralelo o puede llegar a ser investigado luego por el Ministerio Público por un tipo penal distinto del contemplado en el artículo 62 del DL. 211, sin que pueda hacer valer esa delación como exención o atenuación de la responsabilidad penal.²²⁸ En efecto, la ley 20.945 no solo no se pronunció sobre la vigencia del artículo 285 del

²²⁶ *Supra*, pp. 70-88.

²²⁷ *Supra*, pp. 104-105.

²²⁸ NEHME, N. y GORAB, D., *loc.cit.*

Código Penal, sino que también omitió cualquier efecto que la delación compensada pudiese llegar a tener respecto de este tipo penal.²²⁹

Sin perjuicio de que la poca experiencia jurisprudencial señala que el Ministerio Público fracasó al imputar el delito de alteración fraudulenta de precios, ya sea porque el tipo penal se interpretó de una forma distinta o porque no tuvo acceso a los antecedentes de la Fiscalía Nacional Económica, nada obsta a que en un futuro, más o menos lejano, vuelva a intentar investigar por este delito, ya sea porque entiende que en un caso concreto sí se dan los supuestos del tipo penal o porque la presión mediática es insostenible.²³⁰

En este contexto, con anterioridad a la promulgación de la ley se destacó la incertidumbre que provoca en el desarrollo normal del sistema de protección de la libre competencia la existencia de un artículo como el 285, aún a pesar de su ambigüedad.²³¹

La discusión llegó luego a la tramitación del proyecto de ley en el Congreso, donde las iniciativas que apuntaron a la derogación de la norma fueron

²²⁹ Artículo 63 del DL. 211. Al comienzo de la tramitación legislativa, el propuesto artículo 286 ter señalaba que la delación compensada haría que el delator estuviese “exento de responsabilidad criminal”, sin ninguna precisión adicional ni tampoco una remisión al propuesto artículo 286 bis, en circunstancias de que la norma vigente, es decir, el artículo 63 del DL. 211 utiliza la expresión “Estarán exentos de responsabilidad penal por el delito tipificado en el artículo 62”, esto es, omite toda referencia al comentado artículo 285. Debemos hacer presente también que, al modificar la expresión extremadamente abierta que utilizaba el texto original se evitó otras consecuencias negativas, tales como discutir la eventual exención de responsabilidad penal respecto de delitos relacionados con la información entregada por el delator o con los antecedentes de la investigación, pero que nada tengan que ver con la colusión.

²³⁰ El Ministerio Público se refirió a la presión ciudadana que puede recibir ante la posición que tiene en el diseño institucional chileno. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la ley 20.945, segundo trámite constitucional, p. 356. Respecto del acceso a los antecedentes de la investigación de la FNE, ver *supra*, p. 39 nota al pie número 62 y p. 49 nota al pie número 92.

²³¹ Véase exposición de Francisco Agüero en la comisión de Economía de la Cámara de Diputados, *Ibid.*, p. 139. Por su parte, si bien Bascuñán niega que la colusión sea subsumible en el artículo 285 del Código Penal, igualmente sugiere que, en la hipótesis de que se proceda primeramente con la investigación administrativa, y luego interviniese el Ministerio Público utilizando esta norma, la situación haría inoperante la delación compensada. BASCUÑÁN, A. *Estudios sobre la colusión*, *op.cit.*, p. 312. Por su parte, la comisión asesora presidencial también sugirió la derogación del artículo 285, con anterioridad a la tramitación del proyecto que acabaría convirtiéndose en la ley 20.945. INFORME DE LA COMISIÓN ASESORA PRESIDENCIAL PARA LA DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, pp. 16-18. Finalmente, solo respecto de la aplicabilidad del artículo en la doctrina especializada en libre competencia, VALDES, D., *Libre competencia y monopolio*, *op.cit.*, pp. 225-226.

rechazadas porque a esa fecha existían investigaciones penales no concluidas.²³² En efecto, en la comisión de Economía de la Cámara de Diputados en el primer trámite constitucional del proyecto que se transformaría en la ley 20.945, se rechazó una indicación que proponía la derogación del artículo en cuestión, en razón de la existencia de procesos penales pendientes.²³³ La preocupación por el artículo 285 del Código Penal también se extendió, en dicha comisión, a las exposiciones de algunos de los invitados, como María Elina Cruz, Susana Jiménez y Julio Pellegrini, quienes advirtieron sobre la necesidad de derogar esta norma.²³⁴

Aún más, la profesora Nicole Nehme señaló expresamente que el artículo 285 del Código Penal “puede quedar como una acción residual de colusión en la que la FNE no tiene el monopolio de la acción.”²³⁵ Luego de ello Nicole Nehme agregó que “en el mediano plazo debiera pensarse en hacer congruente toda la legislación, porque si hay un tipo de colusión en el decreto ley 211, pero la jurisprudencia sigue interpretando que hay también un tipo residual en el Código Penal, y en ese caso no está el resguardo de que la acción sea exclusiva del Fiscal Nacional Económico, nos encontramos con que la protección que se le quería dar al sistema se pierde.”²³⁶

En la misma discusión en el Congreso, Mañalich, si bien relativizó la importancia de la superposición de tipos penales, igualmente dejó ver la posibilidad de discutir legislativamente el alcance de la delación compensada al tipo penal del artículo 285 del Código punitivo.²³⁷

En nuestro concepto, todos los eventuales problemas relacionados con esta norma se evitarían simplemente con la derogación de este antiguo

²³² En la tramitación del proyecto se rechazaron indicaciones que proponían la derogación del artículo 285, así como también se retiraron otras indicaciones que pretendían regular esta cuestión mediante normas transitorias. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la ley 20.945. Segundo trámite constitucional, pp. 201-202.

²³³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la ley 20.945, primer trámite constitucional, pp. 109-110. Este punto fue tocado también en la comisión de Constitución de la Cámara de Diputados. *Ibid.*, p. 190.

²³⁴ *Ibid.*, pp. 134-167.

²³⁵ *Ibid.*, p. 153

²³⁶ *Id.*

²³⁷ *Ibid.*, p. 162.

artículo que ha tenido escasísima aplicación práctica en todo su periodo de vigencia. Si bien podríamos suponer que con el tipo penal que se agregó al DL. 211 el Ministerio Público no volverá a utilizar esta norma, su aplicación no nos parecería demasiado sorprendente, puesto que ya sabemos que existe una interpretación de la norma que escapa de la colusión y que podría abrirle una puerta al Ministerio Público ante la deficiente coordinación actual entre ambos órganos de persecución.²³⁸ Además, el Ministerio Público ha dicho, en variadas ocasiones, que le incomoda la posición en que lo dejó la ley 20.945 respecto de la legitimación para ejercer la acción penal.²³⁹

Creemos que la norma en análisis debió ser derogada expresamente en la ley 20.945, puesto que la existencia de procedimientos pendientes no es un obstáculo para que el Congreso legisle sobre la vigencia de una norma de derecho positivo, máxime si confluyen todos los fundamentos que hemos expuesto en este capítulo y si existe consenso en torno a la pertinencia de la derogación. Sin embargo, la investigación pendiente que frenó la discusión legislativa, esto es, la colusión del papel Tissue, actualmente encuentra concluida, puesto que el Ministerio Público manifestó su decisión de no perseverar por no haber podido acceder a la información que consta en la carpeta de investigación de la Fiscalía Nacional Económica. Por ello, ya no existen fundamentos para no proponer la eliminación de esta regla en un futuro cercano, con tal de evitar agregar más conflictos a una legislación que ya hemos demostrado que es deficiente.²⁴⁰

²³⁸ Ello fue considerado en el Congreso, donde se creyó contribuir a la coordinación con el contenido del artículo 64. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la ley 20.945, tercer trámite constitucional, p. 56.

²³⁹ Ver discusión sobre constitucionalidad del mecanismo del artículo 64 del DL. 211, *supra*, pp. 61 y siguientes.

²⁴⁰ La investigación penal sobre la colusión del papel higiénico concluyó en enero de 2016, luego del fallo de 08 de enero de dicho año del Tribunal Constitucional en el que se le acabó por denegar los antecedentes al Ministerio Público. La discusión sobre la derogación del artículo 285 tiene lugar principalmente en la comisión de economía de la cámara baja, en abril de 2015. Ver nota al pie número 62, *supra* p. 39.

CONCLUSIONES

Hemos tenido la oportunidad de revisar los aspectos procesales relevantes de la ley de perfeccionamiento del sistema de defensa de la Libre Competencia, que creó el nuevo título V e introdujo una serie de modificaciones en el DL. 211. Luego de todo lo que hemos expuesto, podemos sostener que las modificaciones que hemos estudiado presentan una serie de conflictos procesales en la persecución penal de la colusión. A modo de conclusión, podemos afirmar lo siguiente:

1.- Se ha planteado un supuesto problema de constitucionalidad del artículo 64 del DL. 211, en relación con el artículo 83 de la Carta Fundamental, al limitar el inicio de la investigación penal únicamente a la querrela del Fiscal Nacional Económico. No compartimos los argumentos del Ministerio Público al sostener que esta norma es inconstitucional, puesto que el legislador ha establecido el artículo 64 en uso de la reserva de ley que la Constitución contempla en este ámbito.

2.- El legislador ha permitido expresamente la acumulación de las sanciones penales y administrativas para las personas naturales que tengan participación en un caso de colusión. En dicha hipótesis, conforme a la doctrina y jurisprudencia mayoritaria respecto de la aplicación de las garantías penales al derecho administrativo sancionador y a las razones que expusimos para concluir que las sanciones que puede imponer el TDLC son sanciones administrativas, habrá infracción al principio *ne bis in ídem* si se sanciona a los mismos sujetos por los mismos hechos en sede de libre competencia y en un juicio penal.

3.- La secuencialidad que se construyó a partir de las modificaciones que introdujo la ley 20.945, en aquellos casos en que la FNE solo persiga a personas jurídicas, no admite que las personas naturales eventualmente imputadas en la investigación penal planteen las alegaciones que estimen pertinentes en el primer procedimiento. Por ello, la ley ha favorecido situaciones de vulneración al derecho a defensa, las que pueden evitarse interpretando de forma amplia ciertas normas del DL. 211 para permitir a las personas naturales afectadas hacer valer sus derechos. Además, el sistema penal no podrá utilizar válidamente antecedentes que provengan de actuaciones que hayan vulnerado este derecho, garantizado en la Constitución y en tratados vigentes en Chile.

4.- El artículo 64 del DL. 211 contempla una homologación entre la autorización judicial del juez de garantía con la del Ministro de Corte de Apelaciones para efectos de cumplir con la exigencia del artículo 9° del Código Procesal Penal en las medidas intrusivas del artículo 39 letra n) de la ley antimonopolio. Dicha norma no significa que los antecedentes que provengan de estas diligencias sean penalmente legales, sino que solo cumplen con autorización judicial previa, por lo que pueden formularse cuestionamientos de legalidad ante el Juez de Garantía y la Corte Suprema mediante el recurso de nulidad.

5.- Lo mismo ocurre con los restantes antecedentes que el Ministerio Público obtenga mediante el alzamiento de confidencialidad de piezas del expediente de la FNE. En esta hipótesis además se observan casos complejos como la prueba que provenga de la absolución de posiciones o ciertas facultades de la FNE que podrían lesionar derechos fundamentales y escapen al listado del artículo 39 letra n).

6.- Las deficiencias que enumeramos en los puntos anteriores podrían obligar al Ministerio Público a realizar nuevas medidas intrusivas de derechos a un punto que puede superar el límite de lo permitido conforme al principio de proporcionalidad. Para evitar ello y garantizar de mejor forma la utilidad penal de los antecedentes de la Fiscalía Nacional Económica, ambos

órganos de persecución debiesen trabajar en *memorándums* de entendimiento para la coordinación y el trabajo conjunto.

7.- Finalmente, sin perjuicio de que ha tenido escasa aplicación jurisprudencial, el artículo 285 sigue siendo un riesgo para la eficiencia completa del sistema, por lo que el legislador debiese pensar en derogar la norma en un futuro próximo.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

1. AGÜERO, F. y MONTT, S. 2013. Chile. The Competition Law System and the Country's Norms, En: *The Design of Competition Law Institutions: Global Norms, Local Choices*. Oxford: Oxford University Press.
2. ASECIO, J. 1998. *Derecho procesal penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
3. BASCUÑÁN, A. 2016. *Estudios sobre la colusión*. Santiago: Thomson Reuters.
4. BERNEDO, P. 2013. *Historia de la Libre Competencia en Chile 1959-2010*. Santiago: Ediciones Fiscalía Nacional Económica.
5. BERMUDEZ, J. y CORDERO, E. 2010. Capítulo VII: Contravenciones Aduaneras. En: *Delitos y Contravenciones Aduaneras*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
6. CAROCCA, A. 2005. *Manual. El nuevo sistema Procesal Penal*. Santiago: Editorial Lexis Nexis.
7. CHAHUÁN, S. 2009. *Manual del Nuevo Procedimiento Penal*, 6ª ed., Santiago: Editorial Legal Publishing.
8. CURY, E. 2005. *Derecho Penal. Parte General*. 8ª ed. Santiago: Universidad Católica de Chile.
9. DEL RIO, J. 1935. *Derecho Penal*. Santiago: Nacimiento.
10. ETCHEBERRY, A. 1998. *Derecho Penal*, parte especial. 3ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
11. FERRADA, F. 2011. *La prueba ilícita en el sistema procesal civil*. Santiago: Legal Publishing.

12. FOX, E; FIRST, H y HEMLI, D. 2013. The United States. En: *The Design of Competition Law Institutions: Global norms, local choices*. Oxford: Oxford University Press.
13. FUCHS, A. 2016. *A comparative assessment of antitrust institutional designs: who should be the decision-maker and what should be the scope of judicial review: lessons from Chile*. LL.M. 50- Page Paper. Harvard University.
14. GARBERÍ, J. y BUITRÓN, G. 2008. *El procedimiento administrativo sancionador*, tomo I. Madrid: Tirant lo Blanch.
15. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. 2004. *Curso de derecho administrativo*. 9ª ed. Madrid: Editorial Civitas.
16. GONZÁLEZ, A. 2011. Prácticas Colusivas. En: *La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*. Santiago: Thomson Reuters Puntolex.
17. HORVITZ, L y LÓPEZ, J. 2003. *Derecho Procesal Penal Chileno*, tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
18. ----- . 2003. *Derecho Procesal Penal Chileno*, tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
19. HUERGO, A., 2007. *Las sanciones administrativas*. Madrid: Iustel.
20. JAKOBS, G. 1997. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons.
21. LABATUT, G. 1996. *Derecho penal, parte especial*. 7ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
22. LIANOS, I y ANDREANGELI, A. 2013, Institutional Design and Decision/Making Processes in European Competition Laws and Policy. En: *The Design of Competition Law Institutions: Global norms, local choices*, Oxford: Oxford University Press.
23. PODGOR, E. y ISRAEL. 1997. J. *White collar crime in a nutshell*, West, St. Paul.
24. MAIER, J. 1989. *Derecho Procesal Penal Argentino*. Fundamentos. Buenos Aires: Hammurabi.

25. MATURANA, C. y MONTERO, R. 2012. *Derecho Procesal Penal*, 2ª ed. tomo I. Santiago: Thomson Reuters.
26. MATURANA, C. y MONTERO, R. 2012. *Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., tomo II. Santiago: Thomson Reuters
27. NIETO, A. 2005. *Derecho Administrativo Sancionador*. 4ª ed. Madrid: Editorial Tecnos.
28. ROMERO, J. 2013. *Ejecución y cumplimiento de un marco normativo de libre competencia: influencias y opciones de diseño*. Tesis doctoral, Salamanca: Universidad de Salamanca.
29. ROXIN, C. 1997. *Derecho Penal*. Parte General I. Madrid: Civitas.
30. SALINAS, C. 2010. *Derecho Administrativo Sancionador. El régimen sancionador eléctrico en Chile*. Santiago: Thomson Reuters Puntotex.
31. SANTAMARÍA, J. 2002. *Principios del Derecho Administrativo*. 3ª ed., vol. II. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.
32. SILVA, J. 2001. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal de las sociedades postindustriales*, 2ª ed. Madrid: Civitas.
33. SUAY, J. 1989. *Sanciones administrativas*. Zaragoza: Editorial Bolonia: Real Colegio de España.
34. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 2011. *Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2011)*, cuaderno del Tribunal Constitucional, número 45, Santiago: Tribunal Constitucional.
35. VALDÉS, D. 2006. *Libre competencia y monopolio*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
36. ----- . 2009. *La culpabilidad en el ilícito infraccional*. En *La Primacía de la Persona Humana*. Santiago: Legal Publishing.
37. VELOZO, J. y GONZÁLEZ, D. 2011. Reflexiones en torno a algunas facultades extrajurisdiccionales del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. En *La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*. Santiago: Thomson Reuters Puntotex.

38. VERGARA, A. 2004. *Derecho Eléctrico*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Artículos en revistas

1. AGÜERO, F. 2004. *Nuevos elementos para el debate sobre el bien jurídico libre competencia*. Boletín latinoamericano de competencia. 19: 124-133.
2. AGÜERO, F y TORO, L. 2010. *Límites a la potestad inspectora de la administración: el caso de la fiscalía nacional económica*. Revista de Derecho Económico, 75: 17-59.
3. BAJO, M. 1973. *El Derecho penal económico: un estudio de Derecho positivo español*. Anuario de derecho penal y ciencias penales. 26: 91-141.
4. BERMÚDEZ, J. 1998. *Elementos para definir las sanciones administrativas*. Revista Chilena de Derecho, número especial: 323-334.
5. BORDALÌ, A. 2011. *La acción penal y la víctima en el derecho chileno*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXVII: 513-545.
6. CANO, T. 2001. *Non bis in ídem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho Administrativo Sancionador*. Revista de Administración Pública. 156: 191-249.
7. CAROCCA, A. 2002. *La defensa en el nuevo proceso penal*. Revista chilena de Derecho, 29 (2):283-301.
8. CEREZO, J. 1975. *Límites entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo*. ADPDC, 28: 159-173.
9. CORDERO, E. 2012. *El Derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho Penal*. Revista de Derecho Universidad Austral de Chile, XXV (2): 131-157.
10. ----- . 2014. *Los principios que rigen la potestad sancionadora de la administración en el Derecho Chileno*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XLII.: 399-349.

11. DEPOLO, R. 1997. *El Régimen Jurídico de defensa de la competencia en Chile. Algunas proposiciones para su despenalización*. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. XVIII: 435-441.
12. GAMBLE, R. 2011. *Between a Rock and a Softer Place: Cartel Settlements in Australia and Canada*. Monash University Law Review, 37 (3): 176-202.
13. GANDULFO, E. 1999. *Principios del Derecho Procesal Penal en el nuevo sistema de procedimiento chileno*. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, XX: 415-474.
14. GARCÍA DE ENTERRIA, E. 1976. *El problema jurídico de las sanciones administrativas*. REDA, 10: 399-430.
15. ----- .1982. *La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionadora de la Administración: dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional*. Revista Española de Derecho Administrativo, 29: 359-368.
16. GARCÍA, P. 2004. *Los delitos contra la libre competencia*. Revista de Derecho, 5: 11-55.
17. GARCÍA, W. 2008. *Aplicación de las garantías penales al Derecho Administrativo Sancionador*. La Semana Jurídica, 368: 5-6.
18. GONZÁLEZ, A. 2007. *Concepto y aplicación de la delación compensada en la persecución de los carteles*. En Foco, 100.
19. HAW, R. 2011. *Amicus Briefs and the Sherman Act: Why Antitrust Needs a New Deal*. Texas Law Review, 1247: 1247-1291.
20. ----- . 2012. *Adversarial Economics in Antitrust Litigation: Losing Academic Consensus in the Battle of the Experts*. Northwestern University Law Review, 106: 1261-1306.
21. HERNÁNDEZ, H. 2002. *La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno*. Confección de investigaciones Jurídicas, Universidad Alberto Hurtado, 2.
22. ----- . 2012. *La punibilidad de la colusión (secreta) de precios en el derecho chileno*. Política criminal, 7 (13): 147-167.
23. HORVITZ, M. 1994, *La influencia de la Convención Europea de Derechos Humanos y la jurisprudencia de sus órganos en el proceso penal europeo*.

- Proceso penal y derechos fundamentales*, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Colección de Estudios, 1.
24. MAÑALICH, J. 2011. *El principio ne bis in ídem en el Derecho Penal Chileno*. Revista Estudios de la Justicia, 15: 139-169.
- 25.----- . 2014. *El principio ne bis in ídem frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio*. Política criminal, 9 (18): 543-563.
26. MARTIN-RETORTILLO, L. 1976. *Multas administrativas*. Revista de Administración Pública. 79: 9-65.
27. MATUS, J. P. 2012. *Sobre la falta de punibilidad en Chile de los acuerdos de precios*. Política Criminal, 7(14): 318-356.
- 28.----- . 2013. *De nuevo sobre la falta de punibilidad de los atentados contra la libre competencia, de conformidad con el Art. 285 del Código penal. Algunos aspectos de la discusión con Héctor Hernández en Política Criminal*. Política criminal, 8 (15): 314-362.
29. OLTRA, I. 2015. *La prueba ilícita en materia de libre competencia*. Revista de Derecho Universidad Austral, XXVIII (2): 169-192.
30. PARADA, J. 1972. *El poder sancionador de la administración y la crisis del sistema judicial penal*. Revista de Administración Pública, 67: 41-91.
31. PIEDRABUENA, G. 2016. *Las potestades del Ministerio Público en la investigación de los delitos tributarios*. Revista de Derecho Público. 84: 115-153.
32. PRIETO, L. 1982. *La jurisprudencia constitucional y el problema de las sanciones administrativas en el Estado de Derecho*. Revista Española de Derecho Constitucional, 2 (4): 99-122.
33. RAMIREZ, M. 2010. *El criterio de interpretación del principio non bis in ídem previsto en el artículo 45.3 de la Constitución española*. Revista Ius et Praxis, 16 (1): 287-302.
34. RIEGO, C. 2014. *La expansión de las facultades de la víctima en la Reforma Procesal Penal y con posterioridad a ella*. Política criminal, 9 (18): 668-690.

35. RODRIGUEZ, L. 1987. *Bases para distinguir entre infracciones criminales y administrativas*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 11: 117-163.
36. ROMÁN, C. 2009. *El derecho administrativo sancionador en Chile*. Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo, 16: 89-101.
37. ----- . 2010. *El Castigo en el Derecho Administrativo*. Derecho y Humanidades, 16 (1): 155-178.
38. ROSENBLUT, V. 2009. *El delito de alteración fraudulenta de precios*. Revista Jurídica del Ministerio Público, 40: 193-204.
39. SALAZAR, A. 2016. *La alteración de precios como fraude. Comentarios acerca del origen histórico del artículo 285 del Código Penal chileno y su interpretación*. Política Criminal, 11 (22): 391-438.
40. SCHWEITZER, H. 2011. *The European Competition Law: enforcement, system and the evolution of judicial review*, European Competition Law Annual 2009.
41. SOTO, E. 1980. *Notas para el estudio de la potestad sancionadora de la Administración*. Boletín de Investigaciones de la Pontificia Universidad Católica de Chile, VII (45).
42. TREBILCOCK, M.J. y IACOBUCCI, E. 2010. *Designing Competition Law Institutions: Values, Structure, and Mandate*. Loyola University Chicago Law Journal, 41.
43. VALDÉS, D. 2006, *El Injusto Monopólico*. Revista de Derecho de la empresa. Universidad Adolfo Ibáñez. 5: 39-56.
44. VERGARA, A, 2004. *Esquema de los principios del Derecho Administrativo Sancionador*. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, 11(2): 137-147.
45. WINTER, J. 2013. *Derecho Penal e impunidad empresarial en Chile*. Revista de Estudios de la Justicia, 19: 93-98.
46. ZAPATA, M. 2005. *El cinturón de seguridad del derecho a guardar silencio/prestar declaración del detenido: la intervención oportuna y efectiva del defensor*. Revista de Estudios de la Justicia, 6: 255-287.

Documentos presentados en Congresos, Conferencias o Reuniones:

1. CORDERO, E. 2014. Los principios y reglas comunes al procedimiento administrativo sancionador. En: *Sanciones Administrativas. X jornadas de Derecho Administrativo, Asociación de Derecho Administrativo (ADA)*, Santiago: Thomson Reuters.
2. ENTEICHE, N, 2014 ¿Qué es una sanción administrativa en Chile? En: *Sanciones Administrativas. X jornadas de Derecho Administrativo, Asociación de Derecho Administrativo (ADA)*, Santiago: Thomson Reuters.
3. HERNÁNDEZ, H. 2014. Actividad Administrativa, procedimiento sancionatorio-administrativo y proceso penal: algunas necesidades de coordinación legal. En: *Sanciones Administrativas. X jornadas de Derecho Administrativo, Asociación de Derecho Administrativo (ADA)*, Santiago: Thomson Reuters.
4. NOVOA, E. 1962. La legislación penal económica. En: *La Nueva Legislación y el Desarrollo Económico de Chile. Ciclo de Conferencias, Julio-Septiembre*. Santiago: Universidad Católica de Chile. Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales.
5. ROMÁN, C. 2014. Notas sobre el debido procedimiento administrativo sancionador. En: *Sanciones Administrativas. X jornadas de Derecho Administrativo, Asociación de Derecho Administrativo (ADA)*, Santiago: Thomson Reuters.

Documentos en línea:

1. BASCUÑÁN, A. 2015. En: Puntos de Referencia ¿cárcel para la colusión? Seis opiniones. Centro de Estudios Públicos, edición on line número 409 [en línea] <http://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160304/asocfile/20160304101409/pder409_RBergoeing-LSierra.pdf> [consultado el 16-08-2016]
2. Cartel criminalised in South Africa. [en línea] <<http://www.nortonrosefulbright.com/knowledge/publications/140886/cartels-criminalised-in-south-africa>> [consultado el 05-11-2016]

3. FOX, E. y TREBILCOCK, M. 2012. The Design of Competition Law Institutions and the Global Convergence of Process Norms: The GAL Competition Project. LAW & ECONOMICS RESEARCH PAPER SERIES WORKING PAPER, 12-20. [en línea] <<http://papers.ssrn.com/abstract=2128913>> [consultado el 16-08-2016].
4. GONZÁLEZ, A. 2015. En: Puntos de Referencia ¿cárcel para la colusión? Seis opiniones. Centro de Estudios Públicos, edición on line número 409 [en línea] <http://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160304/asocfile/20160304101409/pder409_RBergoeing-LSierra.pdf> [consultado el 16-08-2016].
5. International Competition Network. 2005. "Defining Hard Core Cartel Conduct Effective Institutions Effective Penalties. Building Blocks for Effective Anti-Cartel Regimes". 4th ICN Annual Conference, Bonn, Alemania: [en línea] <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc346.pdf>> [consultado el 11-07-2016].
6. MAÑALICH, J. (2011) Informe en Derecho: El Principio Ne bis in ídem en el Derecho Sancionatorio Chileno. Segunda parte. [en línea] <http://consultas.tdlc.cl/amilex_PORTAL/Web/Portal/LEX_POR_VerDocumento.aspx?q=sYtDApLJ+H8Q256gKD3mtBZqch8HJJ+l43S14pJRSvHi03W6mty+1G/f4sPVi2Aa> [consultado el 27-08-2016].
7. NEHME, N. y GORAB, D. 2015. En: Puntos de Referencia ¿cárcel para la colusión? Seis opiniones. Centro de Estudios Públicos, edición on line número 409 [en línea] <http://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160304/asocfile/20160304101409/pder409_RBergoeing-LSierra.pdf> [consultado el 16-08-2016].
8. ROMERO, J. 2007. Colusión de Empresas de Oxígeno: ¿Cuánta evidencia es suficiente? [En línea] <http://www.lcuc.cl/documentos_down/ColusiondeEmpresasdeOxigeno.pdf> [Consulta: 01 de noviembre de 2016].

Artículos periodísticos:

1. <<http://www.cooperativa.cl/noticias/economia/competitividad/libre-competencia/fiscal-nacional-critico-proyecto-anticolusion-que-se-discute-en-el/2016-06-13/170210.html>> (13-06-2016) [consultado: 18-08-2016]
2. <<http://www.t13.cl/noticia/politica/fiscal-abbott-endurece-criticas-proyecto-sanciona-colusion-antesala-su-votacion>> (13-06-2016) [consultado: 18-08-2016].

Documentos oficiales:

1. AUSTRALIA'S FEDERAL PROSECUTION SERVICE. Guidelines for the making of decisions in the prosecution process.
2. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la ley 19.911.
3. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la ley 20.361.
4. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la ley 20.945.
5. INFORME DE LA COMISIÓN ASESORA PRESIDENCIAL PARA LA DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA.
6. Memorandum of Understanding between the the Commonwealth Director of Public Prosecutions and the Australian Competition and Consumer Commission regarding Serious Cartel Conduct.
7. Memorandum of Understanding between the Commissioner of Competition and the Director of Public Prosecutions (Canadá).
8. U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. Memorandum for the assistant attorney general, antitrust division, 9 de septiembre de 2015.

Tratados y protocolos

1. Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos
2. Convención americana de Derechos Humanos.

Legislación:

1. Constitución Política de la República.
2. Código Penal.
3. Código Procesal Penal.

4. Código de Procedimiento Civil.
5. Decreto Ley 211.
6. Ley 18.216.
7. Ley 18.290.
8. Ley 19.450.
9. Ley 19.884.
10. Ley 19.911.
11. Ley 20.361.
12. Ley 20.770.
13. Ley 20.813.

Proyectos de ley:

1. Boletín número 6.442-03, de 01 de abril de 2009.
2. Boletín número 6.439-07, de 02 de abril de 2009.
3. Boletín número 6.438-03, de 02 de abril de 2009.
4. Boletín número 6.454-07, de 08 de abril de 2009.
5. Boletín número 8.822-07, de 07 de marzo de 2013.
6. Boletín número 9.028-03, de 17 de julio de 2013.
7. Boletín número 9.026-07, de 17 de julio de 2013.
8. Boletín número 9.046-03, de 01 de agosto de 2013.
9. Boletín número 9.742-03, de 26 de noviembre de 2014.
10. Boletín número 9.934-03, de 17 de marzo de 2015.
11. Boletín número 10.175-07, de 06 de julio de 2015.
12. Boletín número 10.366-03, de 02 de noviembre de 2015.
13. Boletín número 10.377-07, de 09 de noviembre de 2015.
14. Boletín número 9.950-03, de 16 de marzo de 2015.

Jurisprudencia nacional:

1. Contraloría General de la República, 22 de marzo de 2005, dictamen número 14.571.

2. Contraloría General de la República, 12 de diciembre de 2012, dictamen número 77.203.
3. Corte de Apelaciones de Santiago, 19 de marzo de 1914, en Gaceta de Tribunales, tomo I, número 82, 1914.
4. Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de diciembre de 2015, causa rol número 3.139-2015.
5. Corte de Apelaciones de San Miguel, 28 de marzo de 2016, causa rol número 2176-2015.
6. Corte de Apelaciones de Valparaíso, 27 de marzo de 1929, en Gaceta de Tribunales, número 86, 1929.
7. Corte Suprema, 10 de septiembre de 2009, causa rol número 3.357-2009.
8. Corte Suprema, 18 de mayo de 2010, causa rol número 5.443-2009.
9. Corte Suprema, 07 de septiembre de 2012, causa rol número 2.578-2012.
10. Corte Suprema, 29 de octubre de 2014, causa rol número 27.181-2014.
11. Corte Suprema, 20 de abril de 2015, causa rol número 6.239-2014.
12. Cuarto Tribunal Oral Penal de Santiago, 28 de julio de 2015, causa RIT número 531-2014.
13. Tribunal Constitucional, 26 de agosto de 1996, causa rol número 244.
14. Tribunal Constitucional, 17 de junio de 2003, causa rol número 376.
15. Tribunal Constitucional, 27 de julio de 2006, causa rol número 480.
16. Tribunal Constitucional, 26 de junio de 2008, causa rol número 725.
17. Tribunal Constitucional, 07 de septiembre de 2010, causa rol número 1.448-2009.
18. Tribunal Constitucional, 07 de junio de 2012, causa rol número 2.045-2011.
19. Tribunal Constitucional, 04 de julio de 2013, causa rol número 2.133-2011.
20. Tribunal Constitucional, 20 de agosto de 2013, causa rol número 2.381-2012.
21. Tribunal Constitucional, 08 de enero de 2016, causa rol número 2.934-2015.

22. Tribunal Constitucional, 28 de enero de 2016, causa rol número 2.773-2015.
23. Tribunal Constitucional, 09 de agosto de 2016, causa rol número 3.130-2016.
24. Tribunal Constitucional, 25 de agosto de 2016, causa rol número 2.896-2015
25. Tribunal Constitucional, 13 de diciembre de 2016, causa rol número 2983-2016.
26. Tribunal Constitucional, 27 de marzo de 2017, causa rol número 3177-2016.
27. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 23 de diciembre de 2010, causa rol número C-212-2010.
28. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 31 de enero de 2012, causa rol número C-184-2008.
29. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 15 de enero de 2014, causa rol número 244-2011.
30. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 25 de septiembre de 2014 en la causa rol número C-236-2011.

Jurisprudencia comparada:

1. Tribunal Constitucional español, 30 de enero de 1981.
2. Tribunal Constitucional español, 08 de junio de 1981.
3. Tribunal Constitucional Español, 03 de octubre de 1983.
4. Tribunal Constitucional español, 21 de enero de 1987, causa rol número 2/1987.
5. Tribunal Constitucional español, 15 de noviembre de 1990, causa rol número 181/1990.
6. Tribunal Constitucional Español, 25 de abril de 1994, causa rol número 120/1994.
7. Tribunal Constitucional Español, 02 de octubre de 1997.
8. Tribunal Supremo Español, sentencia del 09 de septiembre de 1991.

Otras fuentes:

1. BOFILL, J. 2012. Informe en Derecho, Rol 886-2012, Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago.
2. Seminario “Nueva ley de fortalecimiento del sistema de defensa de la libre competencia”, efectuado el 08 de septiembre del año 2016, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo.

ANEXO:

Anexo número 1:

Disco compacto que contiene todas las solicitudes formuladas por la Fiscalía Nacional Económica y las resoluciones de Ministros de Corte de Apelaciones respecto de medidas intrusivas del artículo 39 letra n) del DL. 211 en causas con sentencia firme y ejecutoriada a junio de 2016.

Anexo número 2:

Disco compacto con el registro de audio completo de la audiencia de preparación de juicio oral del caso “Farmacias”, RUC número 0900281513-0 y RIT número 7483-2009, del Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago.

Anexo número 3: Título V del DL. 211.

TÍTULO V

De las Sanciones Penales

Artículo 62. El que celebre u ordene celebrar, ejecute u organice 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, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.

Asimismo, será castigado con inhabilitación absoluta temporal, en su grado máximo, 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.

Para determinar las penas establecidas en los dos incisos anteriores, el tribunal no tomará en consideración lo dispuesto en los artículos 67 a 69 del Código Penal ni las reglas especiales de determinación de las penas establecidas en otras leyes y, en su lugar, aplicará lo siguiente:

1. Si no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes en el hecho, el tribunal podrá recorrer toda la extensión de la pena señalada por la ley al aplicarla.
2. Tratándose de la pena establecida en el inciso primero, si concurren una o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante, el tribunal impondrá la pena en su grado inferior. Si concurren una o más agravantes y ninguna atenuante, aplicará la pena en su grado superior.

3. Tratándose de la pena establecida en el inciso segundo, si concurren una o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante, el tribunal impondrá la pena en su grado mínimo. Si concurren una o más agravantes y ninguna atenuante, la impondrá en su grado máximo. Para determinar en tales casos el mínimo y máximo de la pena, se dividirá por la mitad el período de su duración: la más alta de estas partes formará el máximo y la más baja el mínimo.

4. Si concurren circunstancias atenuantes y agravantes, se hará su compensación racional para la aplicación de la pena, graduando el valor de unas y otras, y también considerará la extensión del mal producido por el delito.

5. El tribunal no podrá imponer una pena que sea mayor o menor al marco fijado por la ley, salvo que procedan las circunstancias establecidas en los artículos 51 a 54 del Código Penal.

Será aplicable lo previsto en la ley N°18.216, conforme a las reglas generales. Sin embargo, la ejecución de la respectiva pena sustitutiva quedará en suspenso por un año, tiempo durante el cual el condenado deberá cumplir en forma efectiva la pena privativa de libertad a la que fuere sancionado.

Artículo 63. Estarán exentos de responsabilidad penal por el delito tipificado en el artículo 62 aquellas personas que primero hayan aportado a la Fiscalía Nacional Económica antecedentes de conformidad al artículo 39 bis. El requerimiento del Fiscal Nacional Económico individualizará a las personas exentas de responsabilidad penal y dicha calidad será así declarada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Las personas indicadas en el inciso anterior deberán proporcionar al Ministerio Público y al tribunal competente los mismos antecedentes que previamente entregaron a la Fiscalía Nacional Económica, y deberán prestar declaración en calidad de testigo en la forma dispuesta por el artículo 191 del Código Procesal

Penal, declaración que será incorporada al juicio oral de la manera prevista en el artículo 331 del mencionado Código.

Si el testigo legalmente citado no compareciere sin justa causa o se negare a ratificar su declaración prestada ante la Fiscalía Nacional Económica, y así lo declarare el juez de garantía competente a petición del Ministerio Público, o incurriere en alguna de las conductas previstas en los artículos 206 o 269 bis del Código Penal, será privado de la exención de responsabilidad penal que establece este artículo. La sanción respectiva se acumulará materialmente a la que corresponda según lo dispuesto en el artículo 62. En contra de la resolución del juez de garantía que privare de la exención de responsabilidad penal procederá el recurso de apelación, que se concederá en ambos efectos.

Se le rebajará en un grado la pena determinada, según lo que dispone el inciso tercero del artículo 62, a aquellas personas que hayan aportado a la Fiscalía Nacional Económica antecedentes adicionales de conformidad al inciso cuarto del artículo 39 bis. El requerimiento del Fiscal Nacional Económico individualizará a los beneficiarios de rebaja de la pena y dicha calidad será así declarada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Respecto de las personas consignadas en el inciso anterior no se aplicará lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 62 cuando comparezcan ante el Ministerio Público y el tribunal competente y ratifiquen su declaración prestada ante la Fiscalía Nacional Económica, salvo que el requerimiento de esta última involucre únicamente a dos competidores entre sí y que uno de dichos competidores tenga la calidad de acreedor del beneficio de exención de multa declarada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en los términos del artículo 39 bis.

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 querella. Para estos efectos, no se aplicará lo dispuesto en el artículo 166 del Código Procesal Penal

El Fiscal Nacional Económico deberá interponer querella 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 querella por los hechos señalados en el inciso primero del artículo 62.

La interposición de la querella 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 querella, 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 9º del Código Procesal Penal.

Artículo 65. La acción penal para la persecución del delito descrito en el artículo 62 prescribirá en el plazo de diez años, contado desde que se encuentre

ejecutoriada la sentencia definitiva pronunciada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.