



UNIVERSIDAD DE CHILE  
FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE DERECHO ECONÓMICO

**EL ILÍCITO DE COLUSIÓN, TRATAMIENTO ADMINISTRATIVO Y PENAL,  
CONCORDANCIAS**

**JAVIER ANDRÉS FAJARDO ESPINOZA**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS  
Y SOCIALES

PROFESOR GUIA:  
JUAN FRANCISCO REYES TAHA  
SANTIAGO DE CHILE

2023

## DEDICATORIA

---

*Esta memoria está dedicada a mi guía terrenal y espiritual, que me acompañó siempre ante la duda y la adversidad. Continúas conmigo en los recuerdos y la piel, a mi querida Mila, tu ejemplo seguirá siendo mi pilar más fuerte, me sostiene y permite ser mejor, como lo conversamos siempre, el éxito de la realización personal y la entrega a los demás.*

*A mi familia, que luego de tu paso ha seguido apoyándome a concluir este camino.*

*A mi hermano, José Ignacio, por ser el alter ego necesario para afrontar la vida sin ti, mamá.*

*Javier*

## AGRADECIMIENTOS

---

*A Juan Francisco Reyes, por acudir en mi ayuda en el escenario más improbable, por ser un guía comprensivo, empático y humano. Por estar ahí revisando un trabajo no menor, responder cada correo y además expresarme de la forma más transparente su opinión, lo cual solamente reafirma a quien fue mi profesor el año 2016 en la cátedra de microeconomía.*

*A Álvaro Ignacio Parra, mi maestro durante mi paso por la Universidad de Chile, por ser un padre en todo lo que respecta a la formación profesional, estar al pie del cañón, llamar mi atención y guiarme, aun cuando la vida se sentía como un plomo, por estar ahí y animarme a continuar, por darme la libertad de hacer clases, enseñar y aprender a ser un docente estos ya casi 5 años de ayudantía.*

*A ambos, mi eterno agradecimiento*

## TABLA DE CONTENIDO

---

DEDICATORIA.....	I
AGRADECIMIENTOS.....	
TABLA DE CONTENIDO.....	I
RESUMEN.....	III
<b>1 INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>1</b>
<b>2 CAPITULO I: EL ILÍCITO DE COLUSIÓN.....</b>	<b>3</b>
2.1 INTRODUCCIÓN AL CAPÍTULO: EL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA, ORIGEN, PERTENENCIA, IMPORTANCIA DE LA COLUSIÓN, LOS ILÍCITOS ANTICOMPETITIVOS, BIEN JURÍDICO TUTELADO. ....	3
2.2 CONCEPTO: ESTADOS UNIDOS, UNIÓN EUROPEA, DECRETO LEY 211 ARTÍCULOS 3 LETRA A) Y 62 13	
2.3 ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS DE LA COLUSIÓN: ACUERDO, GRAVEDAD, FACTORES FACILITADORES, INDICIOS. ....	20
2.4 CLASIFICACIÓN DEL INJUSTO: GENERALIDADES, PRÁCTICAS CONCERTADAS, PRÁCTICAS HORIZONTALES, COLUSIÓN DURA O CARTEL, SIMPLE O GENÉRICA, PRÁCTICA EXPLOTATIVA O EXCLUSORIA. ....	27
2.5 LA TIPICIDAD EN LA COLUSIÓN: EL SUJETO ACTIVO, SUJETO PASIVO, NÚCLEO O VERBO RECTOR, OBJETO MATERIAL, ELEMENTOS NORMATIVOS. ....	32
<b>3 CAPITULO II: LA INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA DE COLUSIÓN.....</b>	<b>40</b>
3.1 EL ILÍCITO ADMINISTRATIVO: <i>IUS PUNIENDI</i> , DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR, SANCIÓN ADMINISTRATIVA, ILÍCITO ADMINISTRATIVO E ILÍCITO PENAL ¿QUÉ LOS DIFERENCIA?, NATURALEZA DEL ILÍCITO DE COLUSIÓN ARTÍCULO 3º, LETRA A) DEL DL 211. ....	40
3.2 REGLA <i>PER SE</i> : ¿RECEPCIÓN EN EL DERECHO INTERNO? .....	57
3.3 EL PERSECUTOR: LA FNE Y LAS FACULTADES ESPECIALES EN MATERIA DE COLUSIÓN, FACULTADES INTRUSIVAS Y DELACIÓN COMPENSADA. ....	59
3.4 PROCEDIMIENTO ANTE TDLC: CARACTERIZACIÓN DEL SISTEMA, ÓRGANO, PROCEDIMIENTO, PROBLEMAS ACERCA DE LA CARACTERIZACIÓN.....	64
<b>4 CAPITULO III EL DELITO DE COLUSIÓN.....</b>	<b>68</b>

4.1	LOS DELITOS DE CUELLO BLANCO, EL DELITO DE COLUSIÓN.....	68
4.2	¿REGLA <i>PER SE</i> ? .....	82
4.3	EL PROCEDIMIENTO PENAL Y EL MINISTERIO PÚBLICO. ....	85
4.4	MODELO TEÓRICO DE INTERPOSICIÓN DE QUERELLAS, INTERVENCIÓN DE LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA Y EL MINISTERIO PÚBLICO. ....	89
4.5	LAS ETAPAS PROCESALES PENALES EN CASO DE QUERRELLA POR EL DELITO DE COLUSIÓN.....	94
<b>5</b>	<b>CAPITULO IV CONCORDANCIAS.....</b>	<b>101</b>
5.1	EL PRINCIPIO <i>NON BIS IN IDEM</i> EN MATERIA DE COLUSIÓN. ....	101
5.2	EL PRINCIPIO DE SECUENCIALIDAD Y LA COORDINACIÓN EN SEDE CRIMINAL (INVESTIGACIÓN) ..	106
5.3	VALORACIÓN DE LA PRUEBA Y ESTÁNDAR DE CONVICCIÓN.....	111
<b>6</b>	<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>121</b>
6.1	CONCLUSIONES CAPÍTULO I.....	121
6.2	CONCLUSIONES CAPÍTULO II.....	123
6.3	CONCLUSIONES CAPÍTULO III.....	124
6.4	CONCLUSIONES CAPÍTULO IV .....	125
<b>7</b>	<b>ANEXOS.....</b>	<b>128</b>
7.1	ANEXO I: FACTORES DOCTRINARIOS FACILITADORES DE LA COLUSIÓN.....	128
7.2	ANEXO II: CUADRO COMPARATIVO ENTRE FACULTADES DEL MINISTERIO PÚBLICO Y LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA.....	132
<b>8</b>	<b>BIBLIOGRAFÍA CITADA .....</b>	<b>136</b>
8.1	BIBLIOGRAFÍA.....	136
8.2	JURISPRUDENCIA CITADA .....	139

## RESUMEN

---

La legislación antimonopolios ha experimentado una evolución desde su origen en la *Sherman Act*, fuente directa del Decreto Ley 211 y que ha sido orientado a una institucionalidad robusta en cuanto a la prevención, persecución y sanción de injustos antimonopólicos.

Particularmente cobra relevancia el trato que ha tenido la colusión en el derecho nacional, habida consideración de su tratamiento a finales del siglo pasado, su despenalización a principios del siglo presente y su re-penalización a mediados de la década pasada.

Esto abre la interrogante a cuál es la configuración del injusto anticompetitivo de colusión, si existen diferencias sustantivas entre las reglas 3ª letra a) y el artículo 62, ambas del DL 211.

Por otro lado, desde la perspectiva procesal surgen dudas acerca de la forma en que la institucionalidad fue concebida durante la tramitación de la ley 20.945 y como fue concretamente formulada en la reforma, dicho sea de paso, además de conferir nuevas atribuciones a la Fiscalía Nacional Económica, estableció un delito autónomo en opinión del legislador, pero supeditado a las directrices de un órgano administrativo especializado.

Por estas razones nos parece relevante abordar el estado de la cuestión, comparar el sistema de persecución en sede libre competencia en contraste a la penal, conforme a los orígenes del derecho de la competencia, cómo esto incide en la infracción administrativa, la consagración del delito de colusión y determinar si es posible concordar ambas instituciones en lo que respecta al principio de *non bis in idem*, principio de secuencialidad, y valoración de la prueba en sede de libre competencia y penal.

# 1 INTRODUCCIÓN

---

El presente trabajo trata sobre el injusto anticompetitivo más grave: la colusión<sup>1</sup>. Se expondrá respecto de la consagración, persecución y sanción en su faz administrativa y penal. Ambos aspectos serán concordados al final de este trabajo, presentando y comentando las problemáticas en torno al *non bis in idem*, la legitimación activa, las facultades de los persecutores, la regla *per se* y la institución de la delación compensada. Finalmente, expondremos nuestras conclusiones.

El primer capítulo estudiará el derecho de la libre competencia. Será necesario analizar los orígenes y pertinencia de esta rama del derecho, cuáles son los ilícitos

---

<sup>1</sup> El presente trabajo considera la colusión como el injusto más grave desde la ciencia económica y desde la jurídica. El primer problema corresponde al poder de mercado y su eventual abuso. El poder de mercado reduce el bienestar estático. Si existe un monopolista, el cual concentrará el poder de mercado, o se cobra un precio por encima de los costos marginales, existirá pérdida de bienestar (Motta 2018, 70-72). En este orden de ideas, la colusión es el más grave atentado porque permite “a las empresas **ejercer poder de mercado** que de otro modo no tendrían, limitando artificialmente la competencia y aumentando los precios, lo que reduce el bienestar” (Motta 2018, 177). Como consecuencia, la colusión y la acción al modo de un monopolista puede conllevar a una ineficiencia productiva (Motta 2018, 76).

Un segundo problema corresponde a las formas en que puede afectar a la libre competencia. Este injusto puede operar de forma horizontal, pero también resulta admisible las colusiones de tipo *hub & spoke*, en forma vertical. A su vez, la colusión podrá explotar a los consumidores o excluir a actuales o potenciales competidores. Operando, en ambas combinaciones, en todo el espectro de la competencia. (Mardones 2020).

Desde una óptica ética jurídica, “*la colusión constituye de todas las conductas atentatorias contra la libre competencia la más reprochable, la más grave, ya que importa la coordinación del comportamiento competitivo de las empresas*” (Sentencia de la Excma. Corte Suprema Rol 1746-2010 de fecha 29 de diciembre de 2010).

La colusión contraviene los principios generales del derecho de la libre competencia. “[S]upone la eliminación del elemento distintivo y fundamental de este ámbito del Derecho, esto es, de la competencia que debe regir la actividad de los agentes económicos y su reemplazo por un acuerdo adoptado, precisamente, por aquellos entes que debían protagonizar el comportamiento competitivo que protege la ley. La colusión supone la negación de la libertad de competir entre los intervinientes en el mercado y, por ende, su castigo debe reflejar esa circunstancia” (Corte Suprema, 1531-2018, 06 de enero de 2020, considerando quincuagésimo quinto). De esta forma “la conducta de que se trata reviste la mayor gravedad, en tanto supone la negación de los principios fundamentales de esta rama del Derecho; que la citada empresa organizó el acuerdo colusorio materia de estos autos y, además, presionó a su competidora para ingresar y mantenerse en el mismo, de lo que se sigue que su papel en la citada conducta ilícita fue relevante y, por último, que, como consecuencia de dicho comportamiento, obtuvo ingentes beneficios económicos”. (Corte Suprema, 1531-2018, 06 de enero de 2020, considerando quincuagésimo sexto).

En cuarto lugar, la colusión es grave porque afecta bienes que satisfacen el interés general básico de la sociedad se ven afectados en base a estos acuerdos, así, por ejemplo: transporte, alimentos y productos de higiene básicos (v.r.g. Corte Suprema, rol 6249-2014, 20 de abril de 2015; Corte Suprema, rol 27.181-2014, 2' de octubre de 2015; Corte Suprema, rol 1531-2018, 06 de enero de 2020).

anticompetitivos y el bien jurídico tutelado. La segunda parte del capítulo abordará la colusión, a través de la entrega de un concepto económico y jurídico de “colusión”, su clasificación y características, concluyendo con el análisis de los elementos normativos para su concurrencia.

El segundo capítulo versará sobre la faz administrativa del injusto. Primero, repasaremos las nociones de *ius puniendi* y derecho administrativo sancionador, sus fundamentos y la naturaleza del injusto. En segundo lugar abordaremos la regla *per se* y su recepción en Chile. Por último, daremos conclusión al capítulo tratando la persecución administrativa, el contraste con la sede penal y el procedimiento administrativo, a la luz del proceso como institución y los recursos aplicables.

En el tercer capítulo abordaremos la faz penal del injusto de colusión. Se contempla en esta parte el proceso penal, la legitimación activa desde la orgánica y el rol de la Fiscalía Nacional Económica (en adelante indistintamente “FNE”) en el proceso penal y la persecución de la colusión en esta sede. Asimismo, es necesario volver a analizar la aplicación de la *regla per se* dadas las reglas de convicción y prueba. Nuevamente, es necesario analizar bajo la luz de las instituciones procesales penales la inteligibilidad de un delito de colusión.

Un último y cuarto capítulo expondrá las concordancias entre el injusto anticompetitivo del artículo 3º letra a) y el contenido en el artículo 62 del DL 211. Las desarrollaremos desde el principio *non bis in idem*, el principio de secuencialidad y el estándar de valoración de la prueba en ambas sedes.

Finalmente, daremos cierre a este trabajo mediante la presentación de nuestras conclusiones.



## 2 CAPITULO I: EL ILÍCITO DE COLUSIÓN

---

### 2.1 Introducción al capítulo: el derecho de la libre competencia, origen, pertenencia, importancia de la colusión, los ilícitos anticompetitivos, bien jurídico tutelado.

---

**Introducción.** La colusión constituye un grave atentado en contra de la libre competencia<sup>2</sup>. En efecto, los partícipes de la colusión renuncian a la incertidumbre de la competencia, a cambio de la certeza del acuerdo, anulando su independencia como actores en el mercado<sup>3</sup>. Por ello, la persecución de la colusión ha exigido una institucionalidad robusta conformada por la FNE y el honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante indistintamente “TDLC”), y las más altas sanciones, en una doble faz, administrativa y penal. En lo que sigue contextualizaremos este grave ilícito.

**El derecho de la libre competencia.** El derecho, en sentido positivo, ha sido descrito como un conjunto de normas que ordenan la vida en sociedad. Asimismo, en sentido subjetivo, puede ser entendido como una facultad, aquella en virtud de la cual

---

<sup>2</sup> A lo largo del trabajo, grave, gravedad o conducta más grave, tendrán a la vista lo expuesto en la cita N.º 1

<sup>3</sup> Corte Suprema Rol No 16986-2020 dieciséis de octubre de dos mil veinte 2020, 37 “*La colusión es una situación creada por quienes desarrollan una actividad económica en un mercado determinado, por medio de acuerdos que afectan negativamente la libre competencia, que les lleva a no competir o, a lo menos, a disminuir la competencia existente, con la finalidad de incrementar sus beneficios o/y afectar los de un tercero, la que sanciona el ordenamiento jurídico nacional desde el concierto de voluntades en tal sentido. El incremento de los beneficios de quienes integran la cartelización pueden lograrse a través de diferentes formas, instrumentos o conciertos (acuerdos de precios, de cantidades de producción, grado de innovación, número de competidores o venta y de reparto de mercados)*”.

una persona puede exigir un debido comportamiento de otros. Este derecho subjetivo limita el actuar de otros y, a la vez, ampara el ejercicio de la libertad individual<sup>4</sup>.

En el mismo sentido, el Derecho de la Libre Competencia (en adelante indistintamente el “DLC”) cumple la función de regular a los agentes participantes dentro de una estructura de mercado bajo la premisa que, cuando intervienen libremente en este, existe competencia entre dos o más oferentes respecto de la demanda del bien que allí se transa<sup>5</sup>. Cuando existe libre entrada y salida del mercado los precios tienden a reducirse y los excedentes sociales a aumentar y los consumidores que valoran un bien pueden adquirirlo a un precio que se acerca a su costo marginal de producción.

Entonces, el DLC podría ser concebido como un conjunto de normas que regulan las actividades económicas, amparando el ejercicio de la libertad individual en el plano económico, esto es, aquella que se manifiesta en transacciones económicas<sup>6</sup>.

Ahora, desde la perspectiva económica, el profesor Coloma describe el DLC como una rama del derecho que tiene por fin la regulación, de forma indirecta, con el objeto de controlar el ejercicio del poder de mercado en situaciones en las que dicho control depende de la existencia de varias empresas que compiten entre sí<sup>7</sup>, alzándose como una de muchas formas en las que este poder de mercado puede morigerarse.

En esta misma perspectiva, el profesor Santander ha señalado que, en lenguaje regulatorio, el DLC puede ser entendido como la rama del derecho encargada de solucionar una de las más relevantes fallas de mercado, el poder de mercado, previniendo su generación y sancionando su abuso<sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup> Ducci 2010, 210–12

<sup>5</sup> Valdés Prieto 2009, 80

<sup>6</sup> Ibid., 69–77

<sup>7</sup> Coloma 2009, 6

<sup>8</sup> Santander 2022, 8

En una línea similar, se ha señalado que es una rama llamada a velar por la competencia perfecta, con la prevención de ser un modelo hipotético al que habría de acercarse el DLC<sup>9</sup>.

En base a lo anterior, podemos decir que el DLC es la rama del derecho cuyo objeto es regular las actividades económicas e intercambios que ocurren dentro del mercado, velando por el ejercicio de la libertad económica, mediante la eliminación de las trabas a la competencia y la sanción de conductas que afecten la libre competencia.

**Origen y pertinencia del DLC.** La defensa de la libre competencia es un fenómeno jurídico reactivo. Frente a situaciones que representaban un riesgo para la competencia en los mercados, los estados dictaron normas cuyo fin fue promover la competencia y reprimir los atentados en su contra.

Al respecto, los principales referentes son la legislación estadounidense y la normativa europea.

La tradición estadounidense se desarrolla a partir del año 1890 con el establecimiento de la Ley Sherman (o *Sherman Act*). La innovación tecnológica marcada por avances en el transporte y las comunicaciones, de la mano con la innovación jurídica, permitió un crecimiento de los grupos empresariales, la fusión de empresas y la delegación de la administración en directorios, con directores comunes.<sup>10</sup>

Entretanto, los mercados enfrentaron múltiples crisis económicas, recurrentes y persistentes. Como respuesta, los otrora competidores desarrollaron la figura del *trust*, acuerdos de confianza mutua, que emularon monopolios, otorgándoles certeza, pero mermando los beneficios de la competencia.

---

<sup>9</sup> Valdés Prieto 2009, 84–85

<sup>10</sup> Motta 2018, 28

Posner contextualiza en ese escenario la promulgación de la *Sherman Act*, que tuvo como principal objetivo evitar la limitación de la competencia<sup>11</sup>, fenómeno común en aquel escenario social, político y económico.

En cuanto al contenido de la *Sherman Act*, son relevantes las secciones primera y segunda del texto. La sección primera “*prohíbe los contratos, combinaciones [en la forma de un trust o similares] y conspiraciones que limiten el comercio y señala cárcel y multas para los infractores*”<sup>12</sup>.

Por su parte, la sección segunda declara expresamente que toda persona que monopolice o intente monopolizar, o se combine o conspire con otros para lograr un monopolio será considerado culpable y sancionado con una multa o privación de libertad, o ambos a criterio del tribunal.

Ambas reglas en conjunto apuntan a proteger los procesos competitivos en los mercados. El que llegase a una posición de monopolio en justa lid no quedaría comprendido en la hipótesis de la *Sherman Act*<sup>13</sup>.

Expuesto de esta forma, el DLC estadounidense puede caracterizarse como un derecho anti-monopolios y promotor de la competencia, fruto de un agudo cambio tecnológico y jurídico, en un contexto político y social marcado por inestabilidad en la economía, que las empresas enfrentaban concentrando la propiedad de la industrial o por medio de acuerdos, hasta entonces legítimos, entre consumidores.

La jurisprudencia estadounidense fue generando reglas de aplicación general, determinando que las conductas más cuestionables, (a saber los acuerdos restrictivos del comercio), son en sí mismas reprochables, sin atender a criterios de justificación en eficiencia, esto es, son juzgadas bajo la “regla *per se*” o “*per se rule*”, mientras que las demás conductas, actos de monopolización en general, son juzgadas bajo la “regla

---

<sup>11</sup> Posner 2001, 35

<sup>12</sup> Motta 2018, 30

<sup>13</sup> Valdés Prieto 2009, 73

de la razón” o “*rule of reason*”, lo que supone un análisis particular de la conducta (previo a su sanción) y su posible justificación económica, admitiéndose a su respecto la defensa de eficiencia.

En contrapartida a la tradición estadounidense encontramos la tradición europea. Esta se genera a partir de una legislación nacional de los países miembros de la que hoy conocemos como Comunidad Europea y otra supranacional emanada de los cuerpos comunitarios. La última tiene origen en el tratado de Roma del año 1951. El tratado se alza como la primera norma prohibitiva de obstáculos al comercio, prácticas discriminatorias o restrictivas y demás que tuvieran la aptitud de distorsionar la competencia en los países signatarios.

La norma europea busca evitar la monopolización de recursos estratégicos como el acero y el carbón, herencia de la primera guerra mundial. Se inspira en el principio de la libre competencia como una vía económica exitosa. El fin de la norma corresponde al progreso económico y bienestar de todos los ciudadanos europeos, que posteriormente sería recogido por la Comisión Europea, enfatizando la eficiencia económica y la integración de los mercados<sup>14</sup>.

Por último, la política de competencia europea pone énfasis en la pequeña y mediana empresa, como fuentes de empleo y movimiento económico, en particular cabe señalar la doctrina “*de minimis*”, la que entrega dos criterios relevantes a la hora de evaluar los acuerdos entre empresas (pequeñas y medianas), siendo el primero de ellos relativo a la cuota de mercado que utilizan las empresas en acuerdo y el otro el tamaño de la empresa<sup>15</sup>.

El desarrollo de ambas tradiciones tuvo un impacto significativo en la legislación chilena, siendo fuente directa la tradición norteamericana en la redacción tanto del texto original, como en sus posteriores modificaciones.

---

<sup>14</sup> Motta 2018, 40-44

<sup>15</sup> Motta 2018, 40-44

**Los ilícitos anticompetitivos.** Los ilícitos anticompetitivos tienen por elemento característico el impedir, restringir o entorpecer la libre competencia en los mercados, actual o potencialmente.

En Chile, el Decreto Ley 211 (en adelante indistintamente “DL 211”) establece estos ilícitos en los artículos 3° a 4° bis, siendo el primero, el artículo 3°, el centro normativo del que se derivan los demás.

En efecto, conforme al inciso 1° del artículo 3° del DL 211, “[e]l 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”.

Como se aprecia, se trata de una descripción muy genérica o abierta de la conducta prohibidas, aunque el inciso 2° la acota por la vía de ejemplificar: “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”.

Esa apertura de la descripción puede ser criticada, ya que parece entrar en conflicto con el principio de legalidad o ley escrita y prohibición de cláusulas abiertas en materia de sanciones<sup>16</sup>. Como nos explican Matus y Ramírez<sup>17</sup>, si bien es inevitable

---

<sup>16</sup> (Matus Acuña y Ramírez Guzmán 2021, 103–6)

<sup>17</sup> Al respecto, “aunque el ideal de claridad y sencillez en las leyes propuesto por Beccaria como expresión del principio de legalidad se enfrenta a una imposibilidad lingüística (el lenguaje siempre es impreciso), la inconveniencia política (siempre es posible un acuerdo sobre términos vagos antes que precisos) y su impracticable aplicación directa (la inevitable mediación de doctrina y jurisprudencia en su interpretación y aplicación), no por ello debe abandonarse si tales dificultades pueden subsanarse aceptando que “la decisión penal fundamental provenga de quien está democráticamente legitimado para adoptarla”, procurando que la ley favorezca “la estabilidad en las interpretaciones a través de la máxima taxatividad posible” (Ossandón, “Oscuridad”, 83); y, sobre todo, ofreciendo interpretaciones acordes con ese ideal, sometidas a las reglas legales que lo objetivan (arts. 19 a 24 del Código Civil) y, en casos de enfrentarse a una absoluta indeterminación de los términos de la ley o a la constatación de una irresoluble diferencia de interpretaciones que produzca inseguridad jurídica, expresar con claridad esa problemática, para habilitar a los jueces y abogados el empleo de los recursos constitucionales y procesales disponibles para declarar el efecto contrario a la constitución que esas disposiciones legales producen (art. 93, N.

que el lenguaje sea impreciso, la taxatividad debe primar, tendiendo a la objetividad en materia de sanciones<sup>18</sup>.

En una línea de argumentación similar están Artaza, Santelices y Belmonte, quienes refieren la existencia de diversas formas de atentar en contra de la libre competencia, que han sido determinadas por el legislador recogiendo los elementos fundamentales de la competencia (precio, cantidad, zona geográfica, concursos públicos)<sup>19</sup>. En este mismo sentido se ha pronunciado también nuestra Excelentísima Corte Suprema<sup>20</sup>, señalando al efecto que cada circunstancia debe evaluarse de forma separada<sup>21</sup>.

No obstante, parte de la doctrina, amparada en la literalidad de la norma, señala que esas descripciones responden a un único ilícito, que se fundaría en la afectación de la libre competencia a través del abuso de una posición aventajada, con la apertura que permite el derecho administrativo sancionador, en contraste con el penal, como lo consideraría el mismo TDLC en base a que el elemento común a todas las conductas es sustituir el riesgo de la competencia (actuar independiente de los distintos competidores) por la actuación coordinada<sup>22</sup>.

---

<sup>o</sup> 5 CPR) o procurar un pronunciamiento de la Corte Suprema que unifique las interpretaciones divergentes (Art. 376 CPP). (Matus Acuña y Ramírez Guzmán 2021, 105–6)

<sup>18</sup> Matus Acuña y Ramírez Guzmán 2021, 106

<sup>19</sup> Artaza et al 2020, 41-42

<sup>20</sup> Corte Suprema, 29 de octubre de 2015 27.181-2014 considerando 30 “Que en las circunstancias que acaban de expresarse resulta ser efectivo que el acuerdo colusivo imputado, integrado por los elementos consistentes en limitar la producción y asignarse de cuotas de producción –al margen de otros componentes accesorios que pudieron o no estar consignados en el requerimiento–, recién vino a completarse o configurarse el año 2000. **Sin embargo, aun cuando esta Corte acepta que el ilícito perseguido no pudo entenderse integrado y operativo con los componentes que lo tipifican desde los años 1994 a 1995, sino a partir del año 2000 –como en el hecho ocurrió–, tal conclusión en nada altera por sí sola los resultados a que corresponda arribar en lo que sigue del fallo, toda vez que no incide en el régimen sancionatorio aplicable, ni altera la configuración del pacto colusorio** con los medios de prueba y antecedentes que la propia sentencia valora a partir de los correos electrónicos mencionados, así como tampoco hace variar la calificación de largo tiempo de vigencia del pacto, de tal manera que el defecto atribuido carece de relevancia para producir efectos perjudiciales a las requeridas que lo han hecho valer”.

<sup>21</sup> Mardones 2020, 372

<sup>22</sup> Id

**Bien jurídico tutelado por el derecho de la libre competencia.** Un bien jurídico puede ser entendido como aquel valor esencial, por el cual la sociedad alcanza su realización y que es protegido jurídicamente<sup>23</sup>.

La doctrina no se encuentra conteste acerca de cuál es el bien jurídico protegido por el DLC.

Por una parte, el profesor Valdés plantea que el bien jurídico es la libre competencia. Ésta cumpliría una función tutelar determinadora de contenido, una función limitadora al *ius puniendi* y la jurisdicción, una función hermenéutica y clarificadora para el intérprete, y, por último, sería un asimismo criterio para determinar el peligro y cuándo existe lesión<sup>24</sup>.

Por otro lado, de forma más extensa, el profesor Motta, enuncia los bienes jurídicos protegidos conforme a las propuestas que se encuentran en doctrina, tales como el máximo bienestar de la sociedad, el bienestar de los consumidores, la defensa de las pequeñas y medianas empresas, la promoción e integración de los mercados, la libertad económica, la prevención de la inflación, razones de justicia y equidad, así como razones sociales, políticas, industriales, comerciales o ambientales<sup>25</sup>.

Desde el análisis económico del derecho, se ha planteado que el bien jurídico estaría determinado mediante la interpretación extensiva de la práctica económica pudiendo así sintetizar las situaciones de peligro en las que podría verse afectada la libertad económica *stricto sensu*<sup>26</sup>.

Se ha planteado también que la eficiencia podría ser el bien jurídico protegido por la libre competencia; al respecto, Artaza, desde el ámbito penal, refiere que la

---

<sup>23</sup> Garrido Montt 2010, 63

<sup>24</sup> Valdés Prieto 2009, 78–79

<sup>25</sup> Motta 2018, 45–58

<sup>26</sup> Querol Aragón 2014, 59



eficiencia parece ser insuficiente para fundar la reacción punitiva<sup>27</sup>. En la misma línea, Santander plantea que, si entendemos por bien jurídico una cuestión axiológica, un valor o un derecho fundamental, entonces éste no puede ser la eficiencia, existiendo, además, bastantes elementos para apuntar, en cambio, a la libertad económica, capaz de explicar tanto la faz administrativa de los ilícitos anticompetitivos, como la faz penal en materia de colusión<sup>28</sup>.

En efecto, parece haber inconsistencias con la idea de eficiencia como bien jurídico, pues si éste se identificase con aquélla, no podría negarse la defensa de eficiencia para cualquier potencial infracción al DLC y, a modo de ejemplo, en el caso de existir cartel tiene aplicación la regla *per se*, circunstancia que niega la posibilidad de alegar dicha defensa, siendo la regla *per se*, descartando en consecuencia la preponderancia de la eficiencia.

**Importancia de la colusión.** La existencia de un acuerdo o práctica concertada es de las más importantes preocupaciones del DLC, debido a su efecto anulador de la competencia a cambio de los beneficios esperados del acuerdo para sus intervinientes.

La colusión tiene efectos en términos económicos, pues tiene la potencialidad de afectar el excedente social, disminuye el beneficio de los consumidores, el desarrollo y la innovación<sup>29</sup>.

La colusión es asimismo relevante en términos de competencia, pues si los participantes respetan el acuerdo podrán explotar a los consumidores (de quienes podrán extraer rentas sobre normales) o excluir a competidores actuales o potenciales (por medio del establecimiento de barreras de entrada).

Por último, la colusión afecta la confianza de la sociedad. Los consumidores deberán soportar un mayor precio y sus excedentes serán captados por quienes

---

<sup>27</sup> Artaza et al 2020, 26

<sup>28</sup> Santander 2022, 54

<sup>29</sup> Motta 2018, 45-47

forman parte del acuerdo. En la misma línea, la colusión afectará la confianza de emprendedores y nuevos competidores, retrasando o impidiendo el desarrollo de nuevos bienes y servicios.

Es por lo anterior que la colusión ha sido abordada con severidad por los diferentes ordenamientos jurídicos. Bajo la idea de amparar la libertad en los mercados y la libertad económica, para todos los actores, el DLC ha elaborado un entramado de normas que busca privar de eficacia práctica a la colusión o prevenir sus efectos, al tiempo de desincentivar la existencia de acuerdos colusorios a través de la imposición de duras sanciones y medidas correctivas.

## 2.2 Concepto: Estados Unidos, Unión Europea, Decreto Ley 211 artículos 3 letra a) y 62

---

**Generalidades.** Tanto a nivel nacional como internacional, la colusión ha sido descrita y sancionada en el origen de las normas antimonopólicas. La *Sherman Act*, el tratado de Roma y el DL 211 comparten la prohibición de acuerdos entre competidores que versen sobre variables de competencia. En cuanto a su gravedad, la colusión afecta la libre competencia en su esencia.

La colusión siempre supone un intento de eliminar concertadamente la competencia. Es un atentado directo y omnicompreensivo del bien jurídico libre competencia. Vulnera los valores que la sociedad considera dignos de protección, *“aquellas características de las personas, cosas o instituciones consideradas imprescindibles para el libre desarrollo de la personalidad en un Estado de Derecho”*<sup>30</sup>.

En términos penales económicos, la proscripción de la colusión tutela bienes jurídicos supra individuales. La reacción frente a la colusión resguarda un interés general de la sociedad: la existencia de competencia<sup>31</sup>.

**Concepto.** La colusión encuentra su origen en la ciencia económica. Es por lo anterior que debemos recurrir a la ciencia económica y al derecho a fin de obtener un concepto normativo de colusión.

En términos económicos la colusión es concebida como *“una práctica explotativa de tipo horizontal y concertada entre competidores de un determinado mercado, que tiene por objeto limitar o eliminar la competencia entre ellos”*<sup>32</sup>; asimismo, se la ha definido como *“una práctica en la que empresas que compiten en un mismo mercado, acuerdan subir precios, repartirse el mercado o bloquear el ingreso*

---

<sup>30</sup> Artaza et al 2020, 17–19

<sup>31</sup> Ibidem

<sup>32</sup> Coloma 2009, 9

*de nuevos competidores*<sup>33</sup>; o como *“una situación en la que los precios de las empresas son más altos que algún índice de referencia competitiva (competitive benchmark)”*<sup>34</sup>.

En términos jurídicos, la colusión es descrita por los artículos 3° letra a) y 62 del DL 211.

El legislador ha sancionado en esencia una misma conducta: la existencia de un acuerdo que involucre a dos o más competidores entre sí. La doctrina, sin embargo, no se encuentra conteste en lo anterior. En primer lugar, porque se ha dicho por algunos autores que el DL 211 dispone de un tipo mixto<sup>35</sup> (infraccional y penal), mientras que otros autores han descrito la colusión como un delito, sea bajo las normas generales o especiales del DL 211<sup>36</sup>.

Para quienes proponen un sistema mixto, el DL 211 ha descrito una primera colusión de naturaleza infraccional mientras que, de forma especial, bajo un título relativo a reglas penales, ha descrito el delito de colusión. En base a tal distinción, la colusión puede conceptualizarse como una infracción concertada que involucra competidores entre sí, consistente en la fijación de precios de venta o de compra, limitación de la producción, asignación de zonas o cuotas de mercado o la afectación del resultado de procesos de licitación, así también un acuerdo o práctica concertada que confiere poder de mercado y consiste en determinar condiciones de comercialización o exclusión de actuales o potenciales competidores; analizaremos la legislación nacional y comparada en la materia.

Hemos de tener presente que la doctrina discrepa acerca del poder de mercado como elemento del concepto general. Por una parte, se argumenta que el poder de

---

<sup>33</sup> González T. 2011, 148

<sup>34</sup> Motta 2018, 178

<sup>35</sup> En este sentido Artaza et al 2020

<sup>36</sup> En este sentido Santander 2018; 2022

mercado es requisito sin el cual no es posible cometer el injusto anticompetitivo, el poder de mercado sería algo connatural<sup>37</sup>. Al contrario, otro sector argumenta que la distinción realizada por el legislador permite distinguir en el concepto de colusión dura (o carteles duros) y colusión genérica. Lo anterior se funda en la historia de la ley, particularmente en el mensaje del ejecutivo, en que se alude se recogería la regla *per se* norteamericana cabiendo la distinción y en consecuencia una diferencia accidental en la colusión<sup>38</sup>.

En base a lo anterior, si optamos por la primera postura, podemos depurar el concepto legal, correspondiendo a una infracción anticompetitiva concertada entre competidores, horizontal, explotativa o exclusoria, que recae sobre una variable de competencia.

En materia penal, sin embargo, el concepto pareciera mutar. Deja de ser una infracción para ser derechamente un delito. Permanece su naturaleza anticompetitiva. Se expanden las hipótesis de comisión y la conducta supone celebrar, ordenar celebrar, ejecutar u organizar, un acuerdo. El objeto continúa siendo afectar una variable de competencia, excluyendo las prácticas exclusorias. Por último, se prescinde del poder de mercado en la descripción típica, lo cual es razonable si atendemos a la exigencia de sentencia condenatoria como requisito de interposición de la querrela, prescindencia que terminaría siendo, a priori, más aparente que real<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> Santander 2022, 123

<sup>38</sup> Mardones Osorio 2020, I:372–74

<sup>39</sup> Aunque esto puede presentar problemas al analizar la recepción de la regla *per se*, creemos que al requerir una sentencia condenatoria en sede infraccional se da por cumplido el requisito “poder de mercado”. Es decir, si se exige “poder de mercado” en el artículo 3° letra a), el artículo 62 no debiera volver a exigir la prueba de poder de mercado, lo cual fue establecido en el procedimiento sustanciado ante el TDLC. Sin embargo, se presentan problemas en aquellos casos donde el legislador no exigió poder de mercado (carteles duros), puesto que la descripción del artículo 62 del DL 211 conforme a la lectura que ha dado la doctrina mayoritaria en sede infraccional nos debiera llevar a concluir que el legislador ha prescindido del poder de mercado como elemento del tipo y ha considerado igualmente la regla *per se* en sede penal. El problema de esta lectura corresponde a que podríamos sancionar a dos competidores que carecen de poder de mercado por el mero hecho de acordar afectar una variable de competencia, desatendiendo el criterio de la regla de *minimis*, que pudiera razonablemente resultar aplicable en ciertos contextos.

En base a lo anterior, podemos conceptualizar el delito de colusión como un delito anticompetitivo concertado, horizontal y explotativo, consistente en celebrar, ordenar celebrar, ejecutar u organizar un acuerdo, que tenga por objeto afectar una variable de competencia.

Ahora bien, si somos de la idea que la colusión es un delito en el sentido del artículo 3º letra a) y el artículo 62 del DL 211, que siempre requiere poder de mercado para afectar el bien jurídico protegido (entendiendo este, siguiendo al profesor Valdés, como la “libre competencia”), debemos elaborar un último concepto, el cual corresponde al siguiente:

*El delito de colusión es un injusto anticompetitivo, el cual atenta contra el bien jurídico libre competencia, por la vía de excluir actuales o potenciales competidores, sea por la vía de apropiarse del excedente del consumidor, a través del abuso del poder de mercado que tenían los concertados, o confiriéndoles aquel de que carecían, emulando una situación de monopolio.*

**Concepto de la legislación norteamericana: *Sherman Act*.** La legislación estadounidense declara la ilegalidad de los contratos, combinaciones en forma de *trust*, las conspiraciones (entendiendo por ellas las asociaciones ilícitas), que produzcan una restricción al intercambio o comercio entre los estados o con naciones extranjeras. A consecuencia de dicha norma prohibitiva se sigue la sanción a todo aquel que celebre contratos, o participe en combinaciones en forma de *trust* o conspiraciones que produzcan una restricción al intercambio o comercio.

El concepto se extiende a una considerable cantidad de hipótesis. La colusión contiene bajo si la idea de que todo contrato, acuerdo en forma de *trust* o conspiración, que tengan por objeto la restricción del intercambio o comercio, en el comercio interestatal o con naciones extranjeras es ilícito.

Podemos advertir el uso de las palabras *contract* (contrato), *trust* (unión en forma de acuerdo bajo un mismo comité o consejo de administración central) y *conspiracy* (conspiración o asociación ilícita).

La *Sherman Act* ha tomado una regla general, que en el derecho chileno se recoge como excepción, a través de la *conspiracy*. Estaríamos frente a un tipo de responsabilidad penal por el hecho colectivo, circunstancia que en el derecho penal chileno es reconocida en el artículo 8° del Código Penal y que, respecto de estos delitos, debe entenderse en relación con el tipo de asociación ilícita del artículo 292 del mismo código.

Lo anterior es relevante respecto de las reglas sobre determinación de la pena: en primer lugar, porque en delitos de esta naturaleza se aplica a todos los participantes por igual la pena establecida en la ley; en segundo lugar, porque los delitos de esta naturaleza son de carácter excepcional en el ordenamiento jurídico penal chileno; y, por último, porque se permitiría apreciar la diferencia entre un hecho individual al que contribuyen los miembros del acuerdo, respecto de un hecho colectivo por el cual respondería individualmente, por ejemplo, quien organiza el acuerdo<sup>40</sup>.

**Concepto de la legislación europea (en adelante “TUE”): tratado de Roma<sup>41</sup>.** La TUE ha optado por un concepto más general que la norteamericana.

En primer lugar, refiere a acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas.

Un primer elemento llamativo es la referencia a las empresas. Conceptualmente, empresa es un vehículo u organización de capital, por la cual se logran los objetivos económicos<sup>42</sup>. La norma chilena en ningún caso ha referido a las

---

<sup>40</sup> Matus A 2013, 368–368

<sup>41</sup> *Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en: a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción; b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones; c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento; d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.*

<sup>42</sup> Sandoval 2009, 78

empresas, sino a competidores entre sí. Es más, el artículo 62 amplía la hipótesis de comisión a situaciones de autoría mediata, en donde basta una persona natural (no-empresa) para cometer el delito y perseguir su responsabilidad penal.

La legislación europea no se refiere a competidores, simplemente ha puesto énfasis en las consecuencias del acuerdo en el comercio y en su objeto, cual fuere impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el mercado interior. Bastaría al parecer el acuerdo entre dos empresas, las que a su vez pueden ser productores o consumidores.

Una nota distintiva de la legislación europea es la autorización de los acuerdos que resultan eficientes al mercado. La TUE, como regla general, proscribe la colusión en el artículo 101 (equivalente al artículo 3º letra a) del DL 211). Sin embargo, la misma regla establece una excepción, reconociendo expresamente como lícitos los acuerdos entre empresas y cualquier práctica concertada *“que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante”*<sup>43</sup>.

De esta forma, podemos apreciar que la TUE admite acuerdos o prácticas concertadas entre empresas siempre que persigan mejoras productivas, distributivas, tecnológicas y económica, bajo criterios de equidad en el reparto de beneficios, pero, a la vez, les limita, prohibiendo la imposición de restricciones que no resulten

---

<sup>43</sup> La norma reconoce limitaciones a la eficiencia en todo caso. La operatividad de la regla es la siguiente. Se encuentran prohibidos los acuerdos entre empresas. Sin embargo, estos acuerdos son plausibles si cumplen con dos requisitos copulativos. El primero por vía contra excepcional, deberán contribuir a mejorar la producción o distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reservaren al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante. El segundo requisito copulativo es imperativo, no podrán imponerse restricciones que no sean indispensables para realizar los objetivos anteriormente descritos; ni que ofrezcan a las empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.



indispensables o que permitan a dichas empresas eliminar la competencia respecto de parte sustancial de los productos de que se trate<sup>44</sup>.

De esta forma, siguiendo a la TUE podemos conceptualizar la colusión como un acuerdo entre empresas, decisiones de asociaciones de empresas o prácticas concertadas que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado de la comunidad europea y que no resultan justificados por criterios de progreso técnico económico y equidad.

---

<sup>44</sup> Diario Oficial de la Unión Europea, Tratado Constitutivo de la Unión Europea, 30.3.2010, disponible web en [<https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf>] fecha de consulta 05.01.2023

### 2.3 Elementos característicos de la colusión: acuerdo, gravedad, factores facilitadores, indicios.

---

**Introducción.** La colusión supone la existencia de un acuerdo, que puede revestir caracteres de gravedad y que puede tenerse por acreditado en función de ciertos indicios.

**El acuerdo.** El artículo 3º, letra a), del DL 211 sanciona “Los acuerdos o prácticas concertadas”.

La doctrina y jurisprudencia conciben el acuerdo en términos amplios. Éste puede fundarse en vehículos formales concretos, tales como contratos, conciliaciones o tratativas informales, tales como entendimientos, acuerdos de caballeros, decisiones conjuntas, promesas<sup>45</sup>. Sin embargo, lo esencial sería la supresión de la voluntad individual de los competidores, quienes obran de forma unificada o colectiva<sup>46</sup>.

Nuestra legislación se inspira en la *Sherman Act*. Esto responde a la flexibilidad entregada a los órganos de competencia y tribunal, a efectos de determinar qué conductas atentan en contra del bien jurídico protegido<sup>47</sup>.

El acuerdo contrasta con la práctica concertada. Esta última corresponde a una situación de coordinación entre agentes económicos que prescinde del acuerdo formal, a través de contactos directos o indirectos con el objeto de influenciar el comportamiento futuro de los mismos.

No obstante, el texto expreso, la jurisprudencia ha dado por superada la distinción, descartando una diferencia real en sede de juzgamiento. Resultando

---

<sup>45</sup> Artaza *et al* 2020., 46

<sup>46</sup> *Ibidem*

<sup>47</sup> *Ibid.*, 45-48

entonces indiferente a la hora de determinar la existencia de un acuerdo si este es formal o no<sup>48</sup>.

En cuanto a las clasificaciones del acuerdo, la doctrina y la ciencia económica han clasificado el acuerdo en base a la forma de su perfeccionamiento. Este puede ser expreso, tácito, o fundarse en una situación de paralelismo consciente<sup>49</sup>.

La colusión expresa corresponde a aquel acuerdo de voluntades que establece obligaciones recíprocas entre los miembros del así denominado *cartel*<sup>50</sup>.

La colusión tácita, por su parte, prescinde de la comunicación directa, la cual se logra a través de un equilibrio de mercado a consecuencia del comportamiento de los agentes<sup>51</sup>.

Así, por ejemplo, existiendo señales de precios actuales o anuncios de precios futuros las empresas modifican el precio que están ofertando<sup>52</sup>.

*“Los oligopolistas estarían mejor si cooperaran y llegaran al resultado de monopolio. Sin embargo, como buscan satisfacer su interés propio, no llegan al resultado de monopolio ni maximizan sus beneficios conjuntos. Cada oligopolista se inclina a aumentar la producción y a captar una mayor participación de mercado. En vista de que cada uno trata de hacer esto, la producción aumenta y el precio disminuye”*<sup>53</sup>. Por lo anterior, existirán situaciones en las que los oligopolistas, queriendo llegar al resultado de monopolio, no podrán comunicarse directamente o no

---

<sup>48</sup> Artaza *et al* 2020, 48-80

<sup>49</sup> Mardones 2020, 368-369

<sup>50</sup> *Ibid.*, 368

<sup>51</sup> Para algunos la colusión tácita, también llamada paralelismo consciente o interdependencia oligopolista, constituye una situación natural en un oligopolio, donde las empresas, después de un periodo de acciones repetidas, podrían tornarse conscientes de esta circunstancia y en ausencia de un acuerdo explícito coordinar su conducta como si se hubiesen comprometido en una conducta colusoria o un cartel para fijar precios y restringir la producción (Araya Jasma 2015, 238)

<sup>52</sup> González T. 2011, 146

<sup>53</sup> G. Mankiw 2012, 353

lo harán. Se enfrentan a una hipótesis similar a la que muestra el *dilema del prisionero*<sup>54</sup>.

Frente al dilema los oligopolistas podrán llegar a un mismo resultado como si tuvieran comunicación directa<sup>55</sup>. La pregunta es si esta conducta puede ser sancionada al modo de la colusión expresa o abierta<sup>56</sup>.

Entre el acuerdo tácito y el acuerdo expreso se ha elaborado el comportamiento interdependencia de oligopolistas o “paralelismo consciente” y el “paralelismo consciente plus”. Ambas categorías buscan explicar el fenómeno que se produce entre una colusión tácita y una colusión abierta, una zona gris<sup>57</sup>.

El paralelismo consciente supone un comportamiento sostenido en el tiempo que se funda en la mantención de un precio o la variación de este en forma similar que se asemeja a un comportamiento colusorio<sup>58</sup>.

Por otro lado, el paralelismo plus, “*consistente en la búsqueda de comportamientos ilegales cada vez que el paralelismo de precios va acompañado de un factor facilitador (...). no es más convincente a menos que se pueda demostrar que las empresas se coordinaron con el fin de introducir o mantener la práctica de facilitación*”<sup>59</sup>.

La doctrina ha señalado que por razones de funcionamiento de los mercados “*no puede ser un elemento válido para probar la existencia de prácticas horizontales colusivas, ya que las mismas siempre son consistentes con algún comportamiento*

---

<sup>54</sup> Ibidem 356

<sup>55</sup> Acciones equivalentes (respecto, p. ej., al precio) que son decididas conscientemente por los competidores, pero sin acuerdo de ningún tipo (Artaza et al. 2018, 558)

<sup>56</sup> G. Mankiw 2012, 360-362

<sup>57</sup> Motta 232-234

<sup>58</sup> Ibidem., 232

<sup>59</sup> Ibidem., 234

*individual racional de las empresas que no implica necesariamente colusión*<sup>60</sup>. En la misma línea, Motta expone que *“episodios repetidos de este tipo levantarían sospechas y merecerían un examen cuidadoso de la industria, pero no deberían verse como prueba definitiva de que existe colusión. Una vez más, es posible que las empresas pudieran desencadenar guerras de precios con el fin de mantener una colusión tipo Green y Porter, pero no habiendo comunicación entre ellas, no veo como podrían ser condenadas*<sup>61</sup>.

En este orden de ideas, el comportamiento independiente es a consecuencia de la estructura de un mercado oligopolista, lo que le diferenciaría del paralelismo consciente, el cual se fundaría en que los competidores serían “tomadores de precios”<sup>62</sup>.

Ahora bien, creemos que la norma ha sancionado los acuerdos expresos. El acuerdo expreso supone intencionalidad que puede encuadrar una hipótesis de dolo. Una colusión tácita supondría sancionar la conducta como una omisión lo que debe descartarse por la excepcionalidad de esta clase de delitos. Asimismo, una colusión tácita equivaldría al dolo eventual, lo que difícilmente podría ejemplificarse a efectos de perseguir y sancionar la colusión<sup>63</sup>. Por otro lado, la distinción entre acuerdo y práctica concertada es un tema pacífico en nuestra jurisprudencia, quedando por superada la distinción, siempre entendiendo que se refiere a un acuerdo expreso<sup>64</sup>.

**La gravedad**<sup>65</sup>. La gravedad de la colusión se funda en el atentado en contra de la libre competencia, bien jurídico protegido por el DL 211. Así lo ha dicho nuestra jurisprudencia:

---

<sup>60</sup> Coloma 2009, 70

<sup>61</sup> Motta 2018, 235

<sup>62</sup> Mardones 2020, 369

<sup>63</sup> Artaza 2020, 100

<sup>64</sup> Artaza *et al* 2020, 48-80

<sup>65</sup> Véase nota al pie n° 1

*“Que la colusión constituye de todas las conductas atentatorias contra la libre competencia la más reprochable, la más grave, ya que importa la coordinación del comportamiento competitivo de las empresas”<sup>66</sup>.*

La colusión no promueve, por regla general, la eficiencia<sup>67</sup>. Si realizamos un juicio de ponderación, la colusión, al conferir poder de mercado a los agentes, es una conducta que afecta la libre competencia.

Los competidores limitan o eliminan la competencia en los mercados de forma artificial. *“En su oposición con la colusión, en cambio, el rasgo distintivo es la presencia de rivalidad entre los oferentes (...) que operan en el mercado”<sup>68</sup>.*

El acuerdo, que en dichos términos ha conferido poder de mercado a los miembros del cartel, han captado parte de la demanda por un medio injusto<sup>69</sup>, cual es la ausencia artificial de competencia<sup>70</sup>.

Así también lo ha señalado nuestra jurisprudencia en sentencias Rol N.º 16.986-2020, Nº2578-2012 y Nº27.781-2014): *“La colusión es una situación creada por quienes desarrollan una actividad económica en un mercado determinado, por medio de acuerdos que afectan negativamente la libre competencia, que les lleva a no competir o, a lo menos, a disminuir la competencia existente, con la finalidad de incrementar sus beneficios y/o afectar los de un tercero”<sup>71</sup> (el énfasis es nuestro).*

---

<sup>66</sup> Sentencia Rol N.º 1746-2010, fecha 29 de diciembre de 2010, Excelentísima Corte Suprema

<sup>67</sup> Coloma 2009, p. 63

<sup>68</sup> Ibid., p. 43

<sup>69</sup> Valdés 2009, 47, 143, 210

<sup>70</sup> “Todo ilícito o injusto se define como un atentado a un determinado bien jurídico. Ese bien jurídico tutelado por la legislación antimonopólica y ofendido por el ilícito de monopolio es la libre competencia, la cual opera como causa final de la legislación antimonopolio. Así como el fin es lo primero en la intención y lo postrero en la ejecución, la libre competencia actúa como causa final de la legislación antimonopolio, toda vez que aquella al constituir el fin buscado por esa ordenación normativa permite a ésta establecer y articular los medios e instituciones idóneas para la cautela del bien jurídico libre competencia”. (Ibid., p. 75)

<sup>71</sup> Corte Suprema, sentencia rol N.º 16986-2020, fecha 16 de noviembre de 2020

El efecto propio de una práctica anticompetitiva es emular un monopolio, los precios que cobran los miembros del cartel serán sobre normales. Al existir colusión, los consumidores se encuentran forzados a desembolsar un mayor precio que en condiciones de competencia<sup>72</sup>.

La colusión es una práctica de tipo horizontal, apta para excluir actuales o potenciales competidores<sup>73</sup>. En consecuencia, los intentos de monopolización fueron en su origen preocupación de la sección segunda de la *Sherman Act*, y que nuestro artículo 3º letra a) pareciera recoger en la segunda parte, respecto de la colusión simple o genérica.

**Factores facilitadores.** Podemos describirlos como aquellas circunstancias favorables al establecimiento de una práctica colusoria. Cabe destacar que son factores facilitadores y no constituyen por sí mismos una verificación de colusión<sup>74</sup>.

**Indicios.** Han sido descritos por la doctrina como una herramienta operativa del derecho de la libre competencia a efectos de detectar carteles y, a la postre, demostrar su existencia en sede judicial.

Son indiciarios de cartelización, la existencia de repartos de mercados estáticos; discriminación de precios a lo largo del mercado; intercambio de información entre competidores; variación del precio en distintas regiones; existencia de propuestas idénticas (en procesos de licitación, por ejemplo, en el caso de las *bids* y las *sealed bids*)<sup>75</sup>, la relación entre precio, cantidad y la posibilidad de cambios en la formación del cartel; existencia de un precio de reventa estable a lo largo de la industria; una

---

<sup>72</sup> Motta 2018, p. 45.

<sup>73</sup> Coloma 2009, p. 8, 118.

<sup>74</sup> Ver anexo I

<sup>75</sup> Sobre el punto se debe tener presente que una *bid*, corresponde a la oferta realizada en una subasta. En el derecho nacional puede entenderse respecto de procesos de oferta pública, en donde los competidores ofrecen abiertamente el precio a que están dispuestos a vender el bien o prestar el servicio. Estos procesos pueden ser también cerrados, es decir, a través de ofertas en sobres donde los competidores ignoran las ofertas realizadas por los demás, que corresponden a las *sealed bids* o propuestas cerradas.

disminución en el reparto respecto de los líderes; la amplitud y fluctuación del precio; elasticidad de la demanda en el precio del mercado; el nivel y patrón de ingresos; existencia de un precio de mercado inversamente correlativo al número de competidores o inversamente correlativo a la demanda; existencia de un punto base dentro del costo (también conocido como *Phantom Freight*<sup>76</sup>); y prácticas exclusorias<sup>77</sup>.

Estos antecedentes permiten a las agencias de competencia iniciar una investigación dirigida a establecer la existencia de una organización o cartel dentro del mercado.

En Chile, la FNE ha desarrollado una guía para el desarrollo de investigaciones. Dicha guía tiene por finalidad establecer “[l]os criterios que (...) serán aplicados, especialmente, al momento de recabar los datos, indicios, antecedentes y cualquier otro tipo de información que sirva para justificar las acciones que pudiere corresponder ejercer ante el Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”)<sup>78</sup>.

---

<sup>76</sup> La *Phantom Freight*, refiere a la situación en donde un proveedor debe asumir el costo de envío mayor al que debería acceder, debido a que se estaría utilizando un punto de envío figurado o predispuesto. Este *base point* o **punto base**, desde donde se realiza el envío produce un aumento en el costo del distribuidor, ya que al recibir se le está cargando un precio/distancia mayor, de lo cual se sigue un “precio fantasma” o que no tiene un correlato material. En forma de ejemplo, si fabricamos en Santiago, pero utilizamos de punto base Rancagua, todo demandante que se sitúe en Santiago deberá pagar el despacho desde Rancagua, a pesar de que se estará despachando desde Santiago. Puede apreciarse que existiría una situación donde no existe correlación entre el servicio y el costo asociado.

<sup>77</sup> Posner 2001, 79–93

<sup>78</sup> Guía Interna de la fiscalía nacional económica, mayo 2013, disponible en [[https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Instr.\\_investigaciones\\_2013-1.pdf](https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Instr._investigaciones_2013-1.pdf)] página 2.



## 2.4 Clasificación del injusto: generalidades, prácticas concertadas, prácticas horizontales, colusión dura o cartel, simple o genérica, práctica explotativa o exclusoria.

---

**Generalidades.** La doctrina, sin ánimo de exhaustividad, clasifica las prácticas anticompetitivas con el fin de establecer categorías prácticas que ayudan a identificar los elementos propios del injusto y la forma en que afectan al mercado.

Para efectos de este trabajo abordaremos las clasificaciones atinentes al injusto de colusión, a saber: practicas unilaterales vs prácticas concertadas, prácticas horizontales vs prácticas verticales; prácticas explotativas vs prácticas exclusorias; regla *per se* vs regla de la razón; colusión dura o cartel vs colusión genérica o simple.

**La colusión: una práctica concertada.** Una primera clasificación corresponde a prácticas unilaterales y prácticas concertadas. En las primeras basta una persona o empresa, en las concertadas se precisa colaboración entre personas o agentes económicos<sup>79</sup>. En este sentido la doctrina ha descrito la colusión como un delito de participación necesaria<sup>80</sup>.

Ejemplo típico de práctica unilateral es la predación. Quien depreda le basta una posición dominante en el mercado, no precisando de otro para ejercer su poder de mercado de forma injusta.

Ejemplo típico de práctica concertada corresponde a la colusión, el contenido esencial es el acuerdo entre competidores. Es inconcebible una colusión que no suponga concurrencia de dos o más partes.

**Colusión: una práctica horizontal.** Una práctica es horizontal cuando sus efectos se producen en la misma etapa de la cadena de producción. Por regla

---

<sup>79</sup> Coloma 2009, 7–8

<sup>80</sup> Artaza et al 2020, 107

generalísima el acuerdo se producirá entre competidores; por tanto, de forma horizontal<sup>81</sup>.

Ahora bien, parte de la doctrina<sup>82</sup> ha esbozado la posibilidad perseguir la colusión en canales verticales, llamados acuerdos *hub and spoke*<sup>83</sup>. En estos casos, los competidores utilizan como intermediarios a proveedores comunes, cuestión que establecería un contacto vertical. Serían, en opinión de esta doctrina, acuerdos contrarios conforme a la cláusula general del artículo 3º, inciso primero, del DL 211<sup>84</sup>.

**La colusión ¿Práctica explotativa o exclusoria?** La colusión ha sido clasificada diferenciando si afecta o daña a los consumidores, por vía de la apropiación ilícita del excedente del consumidor, o si genera exclusión de actuales o potenciales competidores.

En el primero de estos casos tendremos que el objeto es “*explotar a los consumidores, extrayendo sus rentas*”<sup>85</sup>. “*Así, la colusión de las farmacias, mediante [la cual] las grandes cadenas fijaron conjuntamente precios sobre normales para los medicamentos, fue una práctica explotativa, en tanto que la eventual colusión de aquella guerra de los plasmas, para boicotear al Banco de Chile habría sido una práctica exclusoria*”<sup>86</sup>.

Por oposición a las prácticas explotativas, una práctica exclusoria se logra impidiendo el ingreso de potenciales competidores. Un ejemplo de esta clase de prácticas corresponde al caso FNE con Biosano y otros del año 2014. Mediante el acuerdo conforme al acuerdo las empresas de medicamentos habrían acordado

---

<sup>81</sup> Artaza et al 2020, 107

<sup>82</sup> Mardones Osorio 2020, I:370

<sup>83</sup> Al respecto, Grunberg, Jorge. 2017. *Los acuerdos y prácticas concertadas como medios para cometer el ilícito de colusión y las colusiones hub & spoke*. En *Reflexiones sobre el derecho de la libre competencia: informes en derecho*. Santiago: ediciones de la Fiscalía Nacional Económica. Páginas 15-52

<sup>84</sup> Ibidem

<sup>85</sup> Santander 2022, 89

<sup>86</sup> Ibidem

precios de oferta para las licitaciones llevadas al efecto por CENABAST. En el requerimiento, la FNE realiza una precisión sobre las condiciones de entrada. Refiere a tres en concreto, las ventajas en costos que derivan de fabricar una amplia gama de ampollas y las respectivas economías de escala, el tamaño del mercado farmacéutico nacional y la reacción conjunta de las requeridas ante posibles entrantes. El tribunal razonó en su oportunidad que las exigencias y requisitos de CENABAST serían altísimas y en la práctica excluirían a otros competidores por la dificultad de generar márgenes atractivos a las empresas que participarían.

**Regla de la razón y regla *per se*.** En el ámbito comparado, se ha distinguido entre prácticas anticompetitivas absolutas y relativas; recogidas bajo la llamada “*rule of reason*” (regla de la razón) y regla “*per se*” (atribución normativa de la conducta como anticompetitiva).

El asunto reviste interés nacional por tratarse de una clasificación que, en opinión de la mayoría, habría sido recogida por la ley 20.945 al modificar el DL 211 el año 2016.

Las prácticas anticompetitivas absolutas y las prácticas anticompetitivas relativas<sup>87</sup> permiten considerar “*anticompetitivas per se a las formas más evidentes de colusión (acuerdos de precios repartos de mercados, etc.), en tanto que la mayoría de las restantes prácticas sólo se consideran como infracciones al derecho antitrust si se demuestra que implican una lesión a la competencia que provoca un daño social identificable*”<sup>88</sup>.

En lo relativo a este capítulo, la regla de la razón y la regla *per se* han sido objeto de debate en la doctrina nacional. El debate versa sobre el poder de mercado como elemento distintivo de aplicación de la regla *per se*, y si esto justifica la distinción entre colusión dura o cartel en contraste con la colusión simple o genérica.

---

<sup>87</sup> Santander 2022, 89

<sup>88</sup> Ibidem

**Colusión dura o cartel vs colusión simple o genérica.** La colusión dura corresponde al acuerdo que recae sobre precios, cantidad ofertada, zonas o cuotas de mercado y posturas en licitaciones<sup>89</sup>.

En cuanto a un concepto, Mardones identifica al cartel o colusión dura como *“un tipo de monopolio por unificación consistente en un acuerdo de voluntades desarrollado por una pluralidad de competidores, que establece obligaciones y derechos de idéntico contenido para todos los contratantes mediante acuerdos directos o indirectos que buscan prosecución de un objetivo común: eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia en el mercado relevante respectivo”*<sup>90</sup>.

Por otro lado, Santander la describe como aquel acuerdo explícito, que recae sobre una variable de competencia, el cual consiste en fijar el precio de venta o de compra, la limitación de la producción, la asignación de zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación<sup>91</sup>.

En opinión de Santander, la postura mayoritaria opinaría que la legislación nacional distingue entre acuerdos que requieren o no poder de mercado, lo que explicaría la diferencia entre cartel y colusión genérica<sup>92</sup>.

En estos términos, el primer grupo de prácticas descrito en el artículo 3º, letra a) del DL 211<sup>93</sup>, correspondería a la colusión dura y prescindiría de poder de mercado como elemento del tipo.

En cambio, los acuerdos o practicas concertadas que confieren poder de mercado y consisten en determinar condiciones de comercialización o excluir actuales o potenciales competidores serían casos de colusión simple o genérica.

---

<sup>89</sup> Santander 2022, 85

<sup>90</sup> Mardones Osorio 2020, I:369

<sup>91</sup> Santander 2022, 122–23

<sup>92</sup> Id

<sup>93</sup> A saber, fijación de precios de venta o de compra, limitación de la producción, asignación de zonas o cuotas de mercado, afectación del resultado de procesos de licitación.

En este sentido, la colusión dura o cartel no requeriría atribución de poder de mercado al agente de mercado, ya que se aplicaría la regla *per se*<sup>94</sup>.

De esta forma, de acuerdo con la historia de la ley, se habría declarado que dichos acuerdos o prácticas concertadas serían de suyo contrarias a la libre competencia siguiendo el ejemplo comparado<sup>95</sup>.

En forma disidente, Santander señala que la distinción no se funda en la exigencia de poder de mercado o la aplicación de la regla *per se*. Los argumentos de Santander pueden sintetizarse en los siguientes:

- Todo injusto anticompetitivo requiere poder de mercado. Se funda en el principio de culpabilidad y la aptitud del acuerdo para afectar la libre competencia. Nuestra legislación prohibiría la presunción de derecho de responsabilidad criminal en rango constitucional, y en específico la misma legislación antimonopólica en sus artículos 1º y 3º<sup>96</sup>.
- La colusión es un delito de peligro concreto<sup>97</sup>. No basta la afectación teórica, la ley ha prescrito que se debe afectar la libre competencia o tender a su afectación, a consecuencia de la acción anticompetitiva (el efecto se materializará con certeza)<sup>98</sup>.

La regla *per se* chilena no coincide con su origen. La regla *per se* no dice relación con una exigencia de poder de mercado, sino como forma de rechazar defensas fundadas en eficiencia económica o racionalidad de la conducta<sup>99</sup>.

---

<sup>94</sup> Mardones 2020, 371

<sup>95</sup> Id, I:370

<sup>96</sup> Santander 2022, 123–24

<sup>97</sup> Esta postura se funda en la idea que no existe tal cosa como la distinción entre infracción y delito, por una serie de argumentos que plantearemos en el *capítulo II infracción administrativa, naturaleza administrativa, penal o mixta*.

<sup>98</sup> Santander Óp., Cit. 2022

<sup>99</sup> Id.

## 2.5 La tipicidad en la colusión: el sujeto activo, sujeto pasivo, núcleo o verbo rector, objeto material, elementos normativos.

**Tipicidad.** Conforme a la teoría del delito, la tipicidad es la “*adecuación de una conducta al tipo penal*”<sup>100</sup>.

La doctrina discrepa acerca de la naturaleza de la sanción aplicable al injusto del artículo 3º letra a) y el artículo 62 de DL 211. Se ha señalado que el artículo 3º contiene un tipo infraccional general, mientras que el inciso segundo y sus literales corresponden a tipos específicos. Asimismo, la doctrina ha señalado que el delito de colusión se encuentra en el artículo 62 de forma separada<sup>101 102</sup>. Otra corriente doctrinaria<sup>103</sup> se inclina por pensar que la colusión es, tanto en la forma descrita por los artículos 3º letra a) y 62 del DL 211, un delito en sentido penal, dada la identidad ontológica entre infracción administrativa y delito<sup>104</sup>.

Consideramos relevante la afirmación sobre la naturaleza penal del injusto, a efectos de utilizar adecuadamente el lenguaje técnico jurídico<sup>105</sup> que refiere al principio de tipicidad, en particular: la existencia de un sujeto activo, de un sujeto pasivo, la

---

<sup>100</sup> Matus Acuña y Ramírez Guzmán 2021, 269

<sup>101</sup> Artaza *et al* 2020, 95

<sup>102</sup> Ibidem

<sup>103</sup> Santander 2022, 17-21

<sup>104</sup> Ibidem

<sup>105</sup> Llama la atención, luego de revisión de fuentes, que la doctrina no utilice adecuadamente el principio de tipicidad al analizar la infracción administrativa de colusión. El contenido del *Ius puniendi* exige la aplicación de principio de legalidad en materia de sanciones. Si bien el Tribunal Constitucional ha fallado que las garantías penales deben aplicarse con matices (Sentencia TC, rol 479-2006 ocho de agosto de 2006), no elimina el hecho que nos encontramos frente a una sanción cuya naturaleza no se corresponde con las correcciones a que refiere el artículo 20 del código penal.

Artículo 20 del código penal “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*” (énfasis es nuestro).

conducta y su núcleo o verbo rector, el objeto material y en su caso el objeto jurídico, y finalmente la existencia de elementos normativos del tipo.

**El sujeto activo en el DL 211.** En términos generales, es sujeto activo “el que” ejecute o celebre, individual o colectivamente, hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia o que tiendan a producir dichos efectos.

El sujeto activo, corresponderá a una persona natural o jurídica según corresponda. En este sentido se ha pronunciado la doctrina, incluyendo incluso a las personas jurídicas de derecho público sin distinción<sup>106</sup>.

Parte de la doctrina discrepa respecto de los casos en que la administración obra como autoridad. En estas hipótesis, no podría ser sujeto activo de una práctica anticompetitiva en los términos del DL 211. Los argumentos pueden sintetizarse en los siguientes: existencia de un estatuto especial, principio de legalidad, principio de coordinación<sup>107</sup>, que desarrollamos a continuación.

Respecto de la existencia de un estatuto especial, la administración pública se encontraría sometida a un estatuto especial (el estatuto administrativo y las normas de derecho público que rigen al sector público), conforme al cual la infracción al artículo 4º del DL 211 acarrearía una infracción administrativa, no un injusto anticompetitivo<sup>108</sup>.

En segundo lugar, la administración del Estado puede obrar como agente del mercado, sometiéndose estrictamente al principio de legalidad. Por consiguiente, para infringir las reglas antimonopólicas el estado deberá comportarse como privado, bajo las mismas reglas, siendo coherente con el artículo 21, inciso segundo, de la Constitución Política de la República (en adelante indistintamente la “CPR”)<sup>109</sup>.

---

<sup>106</sup> Mardones Osorio 2020

<sup>107</sup> Santander 2022, 71-72.

<sup>108</sup> Ibidem

<sup>109</sup> Santander 2022, 71-72.

En tercer lugar, se plantea que, si la FNE es parte de la administración, este servicio público, habrá de actuar coordinadamente (principio de coordinación). Sin embargo, el procedimiento administrativo sancionador no le corresponderá a la FNE por formar parte de la misma administración<sup>110</sup>.

Ahora bien, el artículo 3º letra a) precisa que los sujetos activos del delito de colusión serán siempre competidores. Por tanto, la norma en su conjunto permite afirmar que el sujeto activo será “el competidor que...” incurra en alguna de las conductas descritas de forma general o especial en la norma.

Otra parte de la doctrina, bajo consideración de un sistema mixto de protección, señala que el delito de colusión regulado en el artículo 62, amplía las hipótesis de tipicidad a cualquier persona que celebre, ordene celebrar, ejecute u organice un acuerdo que involucre competidores con alguna de las modalidades descritas<sup>111</sup>.

No obstante, la opinión anterior, pareciera que no existía necesidad de regular un delito de colusión en los términos del artículo 62. Primero que todo, la colusión en esencia es un acuerdo entre competidores, si existe un tercero organizador, las reglas penales sobre autoría mediata permiten dar solución al asunto de participación e imputación de responsabilidad criminal<sup>112</sup>. Pareciera entonces innecesaria una nueva tipificación a un delito ya existente o cuya hipótesis comisiva podría ser abordada a través de la dogmática penal.

Por lo tanto, serían sujetos activos de la infracción administrativa solamente los competidores que hayan formado parte del acuerdo; y que copulativamente sean competidores entre sí.

---

<sup>110</sup> Ibidem

<sup>111</sup> Artaza *et al* 2020, 51; 95-96

<sup>112</sup> Matus Acuña y Ramírez Guzmán 2021, 506



Por otro lado, bajo idea de un sistema mixto, serían sujetos activos del delito de colusión, todos quienes concurren a la materialización en la conducta típica, con indiferencia de ser competidores entre sí dada la redacción del artículo 62º del DL 211.

Ahora bien, bajo consideración de la colusión como un delito, deberemos atender a la conducta, para subsumirla bajo el delito del artículo 3º letra a) o el del artículo 62º.

**Sujeto pasivo.** Corresponde a la persona ofendida por el delito<sup>113</sup>. El artículo 3º letra a) distingue entre conductas explotativas y exclusorias. En consecuencia, la víctima podrá ser un competidor actual o potencial o los consumidores.

En principio, el artículo 3º letra a) no distingue respecto de la colusión dura o cartel: *“fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación”*. Dado que el legislador no ha distinguido, permite la afectación tanto de competidores como consumidores. En cambio, la colusión genérica o simple en la parte *“excluir a actuales o potenciales competidores”* clarifica que solamente podrán ser excluidos competidores.

Por otro lado, el artículo 62 no presupone la afectación de competidores o consumidores. Esta regla prescinde del daño concreto, razón por la cual se ha dicho que estaríamos frente a un delito de peligro abstracto. Basta con acreditar la celebración, orden de celebración, ejecución u organización de un acuerdo que involucre a competidores entre sí, y que copulativamente se cumpla con alguna de las hipótesis para establecer la sanción<sup>114</sup>.

---

<sup>113</sup> Matus Acuña y Ramírez Guzmán 2021, 280

<sup>114</sup> Artaza *et al* 2020, 103-105

**Conducta, núcleo o verbo rector.** El artículo 3º, contiene los verbos rectores “ejecutar” y “celebrar”<sup>115</sup>. Por otro lado, el artículo 62 contiene los verbos rectores “celebrar”, “ordenar celebrar”, “ejecutar” y “organizar”<sup>116</sup>.

Al respecto, cabe tener en cuenta lo señalado por Mardones, *“la norma alude a: (i) ejecutar, lo que se refiere a actos unilaterales, o celebrar, en alusión a acuerdos bilateral o plurilaterales; (ii) cualquier hecho (actuación humana sin efectos jurídicos; acto (actuación unilateral con consecuencias jurídicas) o convención (actuaciones bilaterales o plurilaterales con efectos jurídicos)”*<sup>117</sup>.

Sobre el punto, Santelices es de la idea que los verbos se relacionan a la existencia de un acuerdo. Para efectos de interpretarlos, ninguno de ellos opera de forma autónoma, existiendo entonces una dependencia funcional entre la voluntad común de los agentes y el verbo rector<sup>118</sup>.

Respecto del acuerdo penalmente relevante, se comparte el criterio de *“exigir un encuentro o coordinación de voluntades entre competidores”*<sup>119</sup>. Al respecto, *“se requeriría de la constatación de un acto de comunicación entre las partes, siendo esta la razón de que conductas basadas en paralelismos conscientes estén fuera del alcance de las normas de prohibición y sanción”*<sup>120</sup>. Este argumento habrá de tenerse presente también respecto del artículo 3º letra a) si somos de la idea que la colusión es únicamente un delito en sentido penal.

La conducta en sí no supone atentado en contra de la libre competencia si no produce el efecto de impedirla, restringirla o entorpecerla. Al respecto podemos afirmar que el atentado se configurará cuando la competencia se elimine o imposibilite de

---

<sup>115</sup> Mardones Osorio 2020, I:365

<sup>116</sup> Artaza et al 2020, 97

<sup>117</sup> Mardones Osorio 2020, I:365

<sup>118</sup> Artaza et al 2020, 97

<sup>119</sup> Ibidem

<sup>120</sup> Ibidem

manera total, se limite o disminuya, o se establezcan dificultades o trabas a su ejercicio<sup>121</sup>.

Surge la interrogante acerca de la frase “*tienda a producir tales efectos*”. Al respecto algunos autores, con respaldo en la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema, afirman que se sancionan las tentativas de colusión<sup>122</sup>. En forma complementaria a la tentativa, deberá concurrir la idoneidad, cuestión que el TDLC ha encuadrado como la “*aptitud objetiva de crear una posición de mercado que les habría permitido abusar de ella*”<sup>123</sup>.

**Objeto material.** La doctrina penal ha advertido una diferencia entre el objeto material y jurídico<sup>124</sup>. En principio, el artículo 3º letra a) refiere a “actuales o potenciales competidores, pero no refiere a los consumidores. Sin embargo, en base a la ciencia económica y los efectos extensivos de las prácticas anticompetitivas, es posible extraer a modo de inferencia que el legislador ha tenido a la vista también a los consumidores, por ser presupuesto del mercado afectado<sup>125</sup>.

Por otra parte, la legislación antimonopólica ha sancionado conductas sin expresión directa de un objeto material, como ocurre en el artículo 62. Bajo este respecto, el legislador ha descrito una conducta bajo la premisa de protección del bien jurídico libre competencia. Lo anterior se explica del siguiente modo “*puede haber delitos que no hagan referencia a un objeto material (...) pero no puede haber hechos*

---

<sup>121</sup> Mardones Osorio 2020, I:365

<sup>122</sup> Ibid. I:365

<sup>123</sup> Ibid. I:366

<sup>124</sup> Matus Acuña y Ramírez Guzmán 2021, 286

<sup>125</sup> Podemos afirmar que las acciones resarcitorias que se contemplan respecto de los consumidores evidencian, en colusiones de naturaleza explotativa, que el objeto corresponde además de la libre competencia al interés colectivo de los consumidores. Lo anterior es razonado por nuestra Excelentísima Corte Suprema en fallo 6 de enero de 2020, Rol 1531-2018, caratulado Fiscalía Nacional Económica con CMPC y SCA Chile, en su considerando vigésimo segundo “En efecto, en autos se trata de dilucidar si el comportamiento de las partes ha vulnerado la libre competencia, vale decir, y como se dijo más arriba, aqueel ámbito del derecho que garantiza el orden público económico y que comprende diversos intereses, entre los que cabe mencionar el interés colectivo de los consumidores y el interés público del Estado dirigido a conservar un mercado altamente competitivo” (énfasis es nuestro).

*punibles que no estén destinados a la protección o evitación de un daño a un bien jurídico*<sup>126</sup>.

**Elementos normativos.** Corresponden a los casos en donde se hace necesaria la valoración cultural o jurídica de un término utilizado por el legislador, principalmente en aquellos casos donde el tipo no es meramente descriptivo, sino que a la vez normativo<sup>127</sup>.

Es claro que el artículo 62 prescinde de un objeto material. A su respecto, considerando que las reglas contenidas en el DL 211 la protección de la libre competencia en los mercados a través de las reglas que fijan sanciones, podemos afirmar que las expresiones “libre competencia” y “poder de mercado” suponen una valoración<sup>128</sup> cultural económica<sup>129</sup>.

**Elemento subjetivo.** Parte de la doctrina señala que el artículo 3º del DL 211 refiere a competidores como elemento necesario de prueba a efectos de su punibilidad. Al respecto cabe realizar algunas apreciaciones desde la dogmática penal.

Los elementos subjetivos en los delitos refieren a “*especiales motivaciones o finalidad del acusado que deben probarse antes de afirmar la tipicidad del hecho*”<sup>130</sup>. La dogmática penal clasifica estos delitos en delitos de intención trascendente y de tendencia. Respecto de estos últimos, lo que les caracteriza es “el ánimo del sujeto el que tiñe de sentido la conducta en cuanto peligrosa para el bien jurídico tutelado (...) parece situado más bien antes o detrás de la conducta objetiva, la cual sería

---

<sup>126</sup> Matus Acuña y Ramírez Guzmán Óp., Cit. 2021, 286

<sup>127</sup> Matus Acuña y Ramírez Guzmán 2021, 289

<sup>128</sup> Ibid.

<sup>129</sup> Al respecto, si bien la ciencia económica permite entender qué es la libre competencia *qué se resguarda*, pareciera que aún falta establecer *el por qué se resguarda*. Podemos decir que la libre competencia es equivalente a competencia perfecta, aquella sin fallas de mercado, externalidades, con información perfecta y sin poder de mercado (Santander 2022, 8-9). En opinión de Santander libre competencia y competencia perfecta no son lo mismo, necesariamente (Santander 2022, 13-17).

<sup>130</sup> Matus Acuña y Ramírez Guzmán Óp. Cit. 287

susceptible de interpretarse de modos diversos y solo mediante esa especial intención adquiere su verdadera significación como hecho socialmente dañoso”<sup>131</sup>.

Al respecto, teniendo a la vista la opinión de Matus y Acuña sobre el punto, pareciera que el artículo 3º letra a) no enfatiza en el hecho de ser competidores, a efectos de determinar un elemento subjetivo<sup>132</sup>. El atentado en contra de la libre competencia se materializa al impedir, restringir o entorpecer la libre competencia a través del acuerdo. El conocimiento es irrelevante<sup>133</sup>, sobre todo bajo consideración que la prueba en juicio supone la exclusión de la imprudencia como forma de imputación subjetiva<sup>134</sup>. Y bajo respecto de la colusión, sostenemos que esta supone dolo para su sanción, pero bajo consideración de la lesión al bien jurídico protegido libre competencia<sup>135</sup>.

---

<sup>131</sup> Ibidem

<sup>132</sup> Son expuestos como ejemplos por Matus y Acuña, siguiendo a Politoff, los delitos de abuso sexual de los artículos 366 a 366 ter, o ánimo de injuriar del art. 416.incluso en esta parte existe intenso debate entre la jurisprudencia y la doctrina.

<sup>133</sup> La norma es clara “Los acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí”; deben estar involucrados: conozcan dicha circunstancia o no.

<sup>134</sup> Matus Acuña y Ramírez Guzmán Óp. Cit., 287

<sup>135</sup> Artaza *et al* 2020, 100 y Santander 2022, 73

### 3 CAPITULO II: LA INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA DE COLUSIÓN

---

#### 3.1 El ilícito administrativo: *ius puniendi*, derecho administrativo sancionador, sanción administrativa, ilícito administrativo e ilícito penal ¿Qué los diferencia?, naturaleza del ilícito de colusión artículo 3º, letra a) del DL 211.

---

**Ius puniendi.** La expresión *ius puniendi*<sup>136</sup> comprende aquellas hipótesis en donde el Estado pretende la imposición de una sanción, sea ejecutada por un tribunal de justicia o por la administración.

Este derecho de castigar se advierte primeramente en los delitos y penas. Desde la ciencia penal, “[l]o *distintivo de las leyes que se consideran como penales o criminales en los diversos ordenamientos jurídicos es que imponen un mal que recae sobre el cuerpo de una persona natural o consiste en la privación de derecho o bienes de una persona natural o jurídica, sin que dicho mal o privación de derecho o bienes esté condicionado a, o consista en la reparación de un daño exigida por un particular; o esté condicionado a, o consista en privaciones y restricciones de derechos aplicadas temporalmente para forzar el cumplimiento de una obligación determinada que cesa con su cumplimiento*”<sup>137</sup>.

La función de castigar entregada al Poder Judicial<sup>138</sup> encuentra como límite superior de derecho positivo a la constitución, formal y materialmente. En concreto,

---

<sup>136</sup> De acuerdo con el diccionario panhispánico del español jurídico *ius puniendi* refiere: “Adm. y Pen. Potestad del Estado para castigar mediante los dos sistemas represivos existentes en nuestro derecho: el derecho penal, que es aplicado por los jueces y tribunales, y el derecho administrativo sancionador, que es aplicado por la Administración” disponible en [. <https://dpej.rae.es/lema/ius-puniendi>], fecha de consulta lunes 21 de noviembre de 2022

<sup>137</sup> Matus Acuña y Ramírez Guzmán 2021, 52–53

<sup>138</sup> “En el estado absolutista, la regla era la concentración de los poderes en el monarca, en quien residía la soberanía y quien por ello gozaba de las atribuciones de emitir las leyes, ejecutarlas y resolver los diferendos que pudieren surgir de dicha ejecución.

Posteriormente, a partir del desarrollo, en Francia, de la teoría de la división de poderes, se consideró que para garantizar el ideal democrático, el derecho de sancionar debía corresponder en exclusiva al Poder Judicial, identificándose dicho derecho punitivo con el derecho penal; consecuentemente al Poder Ejecutivo debía serle negada cualquier facultad sancionadora, debiendo destacarse que ello fue establecido así como principio”. (Polo Pérez 2021, 59)

conforme al artículo 76 de nuestra Constitución política de la República, queda entregada de forma privativa a los tribunales establecidos por la ley<sup>139</sup>.

La existencia de un Estado separado en poderes investido de la atribución de imponer penas sancionando los quebrantamientos al orden jurídico. Ya a partir del Estado burgués, se limita la libertad y autonomía de la persona mediante la ley<sup>140</sup>, “*como expresión de la voluntad general dotada del consiguiente señorío social*”<sup>141</sup>.

A propósito de esta función surge para algunos una rama separada de estudio con principio y garantías particulares, conocido como derecho administrativo sancionador<sup>142</sup>.

Ahora bien, en uno y otro caso, la sanción debe lograr proteger uno o más bienes jurídicos, ajustándose a las máximas de legalidad, principio reserva y debido proceso<sup>143</sup>.

Se debe determinar entonces cuáles son las razones para fundar la existencia de una infracción administrativa en sede de libre competencia<sup>144</sup>.

**Derecho administrativo sancionador.** En los albores del Estado moderno, la transición desde un monarca absoluto a una triple división de poderes permitió garantizar el ideal democrático, radicando la facultad sancionadora en el poder judicial. La facultad represora del monarca absoluto, no obstante, persistió en la administración

---

<sup>139</sup> “Artículo 76. La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenidos de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos”.

<sup>140</sup> Novoa Monreal. Eduardo 1984, 201

<sup>141</sup> Novoa Monreal. Eduardo 1984, 203

<sup>142</sup> Polo Pérez 2021, 59-61

<sup>143</sup> Matus Acuña y Ramírez Guzmán 2021, 54–55

<sup>144</sup> Analizaremos las teorías de la sanción administrativa, revisión de la estructura del injusto contenido en el artículo 3º letra a) del DL 211 y su correlato o no con un sistema administrativo sancionador.

del Estado. Este fenómeno es descrito por los autores como sistemas de derecho administrativo sancionador<sup>145</sup>.

El derecho administrativo sancionador concebido por algunos como “[e]l conjunto de normas (...) que comprende las atribuciones gubernativas generales para imponer sanciones a todos los ciudadanos”<sup>146</sup>.

Otros argumentan que el derecho administrativo sancionador tiene fisonomía propia, lo cual permitiría sostener que la represión por parte de la administración supone diferencias esenciales en cuanto al establecimiento, juzgamiento y aplicación del castigo<sup>147</sup>.

Nuestro Excmo. Tribunal Constitucional<sup>148</sup> ha razonado acerca de la “*existencia de un límite material al derecho administrativo sancionador*”<sup>149</sup> lo cual abre la interrogante acerca de la naturaleza jurídica de la sanción y régimen jurídico aplicable<sup>150</sup>.

**Sanción administrativa.** Bermúdez nos entrega una noción amplia y otra estricta de sanción. La primera corresponde a toda retribución negativa que dispone el ordenamiento jurídico a consecuencia de realizar una conducta, mientras que la

---

<sup>145</sup> Polo Pérez 2021, 59

<sup>146</sup> Matus Acuña y Ramírez Guzmán 2021, 96

<sup>147</sup> Polo Pérez 2021, 61

<sup>148</sup> Matus y Ramírez refieren a la STC Rol 1518 del año 2010, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en materia sanitaria, en donde se habría solicitado el arresto de los recurrentes por vía de sustitución y apremio por no pago de multas impuestas por la intendencia de la RM. El artículo 169 del código sanitario facultaría al Intendente o Gobernador para detener y privar de libertad al infractor. En su considerando quinto, el TC razona “En efecto, mientras las remociones e inhabilidades, así como las multas, constituyen las sanciones típicas del derecho administrativo, donde lo propio cabe aseverar de las penas privativas de libertad respecto del ámbito penal, el artículo 169, por idénticos hechos imputados al infractor, convierte automáticamente la multa en pena de prisión, como forma de apremio o presión, habida cuenta de que esta sustitución opera con ejecución administrativa inmediata, cuando aquella no hubiere sido pagada dentro de los cinco días hábiles siguientes a su notificación”. Se advierte por la magistratura en su considerando séptimo que la “autoridad sanitaria cuenta con el desuso privilegio de poder consumir la pena, con auxilio de la fuerza pública, sin autorización judicial previa, a pesar de encontrarse ésta sometida a revisión jurisdiccional y con sentencia pendiente conforme al artículo 171, por aplicación de lo prescrito en el artículo 169, en relación a los artículos 170 y 172 del Código del ramo”.

<sup>149</sup> Matus Acuña y Ramírez Guzmán 2021, 96

<sup>150</sup> Cordero Quinzacara 2014, 400–401



segunda corresponde a las sanciones impuestas como consecuencia de una **infracción administrativa delimitada por la ley**. Estas últimas corresponderían a las sanciones administrativas<sup>151</sup>.

Por otro lado, el profesor Cordero, expone que nuestra jurisprudencia ha entendido por sanción administrativa “*un mal inflingido por un **órgano administrativo** que supone una conducta ilícita por parte del particular y una finalidad esencialmente represora*” (sic)<sup>152</sup>.

En principio, lo que caracterizaría a la sanción administrativa es el **órgano sancionador, es decir, una diferencia formal**<sup>153</sup>. Por otro lado, pareciera que tanto las infracciones como las penas se someterían a un estatuto común de garantías penales. Lo anterior, en forma supletoria y a falta de una ley general que regule las sanciones administrativas<sup>154</sup>.

Parte de la doctrina se ha mostrado crítica respecto a este *trasvasije* instrumental<sup>155</sup>.

La jurisprudencia administrativa ha sostenido que el desarrollo del aparato estatal hace innecesario acudir al ordenamiento penal, bastando la aplicación del derecho común para satisfacer la exigencia de garantías para el administrado<sup>156</sup>.

En lo relativo a la jurisprudencia judicial, el límite entre sanciones penales y administrativas no es tan claro. Para establecer la existencia de una sanción administrativa, se sigue la aplicación matizada del *ius puniendi* como una unidad,

---

<sup>151</sup> Bermúdez Soto 1998, 323

<sup>152</sup> Cordero Quinzacara 2014, 401; 2013, 79–103

<sup>153</sup> Matus Acuña y Ramírez Guzmán 2021, 96

<sup>154</sup> Cordero Quinzacara 2014, 404

<sup>155</sup> Letelier Wartenberg 2017

<sup>156</sup> Matus Acuña y Ramírez Guzmán 2021, 97

siendo aplicables principios y garantías penales con matices en sede administrativa sancionatoria.

Por otro lado, la jurisprudencia más reciente ha optado por alejarse de la aplicación matizada, por ejemplo, en materia de prescripción e imposición de sanciones simultáneas o sucesivas por hechos sujetos a la jurisdicción administrativa y penal, reconociendo entonces un ámbito propio al derecho administrativo sancionador<sup>157</sup>.

**Ilícito administrativo e ilícito penal, ¿Qué los diferencia?** “[L]a doctrina ha enfrentado el tema de la naturaleza de las infracciones o contravenciones administrativas, especialmente con el objeto de poder hacer el deslinde de los delitos y las penas”<sup>158</sup>.

Las tesis que han sido estudiadas al respecto corresponden a la tesis sustancialista centrada en el derecho penal de policía, cuyo principal exponente es Feuerbach; la tesis sustancialista del derecho penal administrativo, representada por Goldschmidt; y la tesis formalista o de la identidad ontológica de estos ilícitos, en donde destaca Merkl<sup>159</sup>.

#### **Tesis sustancialista: iusnaturalismo y derecho penal de policía.**

Las materias de policía, en su origen, descansaban en la administración, con una discrecionalidad amplia. Estas materias formaban parte separada del orden jurídico y eran inapelables. El derecho penal de policía descansaba en la distinción entre el delito natural y el injusto de policía. Este último se alzaba como uno de creación estatal, basado en conceptos morales que resultaban indiferentes desde la perspectiva jurídica, en atención a *lo peligroso*. La determinación de una *pena policial* era una decisión del gobierno de turno, pero que corría el riesgo de imponer sanciones tan

---

<sup>157</sup> Matus Acuña y Ramírez Guzmán 2021, 98

<sup>158</sup> Cordero Quinzacara 2013, 134

<sup>159</sup> Cordero Quinzacara 2013, 134

graves como las prescritas en materia penal sin correlación en garantías. Es por estas razones que la doctrina alemana asoció el derecho penal de policía al derecho penal propiamente dicho, a través de un proceso judicial común a toda acción punible en esta sede<sup>160</sup>.

### **Tesis sustancialista: derecho penal administrativo.**

De forma preventiva, en esta parte referimos al derecho penal administrativo como el derecho sancionador de las infracciones administrativas. La palabra infracción será utilizada para referir a la infracción administrativa, mientras que la palabra delito será utilizada para referir al delito penal.

La teoría del derecho penal administrativo descansa en la idea de que todo hombre tiene un deber general de prevención ante peligros, y de promoción el bienestar general, lo que en últimas cuentas está de cargo de la administración de turno<sup>161</sup>.

Esta teoría utiliza un binomio de imposición de deberes: por una parte, deberes individuales que se relacionan al orden jurídico, y por otro lado deberes generales que se relacionan a deberes impuestos por la administración<sup>162</sup>.

El binomio permite sostener que existe una línea divisoria fundada en la anti-administratividad, elementos formales y el órgano jurisdiccional administrativo.

Respecto de la anti-administratividad, mientras que el delito se produce con el daño a un bien jurídico, la infracción se produce cuando no se alcanza el objeto o meta de la administración, derivada de una especie de *lucro cesante*, por omisión al deber general de coadyuvar a la administración en la persecución del bienestar general. Ahora bien, Goldschmidt refiere a ciertos bienes jurídicos que tienen carácter público (v. gr. la libre competencia en nuestro caso de estudio), logrando la protección de un

---

<sup>160</sup> Cordero Quinzacara 2012, 134–36

<sup>161</sup> Cordero Quinzacara 2012, 136–38

<sup>162</sup> Ibidem

bien jurídico primario (v. gr. propiedad) a través de un bien jurídico secundario (v. gr. la libre competencia)<sup>163</sup>.

Respecto del elemento formal, el vehículo de aplicación de la potestad sancionadora en el delito corresponde a la sentencia judicial, mientras que la infracción se vale del acto administrativo sancionatorio. A estos efectos, la diferenciación correspondería al órgano que impone la sanción.

Por último, respecto del órgano jurisdiccional administrativo, se sostiene que la existencia de un tribunal especial de la administración aseguraría la debida aplicación de garantías y protección a los ciudadanos. Lo anterior se encuentra pendiente en nuestra legislación, careciendo de tribunales contencioso-administrativos. Como un comentario de *lege ferendae*, la creación de estos tribunales podría llevar a sostener el punto de Goldschmidt en la distinción infracción-delito<sup>164</sup>.

**Tesis Formalista.** Como respuesta crítica a la teoría de derecho penal administrativo, las tesis formalistas establecen como línea base la identidad ontológica entre delitos y penas. Merkl propone un análisis desde lo externo<sup>165</sup>:

- El legislador establece una sanción y entrega su conocimiento a la administración.
- La sanción se sujeta al régimen jurídico del derecho administrativo.
- Para su aplicación existirá un procedimiento administrativo.
- El acto administrativo será el que determine la infracción, responsabilidad y sanción aplicable.

---

<sup>163</sup> Es relevante tener presente que la distinción entre bienes jurídicos primarios y secundarios suponen una modulación entre la concepción local y temporal de "bien jurídico". Su concepción de derecho administrativo corresponde a un conjunto de preceptos que tienen por base la promoción del bien público o del Estado. El sistema jurídico autoriza al Estado a través de una norma la imposición de una *pena* como consecuencia de la contravención de un precepto administrativo que ha sido previamente descrito en un *tipo*. (Cordero Quinzacara 2012, 137)

<sup>164</sup> Cordero Quinzacara 2012, 136–38

<sup>165</sup> Cordero Quinzacara 2012, 138–41

Lo anterior, no obstante ser claro en lo expositivo, es objeto de crítica por el profesor Cordero Quinzacara<sup>166</sup>.

En primer lugar, se afecta la certeza y libertad del ciudadano, ya que no será el poder legislativo quien determine el injusto, sino la administración<sup>167</sup>.

En segundo lugar, se plantea un problema de extensión respecto de la configuración del injusto, toda vez la administración no se encontraría sujeta a las reglas del poder legislativo<sup>168</sup>.

En tercer lugar, no se avistan las garantías claramente descritas en el orden penal<sup>169</sup>.

Por último, existen aspectos ajenos a lo formal que permiten diferenciar infracciones de delitos (v.gr. gravedad de la sanción, naturaleza de la persona sancionada, la valoración ética-moral en las infracciones<sup>170</sup>)

**La tesis cuantitativa.** Se centra en la afectación por aplicación de la sanción, con una base ético-social del injusto.

La problemática en torno a la distinción parece encontrar una explicación jurídica en el derecho penal colateral o de segunda velocidad<sup>171</sup>.

El objeto de reproche corresponde a la puesta en peligro (abstracto) de bienes supra individuales. El análisis de lesividad de la conducta opera sobre normas que establecen un estándar de funcionamiento de la sociedad. En este sentido las

---

<sup>166</sup> Ibidem

<sup>167</sup> Ibidem

<sup>168</sup> Ibidem

<sup>169</sup> Ibidem

<sup>170</sup> Sobre el punto, una infracción de tránsito es menos reprochable que las lesiones provocadas con ocasión de la infracción de tránsito. Lo cual justificaría el tratamiento separado entre la infracción de tránsito (que puede aplicar un funcionario de la policía) y el delito de lesiones (cuya sanción corresponde aplicar mediante sentencia firme y ejecutoriada en sede penal).

<sup>171</sup> Cordero Quinzacara 2012, 147-150

infracciones administrativas comulgan en este último aspecto, guardando en todo caso la proporcionalidad entre gravedad de la sanción y las garantías que amparan al particular<sup>172</sup>.

La problemática ha sido abordada desde el ámbito constitucional. Autores como Soto Kloss y Huneus plantean la incompatibilidad del ejercicio de la jurisdicción por parte de órganos de la administración<sup>173</sup>.

Desde otra óptica, en opinión del profesor Cordero, el problema radicaría en la relación entre delito, pena y autoridad judicial. Siguiendo una interpretación tradicional del artículo 76 de nuestra Constitución Política de la República, el principio de legalidad rige el establecimiento de delitos y penas. El juez, por mandato constitucional, deberá sustanciar el proceso con miras a verificar si existe comisión del delito y en consecuencia la sanción aplicable al caso concreto. La conclusión de esta interpretación corresponde a que *“todo castigo o sanción que dispense el Estado como consecuencia de una conducta ilícita solo puede ser aplicada por vía judicial”*<sup>174</sup>.

El profesor Cordero propone una reformulación de lo anterior<sup>175</sup>:

1. Nuestra constitución acoge la identidad ontológica entre sanción penal y administrativa. La palabra pena ha sido entendida en sentido amplio, como reacción estatal represiva frente a un acto ilícito<sup>176</sup>.
2. Las penas administrativas y penales comparten las mismas “garantías mínimas sustantivas como procedimentales: legalidad, tipicidad, culpabilidad, irretroactividad, justo y racional procedimiento previo”<sup>177</sup>. Lo anterior ha sido

---

<sup>172</sup>Ibidem

<sup>173</sup> El acento en esta parte es puesto en los artículo 19 N.º 3 y 4 en relación con el artículo 76, mientras que Huneus analiza la institución de los gobernadores durante el siglo XIX (Cordero Quinzacara 2012, 151)

<sup>174</sup> Cordero Quinzacara 2012, 151

<sup>175</sup> Cordero Quinzacara 2012, 151-155

<sup>176</sup> Ibidem

<sup>177</sup> Cordero Quinzacara 2012, 152

considerado por nuestro Excmo. Tribunal Constitucional respecto de los elementos esenciales comunes de estos injustos.

3. Principio de legalidad - tipicidad, el legislador tiene la prerrogativa exclusiva de determinar qué conductas son o no injustos en base a una valoración o juicio de mérito. No obstante, se encontraría morigerada en un triple sentido por el principio de proporcionalidad<sup>178</sup>.

4. Intervención necesaria del tribunal de justicia, se determina por la aplicación de penas privativas de libertad ya que la aplicación de tal sanción siempre corresponderá a un tribunal de justicia, sea que procedan de forma directa o por sustitución<sup>179</sup>.

5. Criterio cuantitativo constitucional. Los crímenes a los que refiere la Constitución Política de la República permiten establecer que a mayor sanción se requiere intervención del tribunal de justicia, ya que estamos frente al derecho penal nuclear.

6. Carácter residual de los órganos sancionadores administrativos. Si la sanción corresponde a una de las más altas dentro de nuestro ordenamiento jurídico, entonces la intervención del juez será necesaria. *A contrario sensu*, si no estamos frente a una sanción de alta intensidad sería admisible que un órgano de la administración sancione el injusto<sup>180</sup>.

---

<sup>178</sup> Al respecto el profesor Cordero Quinzacara indica que toda limitación a un derecho fundamental debe encontrar justificación tanto en su intensidad, conveniencia, necesidad, contrapesado con el derecho fundamental que se busca proteger o cautelar. Toda pena privativa de libertad requiere en todo caso la intervención de un tribunal de justicia en sentido propio. En ningún caso una pena que suponga multa, aplicada por la administración, podrá mutar en una pena privativa de libertad.

<sup>179</sup> Al respecto el profesor Cordero Quinzacara refiere a la sentencia Rol 1518 de nuestro TC en donde se razona sobre las medidas compulsivas de la autoridad sanitaria a efectos de sustituir la multa por privación de libertad al infractor sin intervención del juez.

<sup>180</sup> *Ibidem*

**Naturaleza del ilícito de colusión, ¿Administrativo, penal o mixto?**<sup>181</sup> La doctrina no es uniforme al respecto. Creemos que existen buenos argumentos para afirmar que el ilícito de colusión se inserta en un sistema mixto de protección a la libre competencia, como así también para afirmar que es propiamente un ilícito de naturaleza penal.

**La colusión como un injusto inserto en un sistema mixto de protección a la libre competencia.** El punto de partida debe ser necesariamente la organización del texto legal que contiene disposiciones relativas a la colusión. El DL 211, en su *Título I, Disposiciones generales*, describe la colusión como los acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí. A su vez describe una serie de formas en que pueden arribarse a este acuerdo o práctica concertada, bajo la idea general que estas conductas forman parte de los hechos, actos o convenciones que

---

<sup>181</sup> Lo que resulta interesante del análisis es la técnica legislativa en materia de colusión. El artículo 3º letra a), en relación con el artículo 26 del DL 211, de acuerdo con el lenguaje jurídico en materia de libre competencia, establecería una infracción administrativa. Sin embargo, creemos que existe una serie de razones por las cuales estaríamos frente a un delito, que se identifica con el derecho penal colateral.

La doctrina ha identificado en el ilícito de colusión un atentado en contra de un bien supra individual, la libre competencia En este sentido Santander Cepeda, 2022).

Si bien es cierto que el artículo 26 no establece una sanción privativa de libertad (cuestión que sí establece el artículo 62 en materia del delito de colusión), nos enfrentamos a ciertas características problemáticas:

1. **El órgano que ejerce jurisdicción.** El procedimiento es tramitado ante un tribunal de justicia especial, el TDLC. Será el órgano que sustanciará el procedimiento y establecerá la sanción en base al requerimiento de la FNE. En esta línea de ideas, la FNE (órgano de la administración) no es quien fija o impone la sanción, sino el legitimado activo para obrar en pro del interés de la sociedad en materia de libre competencia.
2. **La cuantía de la sanción.** La sanción que puede imponer el TDLC parece distar mucho, en términos proporcionales, de las multas que pueden imponer órganos de la administración o incluso delitos regulados en nuestro código penal, como sería el hurto en todas sus formas.
3. **La sentencia como antecedente de la pena privativa.** En base al texto expreso y la guía de interposición de querellas en materia del delito de colusión el FNE presupone una sentencia condenatoria en sede de libre competencia y que el recurso de reclamación ante la Excma. Corte Suprema no haya sido favorable al reclamante. La sanción impuesta por el TDLC estaría siendo el antecedente necesario para la imposición de una sanción privativa de libertad con intervención del JG y TJOP en su caso.
4. **El bien jurídico protegido libre competencia y el injusto de colusión.** La doctrina sitúa la libre competencia como un bien jurídico plausible de protección, cuyo contenido se eleva a la categoría de supra individual. En particular, el injusto anticompetitivo, y en el caso la colusión, se alza como un atentado contra la libre competencia.



impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir estos efectos, y que les corresponde la sanción descrita en el artículo 26.

En lo relativo a las sanciones, estas se sitúan en el *Título II, Del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en su párrafo 2, De las atribuciones y procedimientos*. La norma referida, enfatizando en el contenido de la sentencia definitiva dictada por el TDLC, indica que éste podrá adoptar una de las medidas que indica.

Ambas normas se encuentran en las disposiciones generales. La primera, por tratarse de una descripción de un injusto, pero sin referencia a su naturaleza. La segunda, por tratarse de normas orgánicas que regulan las facultades del órgano jurisdiccional.

Ahora bien, el DL 211 da tratamiento a la colusión de forma especial en sentido penal en su *Título V, De las Sanciones Penales*, artículos 62º y siguientes. Al respecto, el legislador describe un tipo y de forma inmediata, en el mismo inciso, la sanción que lleva aparejada.

En su inciso segundo describe una pena accesoria, en su inciso tercero entrega los criterios para determinación de la pena de forma especial y sin consideración de las reglas contenidas en el Código Penal y, por último, en su inciso final, regula la aplicación de la Ley 18.216 que establece penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad.

En esta línea de ideas pareciera que, de la exégesis de la norma, el legislador ha establecido dos situaciones que configuran injustos anticompetitivos. Uno que corresponderá a la colusión descrita en la letra a) del artículo 3º del DL 211, mientras que otro, de especial consideración, ha sido determinado en el artículo 62 del mismo cuerpo legal.

Un segundo punto de aproximación corresponde a la naturaleza de las sanciones. Respecto del artículo 3º letra a) del DL 211 serán aplicables las sanciones contempladas en el artículo 26, siendo el legislador claro en que el TDLC “*podrá*” –refiere entonces a una facultad, una cuestión que está a discreción del tribunal–, “*adoptar las siguientes medidas*” –en cuanto pluralidad de sanciones, que entendidas

a la luz del verbo “*podrá*”, es algo que se deberá determinar caso a caso, pudiendo ser una o más en cualesquiera de las combinaciones de los literales–.

Lo anterior contrasta con el artículo 62 incisos primero y segundo del DL 211. En primer lugar, porque la norma bajo el Título V establece una pena principal compuesta, la cual recorre la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo y, a su vez, su inciso segundo determina una pena accesoria la cual sigue a la principal. Lo anterior se da a entender del adverbio “*asimismo*”, que presupone concurrencia necesaria a la existencia de pena privativa, castigando al responsable con la 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.

De lo anterior podemos concluir que, en cuanto a la sanción, el legislador ha regulado en cada caso cuál o cuáles sanciones procedería aplicar en caso de verificarse la conducta descrita en el artículo 3º letra a) del DL 211, mientras que ha regulado de forma especial la sanción privativa de libertad e inhabilitación en su artículo 62.

Un tercer análisis puede desprenderse de la tipicidad. De forma preliminar, el legislador describe dos grupos de conductas en el Título I y luego en el Título V, las que conviene analizar de forma separada y luego conjunta a modo comparativo.

La primera queda consagrada en el artículo 3º letra a), del DL 211 la cual define colusión como “*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 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*”.

El elemento central de este injusto corresponde al acuerdo o práctica concertada que involucra competidores entre sí. Como fue expuesto supra, lo esencial

a la colusión es el concierto entre competidores. Luego, la forma en que esta se concreta es irrelevante para efectos de calificar la conducta de injusta, toda vez que es un acto que atenta en contra de la libre competencia por el solo hecho de existir una operación concertada, lo cual es contrario a la competencia leal para con los demás competidores y es, a su vez, injusto respecto del mercado y los consumidores. En esta faz del injusto, el legislador ha optado por requerir pluralidad de sujetos, toda vez no sería posible acordar de forma unilateral en los términos de la norma, tampoco ordenar, organizar, u desarrollar otras formas de coordinación. Es menester que existan al menos dos partes del acuerdo y que sean competidores entre sí.

A su vez, se precisa la forma de comisión, distinguiendo en los siguientes:

- a) Fijación de precios de venta o de compra.
- b) Limitación de la producción.
- c) Asignación de zonas o cuotas de mercado.
- d) Afectar procesos de licitación.
- e) Determinar condiciones de comercialización.
- f) Excluir actuales o potenciales competidores.

Respecto de las últimas dos, el legislador incorporaría, al parecer, un elemento adicional, en término de que se mantenga o alcance poder de mercado a consecuencia del acuerdo o práctica concertada.

Como contrapartida, el artículo 62 del DL 211, sanciona a *“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”*.

En el ámbito de las sanciones penales, el DL 211 ha individualizado al autor.. En este sentido, se refiere expresamente a *“el que”*, es decir, bastaría la participación en cualesquiera de sus ámbitos para ser sujeto activo del delito descrito. A su vez,

quien sea sujeto activo, podrá serlo bien por celebrar, ordenar celebrar, ejecutar u organizar un acuerdo que involucre a dos o más competidores entre sí. Pareciera entonces que el legislador sustrae de la esfera de la competencia al sujeto activo, sería plausible imaginar un caso en el que un tercero ajeno al mercado organice a los competidores con los fines que indica el tipo.

En base a lo anterior, el legislador ha descrito la forma de comisión en las formas que siguen:

- a) Fijar precios de venta o de compra de bienes o servicios en uno o más mercados.
- b) Limitar la producción o provisión.
- c) Dividir, asignar o repartir zonas o cotas de mercado.
- d) Afectar el resultado de licitaciones realizadas por empresas públicas, privadas prestadoras de servicios públicos, u órganos públicos.

Como puede advertirse, el legislador se aparta del poder de mercado como elemento del tipo. Asimismo, no contempla la determinación de condiciones de comercialización ni la exclusión de actuales o potenciales competidores.

Un cuarto y último criterio correspondería al órgano llamado a conocer y juzgar. Como bien ha quedado establecido, las normas contenidas en el *Título II del Decreto Ley 211*, refieren al Tribunal de Defensa de la Libre competencia, el cual se encuentra facultado para imponer las sanciones que indica el artículo 26, norma a la que remite el artículo 3º letra a) que corresponde a la primera faz del injusto de colusión.

Asimismo, es el TDLC el llamado a conocer de las infracciones contenidas en el DL 211, previniendo, corrigiendo y sancionando los atentados a la libre competencia, conforme a la lectura conjunta del artículo 5º y 18º N.º 1) del DL 211. Este procedimiento iniciará mediante requerimiento de FNE o demanda interpuesta por cualquier otro particular y puesta en conocimiento de FNE.

Como contrapartida, el artículo 64 del Decreto Ley 211, al regular los presupuestos de forma en la interposición de la acción penal\_\_\_\_\_, presupone la existencia de una sentencia definitiva ejecutoriada del TDLC, no siendo admisible

denuncia o cualquier otra querrela, sino la que exclusivamente pudiere interponer la FNE, siguiendo la regla del artículo 166 del Código Procesal Penal, norma procesal por excelencia en los procedimientos penales de acción penal pública, mediante el procedimiento ordinario, contenida en el Libro II del Código Procesal Penal. De esta forma, para el ejercicio de la acción penal, la legitimación activa queda radicada de forma exclusiva en la FNE.

Podemos concluir de lo anterior, la existencia de dos tribunales llamados a conocer de asuntos diferentes, distinta legitimación activa y procedimientos diferentes y, a mayor abundamiento, la necesidad de una sentencia definitiva ejecutoriada dictada en sede de libre competencia para dar inicio a un proceso penal en el marco de la persecución del delito de colusión.

De los criterios expuestos anteriormente podemos concluir:

1. Orgánicamente el legislador ha separado un injusto de colusión en sus reglas generales, mientras que ha dado un tratamiento separado y especial a una colusión cuya sanción es penal.
2. La sanción aplicable a la primera conducta descrita en el artículo 3º letra a) del DL 211 corresponde a la del artículo 26 del mismo cuerpo legal. Estas pueden ser aplicadas a discreción del TDLC de forma separada o conjunta, en cualesquiera combinaciones atendidas la gravedad de la conducta. En cambio, el artículo 62 inciso primero y segundo es claro en la pena que se asigna a la conducta, no pudiendo el tribunal determinar otra sanción, quedando restringido al *quantum* de la pena en los rangos que establece.
3. En cuanto a la descripción de la conducta, el legislador ha descrito en el artículo 3º letra a) del DL 211 un catálogo más amplio en cuanto a su enumeración, mientras que en la norma 62 ha establecido un catálogo más restringido, pero a su vez más descriptivo, utilizando una técnica propia del derecho penal.
4. Por último, en cuanto a la competencia y procedimiento, podemos verificar que existen dos tribunales distintos, cuya competencia está determinada por el Código Orgánico de Tribunales, y cuyos procedimientos se

encuentran reglados por el DL 211 y el Código Procesal Penal, y supletoriamente por el Código de Procedimiento Civil respectivamente.

5. Podemos concluir que el legislador ha establecido dos injustos diferentes en el DL 211.

### 3.2 Regla *per se*: ¿recepción en el derecho interno?

---

**La regla *per se*.** De acuerdo con la literatura especializada, los tribunales estadounidenses fueron desarrollando una regla de juzgamiento para casos de *derecho* de libre competencia bajo la *Sherman Act*. Esta regla, cuya antecedente remonta al caso Standard Oil del año 1911, establece que ciertas conductas son ilegales en sí mismas, no existiendo argumento que las justifique<sup>182</sup>.

**Recepción en el derecho interno.** La regla *per se*, conforme la mayoría de la doctrina fue incorporada con ocasión de la modificación de la ley 20.945 del año 2016.

Se ha argumentado que actualmente nuestra legislación reconoce expresamente la regla *per se* en la letra a) de nuestro artículo 3º del DL 211, en base a la historia de la ley<sup>183</sup>.

Teniendo a la vista la norma, la interpretación de la norma sería la siguiente:

“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 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.*” (el destacado es nuestro)

**Historia de la ley.** El mensaje del ejecutivo habría hecho explícita la introducción de la regla *per se* del derecho norteamericano<sup>184</sup>. El fundamento recae en el tratamiento internacional respecto de los carteles duros.

---

<sup>182</sup> Motta, nota número 10 al pie p. 30

<sup>183</sup> En este sentido, Mardones 2020 y Grunberg 2017, 18

<sup>184</sup> Mensaje de la ley 20.945 Fecha 16 de marzo, 2015. Mensaje en Sesión 5. Legislatura 363. Página 5-6, disponible en [<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5311/> fecha de consulta 30 de diciembre de 2022]

**El poder de mercado.** La redacción final de la norma habría exigido, para algunas colusiones, poder de mercado como elemento del tipo. Esto conllevaría a su juzgamiento conforme a la regla de la razón<sup>185</sup>. A *contrario sensu*, la prescindencia del elemento poder de mercado sería manifestación de aplicación de la regla *per se*.

Por otro lado, en minoría, se ha dicho que la regla *per se* ha sido una categoría foránea cuya interpretación no ha sido fiel a su origen<sup>186</sup>.

Desde un punto de vista histórico, la regla *per se* responde a la defensa por razones de eficiencia. La jurisprudencia norteamericana elaboró una regla de inadmisibilidad de esta clase de argumentos, declarando en consecuencia *ex ante* ilegales los acuerdos que versaban sobre variables tales como el precio<sup>187</sup>.

---

<sup>185</sup> Mardones 2020, 370-371

<sup>186</sup> En este sentido Santander 2022

<sup>187</sup> Motta 2018, 30-31



### 3.3 El persecutor: la FNE y las facultades especiales en materia de colusión, facultades intrusivas y delación compensada.

---

**Generalidades.** La FNE es un servicio público descentralizado, independiente y sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción (en adelante Ministerio de Economía)<sup>188</sup>.

Dentro del DLC, bajo un modelo judicial, la FNE cumple funciones investigativas, acusatorias, actúa como experto técnico y cuenta con facultades propositivas de normas de sistema de libre competencia<sup>189</sup>.

Dentro de las facultades investigativas, la ley permite a la FNE *“entrar a recintos públicos o privados con facultades de allanamiento y descerrajamiento; registrar e incautar toda clase de objetos y documentos que permitan acreditar la existencia de la infracción; interceptar comunicaciones de toda clase; y requerir a cualquier empresa de comunicaciones que le facilite copias y registros de las comunicaciones transmitidas o recibidas por ella; atribuciones todas las cuales, dada su particular naturaleza intrusiva, requieren una doble autorización judicial por el TDLC y luego por el Ministro de la Corte de Apelaciones correspondiente”*<sup>190</sup>.

Por otro lado, respecto de las facultades acusatorias la FNE *“acciona judicialmente como parte, representando el interés general de la colectividad en el orden económico, ante el TDLC y los tribunales de justicia”*<sup>191</sup>.

En base a lo anterior, la FNE se encuentra dotada de facultades intrusivas intensas ponderadas con el interés de la colectividad en el orden económico.

---

<sup>188</sup> La fiscalía nacional económica se encuentra regulada en el título III del Decreto Ley 211, artículos 33 y siguientes.

<sup>189</sup> Mardones 2020, 343-45

<sup>190</sup> Mardones 2020, 344

<sup>191</sup> Mardones 2020, 345

Ahora bien, las facultades contenidas en el artículo 39 letra n) del DL 211 revisten un carácter especial. Deberán solicitarse en el marco de una investigación, deberán ser fundadas, en casos graves y calificados, mérito que evaluará el TDLC y que requiere de aprobación del ministro de Corte de Apelaciones de Santiago que corresponda de acuerdo con el sistema de turno.

**Potestad cautelar, facultades intrusivas.** La doctrina procesal ha señalado que “[*]la tutela cautelar, desde una perspectiva general, comprende todas las medidas que tienden a asegurar la eficacia de un derecho, considerando desde las medidas de aseguramiento y conservación de la prueba, hasta las clásicas manifestaciones de las medidas precautorias conservativas o innovativas que la ley admita dictar o adoptar en los distintos tipos de procesos*”<sup>192</sup>.

La mayoría de la doctrina opina que la intensidad de las facultades con que cuenta la FNE se condicen con el bien jurídico protegido (en términos de proporcionalidad)<sup>193</sup>. En efecto, las facultades intrusivas encuentran su justificación en la historia de la ley, con el objeto de fortalecer la institucionalidad de libre competencia, mostrando a los agentes económicos vigor y eficacia en la detección de carteles, lo que en buenas cuentas devendría en duras sanciones a los infractores<sup>194</sup>.

En una posición disidente, Santander plantea que las facultades intrusivas especiales de la FNE resultan ajenas a un órgano de la administración bajo el sistema chileno.

Estas facultades de un órgano de la administración del Estado generarían incongruencia en el sistema, lo anterior a falta de tribunales contencioso-administrativos que hagan un verdadero control de garantías. Asimismo, el TDLC es un tribunal especializado que no ejerce las funciones de un Juzgado de Garantía, por

---

<sup>192</sup> Romero Seguel 2020, 8

<sup>193</sup> Santander Cepeda 2022, 151

<sup>194</sup> Belmonte Parra 2021, 58

carecer de un procedimiento adecuado y disponibilidad de tiempo para un control oportuno y efectivo de las garantías penales<sup>195</sup>.

**Facultades contenidas en DL 211, art. 39, letra n).** Cumplidos los requisitos legales, la ley faculta a la FNE para entrar y registrar recintos públicos o privados, descerrajar y allanar, registrar e incautar toda clase de objetos y documentos que permitan acreditar la existencia de la infracción, a interceptar toda clase de comunicaciones y a ordenar a cualquier empresa que presente servicios de comunicaciones que facilite copias y registros de las comunicaciones transmitidas o recibidas por ella.

Estas facultades, en esencia, corresponden a una tutela cautelar de la pretensión que esgrime la FNE en juicio ante el TDLC. El juez en definitiva está concediendo una medida *“limitándose a lo más a asegurar el resultado de la acción deducida (...) con la tutela anticipada se permite satisfacer un derecho, en casos graves, cuando la demora en la respuesta jurisdiccional puede ocasionar un perjuicio irreparable al actor”*<sup>196</sup>.

Creemos que las medidas intrusivas conferidas a la FNE, en el marco de un procedimiento sancionador, condicionan su naturaleza, debiendo aplicarse los principios de las medidas cautelares penales.

Lo anterior puede sostenerse conforme a que *“[e]n el proceso penal se encuentra conformado el litigio por la existencia de la pugna derivada de la pretensión punitiva estatal emanada de la comisión de un delito, y el interés de mantención de la libertad de aquel o aquellos en contra de quienes se dirige la imputación del Estado”*<sup>197</sup>. La FNE opera de forma análoga, ejerciendo la pretensión punitiva, mediante al

---

<sup>195</sup> Santander Cepeda 2022, 151-52

<sup>196</sup> Romero Seguel, Alejandro. 2012. *Capítulo III: la tutela anticipada y la tutela de urgencia*. EN: Curso de derecho procesal civil. tomo I. Santiago: editorial jurídica de Chile. 41-42

<sup>197</sup> Maturana y Montero 2010a, I:424

instrucción de la investigación y la representación del interés colectivo en juicio de libre competencia.

**Delación compensada.** La delación compensada forma parte de los programas de amnistía o *leniency*<sup>198</sup>. Estos programas han sido establecidos para favorecer la detección de acuerdos colusorios y su disolución. Lo anterior se cumple afectando la condición de restricción de compatibilidad de incentivos, presentando al infractor un incentivo tal que le parezca racional y maximizador de utilidades desviarse del acuerdo.<sup>199</sup>

La delación compensada opera como un mecanismo de obtención de prueba directa. Esta prueba podrá ser inculpatoria del acuerdo en general o auto inculpatoria<sup>200</sup>, lo que en definitiva aumenta el incentivo a ser el primero en delatar con miras a ocultar esta última prueba<sup>201</sup>.

La delación compensada exige tres requisitos copulativos<sup>202</sup>, la entrega que realiza el delator de antecedentes precisos, veraces y comprobables, abstención de divulgar su solicitud y el cese en la conducta. El análisis de mérito lo realizará la FNE, quedando al TDLC dar tramitación a la misma<sup>203</sup>. La delación compensada surte un efecto práctico investigativo. Permite a la FNE ofrecer un beneficio a cambio del reconocimiento de participación, pilar que configura un proceso sancionatorio. La exención de la multa opera en términos de requerimiento, quedando el TDLC

---

<sup>198</sup> Traducción: indulgencia.

<sup>199</sup> González 2008, 780-783

<sup>200</sup> Dado que el requerimiento se fundará en base a los antecedentes aportados, podrá satisfacerse el presupuesto de procesabilidad, pudiendo entonces cumplir con el estándar, pero al mismo tiempo evitar que información sensible pueda ser pública. Toda vez se habrá perseguido al infractor se evitará a futuro un nuevo procedimiento que se funde en aquella evidencia, evitando en buenas cuentas un daño a la imagen, aprovechando la preclusión procesal.

<sup>201</sup> Ibid., 783

<sup>202</sup> 1.- Proporcionar antecedentes precisos, veraces y comprobables que representen un aporte efectivo a la constitución de elementos de prueba suficientes para fundar un requerimiento ante el Tribunal; 2.- Abstenerse de divulgar la solicitud de estos beneficios hasta que la Fiscalía haya formulado el requerimiento u ordene archivar los antecedentes de la solicitud, salvo que la Fiscalía autorice expresamente su divulgación, y 3.- Poner fin a su participación en la conducta inmediatamente después de presentar su solicitud.

<sup>203</sup> Belmonte Parra 2021, 58-59

constreñido a fallar conforme a lo solicitado. Esto genera un segundo efecto práctico, la imposibilidad de aplicar multa si la FNE no la solicita. En consecuencia, estaríamos en una situación análoga a las salidas alternativas al juicio oral en sede penal<sup>204</sup>, lo que se conoce como justicia negociada en sentido restringido<sup>205</sup>.

Al respecto nos gustaría resaltar las ventajas y desventajas de la justicia negociada en sede penal, toda vez la delación compensada presupone la absolución para el primer delator, de ello se seguirá que la FNE no interponga querrela en su contra. Dentro de las ventajas, con una base utilitarista, encontramos la mejor administración de recursos y la economía procesal. Una segunda ventaja de orden humanitario, quien es sujeto a investigación de la que pende la imposición de una sanción por el aparato estatal tiene el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable<sup>206</sup>.

Dentro de los problemas, se advierte un eventual carácter coactivo, el déficit en la verdad procesal merma la eficacia preventiva de la pena y afectaría el principio de igualdad<sup>207</sup>.

---

<sup>204</sup> Sobre el punto, la sentencia condenatoria o absolutoria es un requisito de procesabilidad para interponer la querrela de acuerdo con la Guía Interna para la interposición de querrelas por el delito de colusión, de junio 2018. La delación compensada, particularmente para el primer delator, supone la certeza que no será sancionado en sede penal.

<sup>205</sup> Calderón y Oliver Calderón 2019, 454–55

<sup>206</sup> Calderón y Oliver Calderón 2019, 454–55

<sup>207</sup> Calderón y Oliver Calderón 2019, 455–57

### 3.4 Procedimiento ante TDLC: caracterización del sistema, órgano, procedimiento, problemas acerca de la caracterización.

---

**Caracterización del sistema.** Nuestro sistema de libre competencia se estructura en base a un modelo jurisdiccional, iniciando la investigación un órgano administrativo y conociendo del procedimiento un tribunal de justicia<sup>208</sup>. Como ha sido señalado *supra*, la doctrina mayoritaria considera que la infracción administrativa<sup>209</sup> contenida en el artículo 3) letra a) del DL 211 se sustancia en forma de procedimiento administrativo sancionador.

Consideramos que es un error referir al procedimiento bajo análisis como uno de naturaleza administrativa infraccional, por las siguientes razones:

#### **El órgano: naturaleza, rol y jerarquía.**

1. El órgano que conoce es un tribunal de justicia<sup>210</sup>. La competencia del TDLC puede resultar discutible en aquellos casos en donde su función no supone control de la administración. Como señala el profesor Valdivia, la libre competencia en cuanto componente del principio de legalidad, obliga a la administración, en particular en materias regulatorias<sup>211</sup>.

---

<sup>208</sup> Mardones 2020, 345

<sup>209</sup> Es interesante lo que plantea Calderón y Oliver Calderón 2019, 4, la investigación que da inicio la FNE tienen naturaleza administrativa. En términos prácticos, la investigación que se transforma en requerimiento es ejercicio de la pretensión punitiva. El problema de fondo corresponde a que la pretensión punitiva se ejerce mediante la solicitud a un órgano jurisdiccional, no siendo la misma administración quien impone la sanción.

<sup>210</sup> Valdivia 2018, 363-364. Como señala el profesor Valdivia, en nuestra legislación no existen propiamente los **tribunales contencioso administrativo**. Estos jamás vieron la luz por razones programáticas. En estricto rigor lo regulado por la actual constitución política de la república corresponde a un procedimiento de reclamación por lesión de derechos ocasionados por la Administración del Estado. en este orden de ideas, la existencia de un tribunal cumple la función de **control a la administración**. Afirma el autor, “en el entendimiento común de la jurisprudencia y la doctrina, la competencia común que poseen los tribunales ordinarios de justicia abarca también los asuntos administrativos. Por eso, ya no es controvertido que – a falta de tribunal especial encargados de conocer algún aspecto del funcionamiento de la administración- los tribunales ordinarios son competentes *para juzgarla*” (*énfasis nuestro*). (Valdivia 2018, 365)

<sup>211</sup> Valdivia 2018, 271

2. El rol del tribunal es de promoción de la libre competencia, no se encuentra constreñido al control de la administración. En palabras de Valdivia, “[e]ste tribunal es un órgano peculiar, que sólo está encargado de la misión de promover la libre competencia y no está llamado a aplicar textos legales distintos del DL 211; por eso, su misión tiene un carácter instrumental o utilitario que normalmente resulta ajeno a la aplicación imparcial de la legalidad (...) de donde podría pensarse que bajo la forma jurisdiccional se esconde una institución sustantivamente administrativa. Ocurre que, salvo en el ámbito de la jerarquía, las relaciones entre organismos administrativos especializados deben regirse por el principio de coordinación y unidad de acción (y no por mecanismos autoritarios)”<sup>212</sup>.

3. El TDLC forma parte del poder judicial. Este se encuentra sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Excma. Corte Suprema (artículo 7º DL 211).

### **El procedimiento: objeto, recursos y reglas supletorias.**

1. En el procedimiento regulado para sancionar la colusión del artículo 3º letra a) del DL 211, el TDLC no está juzgando a la administración. El procedimiento tiene por interviniente a un órgano de la administración, sustanciando el mismo al modo de un juicio de lato conocimiento<sup>213</sup>.

2. La sentencia definitiva dictada por el TDLC solamente puede ser impugnada vía recurso de reclamación<sup>214</sup>, siendo competente para conocer de este la Excma. Corte Suprema<sup>215</sup>.

---

<sup>212</sup> Valdivia 2018, 371

<sup>213</sup> Si comparamos la orgánica del procedimiento guarda similitud al procedimiento ordinario civil, además de encontrar recepción de supletoriedad de los libros I y II del Código de procedimiento civil.

<sup>214</sup> Cabe comentar que actualmente el DL 211 contempla de forma extraña un “recurso de revisión” en su artículo 11 bis inciso final. Sin embargo, la regulación del recurso de reclamación pareciera dar a entender que dicha norma no fue modificada satisfactoriamente, incurriendo en un error el poder legislativo.

<sup>215</sup> Son reglas que recogen el recurso de reclamación: art. 22 inc. 1º; art. 27 inc. 2º; art. 30 inc. 1º e inc. final; art. 3º bis inc. final).

3. El procedimiento sigue las reglas del procedimiento contencioso civil de forma supletoria, sin referencia a las reglas del procedimiento administrativo<sup>216</sup>.

Creemos que esta idea sobre un procedimiento infraccional se sigue de la redacción original del DL 211. Al respecto, la norma en su origen refería a las “infracciones” o “infractores”<sup>217</sup>.

Importaba una facultad de la Comisión Resolutiva “*Conocer, a requerimiento del Fiscal, las situaciones que pudieren importar infracciones al presente decreto ley*”. Asimismo, la imposición de multas conforme al “*solo requerimiento de la Comisión el Juez del Crimen del domicilio del o de los infractores*”. En todo caso, estas multas siempre suponían intervención de un juez con competencia penal.

Siendo una facultad del Fiscal Nacional Económico, se le encomendaba “*Instruir las investigaciones que estime procedentes para verificar las infracciones al presente decreto ley, de oficio o a requerimiento de cualquier autoridad o persona*”.

Por último, el artículo 29 del DL 211 del año 1973 prescribía “*Las Comisiones Preventivas y la Fiscalía a que se refieren los artículos anteriores, deberán recibir e investigar, según corresponda, todas las denuncias formuladas por particulares respecto de actos o contratos que puedan importar infracción a las normas del presente decreto ley*”.

Todo lo anterior, bajo el supuesto que el artículo 1º del DL 211 del año 1973 establecía un delito<sup>218</sup> cuya competencia correspondía a los tribunales del crimen.

---

<sup>216</sup> “Artículo 29º.- Las normas contenidas en los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil se aplicarán supletoriamente al procedimiento mencionado en los artículos precedentes, en todo aquello que no sean incompatibles con él”.

<sup>217</sup> Artículos 17, 20, 24 y 29 del texto original.

<sup>218</sup> “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”.



Por tanto, debemos entender que la mención a una “infracción” se asentaba en la contravención a una prohibición, cuya sanción suponía privación de libertad en base a una sentencia dictada por un órgano jurisdiccional con competencia criminal.

## 4 CAPITULO III EL DELITO DE COLUSIÓN

---

### 4.1 Los delitos de cuello blanco, el delito de colusión.

---

**Los delitos de cuello blanco.** Edwin H. Sutherland<sup>219</sup>, en *“El problema del delito de cuello blanco”*, propone desde un análisis criminológico si es plausible establecer una conexión entre riqueza y delincuencia. Su tesis es planteada desde una negación y una afirmación. En el primer sentido, propone que las *“patologías sociales y personales no son una explicación adecuada de la conducta delictiva”*<sup>220</sup>. En el segundo sentido, afirma que *“las personas de la clase socioeconómica alta participan en bastantes conductas delictivas; que esta[s] (sic) conductas delictivas difieren de las conductas delictivas de la clase socioeconómica baja, principalmente en los procedimientos administrativos que se utilizan en el tratamiento de los delincuentes; y que las variaciones en los procedimientos administrativos no son significativos desde el punto de vista de la causación del delito”*<sup>221</sup>.

Esta aproximación al problema de los delitos cometidos por *“una persona de respetabilidad y status social alto en el curso de su ocupación”*<sup>222</sup> tiene por antecedente

---

<sup>219</sup> A modo de prevención general, la reflexión del autor es considerada desde un prisma criminológico. La discusión nacional sobre “criminalización de la colusión” pareciera pecar de los mismos problemas que advirtió el autor con más de 50 años. Al efecto, nuestro análisis no se fundará en que los ricos o pobres delinquen por su situación financiera. Tal como plantea el autor, el estatus socioeconómico no es un factor que determina la comisión de delitos. Adscribimos a su tesis como instrumento de análisis crítico de las conductas descritas por el DL 211, en particular la forma en que la nueva legislación ha privado de la connotación delictiva a la colusión al diferenciar entre el artículo 3 letra a) y el artículo 62 del mismo cuerpo legal.

Creemos que existe justicia en las críticas que hace el autor respecto del trato social en base a la riqueza (en cuanto al estigma social, la forma de enfrentar el proceso y su naturaleza, así como el acceso a más y mejores abogados). Sin embargo, estas cuestiones exceden el propósito del presente trabajo de memoria, por lo que su análisis quedará pendiente para algún trabajo posterior.

<sup>220</sup> Sutherland 1999, 62

<sup>221</sup> Ibidem., 64-65

<sup>222</sup> Ibidem., 65

los *barones ladrones*<sup>223</sup>, como una forma de explicar un fenómeno de larga data, cuyo reproche social se ha visto privado del estigma social del “delito”<sup>224</sup>.

La aproximación de Sutherland nos parece útil. En materia de colusión nuestro legislador la consideró en el texto original del DL 211, luego eliminó la sanción privativa de libertad y con la Ley 20.945 la reincorpora en un título aparte en la legislación de libre competencia.

Sutherland considera el delito como “*una conducta prohibida por el Estado como daño a ese Estado y contra el cual el mismo debe reaccionar, al menos como último recurso, por medio del castigo*”<sup>225</sup> cuyos elementos centrales corresponden a “*la descripción legal de un acto como socialmente dañino y la provisión legal de una pena para ese acto*”<sup>226</sup>, entonces, siguiendo a Sutherland, pareciera que siempre ha existido el delito de colusión, con indiferencia de las modificaciones que el legislador introdujo.

La reflexión de Sutherland<sup>227</sup> nos permite afirmar que, en un primer momento, el DL 211 se establece como una norma que protege con el mayor celo el

---

<sup>223</sup> E.H. Sutherland refiere a estos como una constatación de la delincuencia en sectores como las oficinas de terrenos, ferrocarriles, seguros, municiones, bancos, utilidad pública, la bolsa y las industrias del petróleo, la construcción, las receptorías, las instituciones de quiebra y la política. Al respecto ilustra el problema en la forma siguiente “Gran material disperso y desorganizado indica que los delitos de ‘cuello blanco’ son muy frecuentes. Los ‘barones ladrones’ de la última mitad del siglo XIX eran delincuentes de ‘cuello blanco’ como está hoy en día casi todo el mundo de acuerdo. Su conducta se ilustra por planteamientos como los que siguen. El coronel Vanderbilt preguntó: “Usted no supone que puede administrar un ferrocarril de acuerdo con los estatutos, ¿verdad?. A.B. Stickney, un presidente de ferrocarriles, dijo a otros dieciséis presidentes de ferrocarril en el hogar de J.P. Morgan en 1890: ‘Tengo el mayor respeto por ustedes, caballeros, individualmente, pero como presidente de ferrocarriles, no les confiaría ni siquiera mi reloj, si no estoy presente’. Charles Francis Adams dijo ‘Una dificultad den la administración de los ferrocarriles... reside en la codicia, el deseo de buena fe, el tono moral bajo de los administradores de ferrocarriles, la completa falta de cualquier standard alto de honestidad comercial’. James M. Beck dijo respecto al periodo de 1905-1917: ‘Diógenes hubiera tenido gran dificultad en encontrar un hombre honesto en Wall Street que yo conociese como apoderado de una compañía’ ”.(Sutherland 1999, 65–66)

<sup>224</sup> Sutherland 1999, 99

<sup>225</sup> Ibidem., 89

<sup>226</sup> Ibidem., 89

<sup>227</sup> De hecho, el autor reflexiona sobre las leyes antitrust las que se encuentran diseñadas para la protección de los competidores y las instituciones de la libre competencia y el sistema económico. La protección se extiende a las personas que tienen la misma ocupación (competidores) y el público en general (demás miembros de la comunidad). A este respecto, la ley antitrust se corresponde con la idea de delito en esencia, ya que se produce un daño social mediante las conductas anticompetitivas. El razonamiento se extiende a las leyes que conciernen a falsa publicidad, relaciones laborales, las leyes relativas a infracciones, cuyo patrón común corresponde al

funcionamiento de los mercados, fijando claramente delitos<sup>228</sup>, con el objeto de proteger la libre competencia, y el modelo económico liberal<sup>229</sup>.

Creemos que la norma original consideraba la colusión y demás injustos anticompetitivos como verdaderos delitos, estableciendo “*un castigo financiero con el castigo adicional del estigma*”<sup>230</sup>.

Como pretendemos explicar, la estructura original pareciera mantener su esencia a pesar de las modificaciones introducidas al DL 211 en los años posteriores (Ley 19.911 que “descriminaliza” la colusión y Ley 20.945 que “vuelve a criminalizar” la colusión).

---

establecimiento de una multa, pero la posibilidad de imponer una sanción penal (es una suerte de potencialidad penal en la conducta). (Sutherland 1999, 89-94).

En cuanto a la potencialidad penal, el autor mediante un análisis de casos “castigables” penalmente establece que si nos enfrentamos a casos en donde un tribunal puede imponer una sanción pecuniaria y una sanción privativa de libertad, pero elige la pecuniaria, no elimina el hecho de comisión delictual el no haber sido privado de libertad. Conforme a lo anterior, si se comete el injusto de colusión, solamente podríamos entender que no se comete delito si el tribunal penal dicta una sentencia absolutoria, toda vez que en un caso donde se alcanza un resultado diferente (sentencia condenatoria en sede penal o la no interposición de querrela) el delito permanece. (Sutherland 1999, 59-69)

<sup>228</sup> **El principio de legalidad como garantía penal ¿Delito de colusión en un Decreto Ley?** La dogmática penal ha expresado un fuerte reproche al establecimiento de delitos y penas en cuerpos tales como los Decretos con Fuerza de Ley y Decretos Leyes, ambos excluidos como fuente legítima de derecho penal (Matus y Acuña 2020, 102).

En su origen el DL 211 sancionaba al que ejecutare, de forma individual o colectiva, cualquier hecho, acto o convención que tendiera a impedir la libre competencia dentro de la República, con una pena privativa de libertad entre 61 días y 3 años, recorriendo todos los grados del presidio menor.

La ley 20.945, bajo un título “De las Sanciones Penales”, reprodujo la idea de sanción penal. Se aleja del proyecto original, estableció en forma separada y especial la sanción penal, diferenciándolas de las generales establecidas en el artículo 26 del DL 211.

Si bien las modificaciones al DL 211 en esta materia han sido por vía legal, podríamos criticar que el delito de colusión se haya incorporado a un Decreto Ley, tanto por el contrasentido de remover y reincorporar una institución como por tratarse de una norma dictaba bajo un gobierno de facto dentro de un sistema de intervención necesaria del poder legislativo. De *lege ferendae* el delito de colusión debió ser regulado en el código penal, en la misma forma, por cuestiones orgánicas que analizaremos en el apartado final de este capítulo.

<sup>229</sup> Como referiremos más adelante, el DL 211 acuñaba en varias de sus expresiones la palabra “delito”. Asimismo, en su artículo primero establecía un delito general sancionado con pena privativa de libertad.

<sup>230</sup> Sutherland 1999, 99

En su texto original, el artículo 1º establecía un delito general<sup>231</sup>. Cualquier “hecho, acto o convención que tienda a impedir la libre competencia dentro del país en

---

<sup>231</sup> Uno de los motivos en la tramitación de la ley 19.911 para eliminar el carácter penal de las conductas descritas correspondía con incompatibilidad a nivel de constitucionalidad, pero en el orden de la descripción del delito. “Todo tipo penal debe describir las conductas que sanciona de manera precisa (...) es importante no introducir reglas que señalen per se las conductas que constituyen atentados en contra de la libre competencia. La experiencia mundial indica que hoy que cada caso debe ser estudiado en su propio mérito, de acuerdo con sus complejidades y particularidades. Por esos motivos, resulta aconsejable mantener una norma amplia con ejemplos básicos, para que los integrantes del organismo encargados de conocer las causas decidan, de acuerdo al caso concreto, qué conducta constituye un atentado a la libre competencia (...) este enfoque es incompatible con la existencia de una figura penal, en la cual la especificación del tipo es un requisito ineludible, so pena de vulnerar la garantía constitucional establecida en el inciso final del número 3 del artículo 19 de nuestra Constitución”. (Historia de la Ley 19.911, página 7).

Frente a esta reflexión es interesante el comentario de Matus y Acuña respecto de los decretos leyes, “es inútil negar que antes de la dictadura de 1973-1989 se sostuvo la necesidad de asumir, por “razones prácticas” de diversa índole, la vigencia de los decretos leyes dictados entre 1925 y 1933 por los gobiernos *de facto* de entonces (Novoa PG I, 127); y que, “con posterioridad a 1989 la revisión de los, literalmente, miles de decretos leyes y ‘leyes’ dictadas por la última Junta Militar resultó impracticable por evidentes razones políticas, entre ellas, el hecho de mantenerse el General Pinochet como Comandante en Jefe del Ejército, primero, y luego como Senador designado, durante los primeros diez años de retorno a la democracia, sin contar con que la Constitución vigente se promulgó también por decreto ley. En obediencia a esta situación de necesidad, la fórmula que de hecho se ha empleado es suponer que el legislador democrático acepta tácitamente que dichas regulaciones sean parte del ordenamiento jurídico mientras no las derogue. Pero esta aceptación no importa más que una validación transitoria, por razones de necesidad, que está siempre sujeta a revisión por el legislador democrático, y en caso de no ser ello posible, por los propios tribunales, como aconteció en el proceso que llevó a la inaplicabilidad del DL 2.191, de auto amnistía” (Matus y Acuña 2021, 102-103) (Énfasis es nuestro).

La reflexión del legislativo perdía de vista el problema original de constitucionalidad, la forma en que se decide sancionar la conducta responde a la naturaleza de la norma: una regla de facto, impuesta en un contexto *de no deliberación*. Toda la estructura, bajo la cual se sanciona la colusión, permanece bajo la modificación. Por lo mismo, luego de descriminalizar las conductas volvemos en 2016 a revivir la discusión sobre sanciones y aplicación de la regla per se. Por un defecto institucional.

El Ministerio Público es una institución cuya existencia es posterior a la creación de la FNE y la institucionalidad de competencia chilena. Si bien cuenta con un área de persecución de delitos económicos, al radicarse la acción penal en la FNE y no existir un delito establecido en nuestro Código Penal, se elevan las trabas para que el Ministerio Público pueda perseguir los delitos económicos.

Frente a ello, de *lege ferendae*, consideramos que la institucionalidad de la libre competencia debiese centrarse en la prevención y control activo (como se ha logrado efectivamente con el control preventivo de fusiones y operaciones de concentración), dejando la persecución y sanciones (propriadamente penales) a la institucionalidad penal, encabezada por el Ministerio Público. Lo anterior, porque luego de 30 años de democracia, creemos que no existe la necesidad de seguir aferrados a este Decreto Ley.

Lo anterior resulta coherente con el sistema de persecución criminal chileno y además salvaguarda el interés general de la comunidad, permitiendo que se proceda conforme a las reglas generales de acción penal pública: de oficio por el Ministerio Público, vía denuncia o querrela.

No obstante, nuestro planteamiento, cabe siempre tener a la vista los problemas de voluntad política en los cambios institucionales, lo cual se transforma a la larga en un impedimento al diseño institucional.

*las actividades económicas, tanto en las de carácter interno como en las relativas al comercio exterior, será penado con presidio menor en cualquiera de sus grados*<sup>232</sup>.

**A partir de este tipo general**, podían subsumirse los acuerdos entre competidores, sea por vía genérica o por aplicación del catálogo abierto del artículo 2º<sup>233</sup>, en particular la letra f), *“En general, cualquier otro arbitrio que tenga por finalidad eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia”*.

Con la modificación del DL 211 introducida por la Ley 19.911 del año 2003, el decreto 511 que fijaba el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley 211, de 1973, establecía en su 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...”*

---

<sup>232</sup> La redacción original del DL 211 comprendía la expresión delito en sus artículo 1º, 6º, 17º, 23º, 24º, 31º, 36º y en el artículo 5º transitorio.

El artículo 6º establecía la orgánica general a través de las comisiones preventivas regionales, preventiva central, comisión resolutoria y la FNE.

El artículo 17º habilitaba a las comisiones resolutoria para ordenar al fiscal nacional económico el ejercicio de la acción penal respecto de los delitos del artículo 1º y 2º.

El artículo 23º fijaba dentro de la orgánica de FNE un fiscal encargado de los delitos económicos.

Por su parte, el artículo 24º habilitaba al fiscal nacional económico ejercer la acción penal publica por los delitos establecidos en el decreto ley 280 del año 1973 de forma facultativa.

<sup>233</sup> ARTICULO 2º- Para los efectos previstos en el artículo anterior se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que tienden a impedir la libre competencia, los siguientes:

- a) Los que se refieran a la producción, tales como el reparto de cuotas, reducciones o paralizaciones de ellas;
- b) Los que se refieran al transporte;
- c) Los que se refieran al comercio o distribución, sea mayorista o al detalle, tales como el reparto de cuotas o la asignación de zonas de mercado o la distribución exclusiva, por una sola persona o entidad, de un mismo artículo de varios productores;
- d) Los que se refieran a la determinación de los precios de bienes y servicios, como acuerdos o imposición de los mismos a otros;
- e) Los que se refieran a la libertad de trabajo o a la libertad de los trabajadores para organizarse, reunirse, o negociar colectivamente, como los acuerdos o actos de empresarios, sindicatos u otros grupos o asociaciones, tendientes a limitar o entorpecer el libre curso de negociaciones colectivas dentro de cada empresa o los que impidan o entraben el legítimo acceso a una actividad o trabajo, y
- f) En general, cualquier otro arbitrio que tenga por finalidad eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia.

A continuación, en su inciso segundo juntamente con el literal a), prescribía:

*“Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, los siguientes:*

A) *Los acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos, o las practicas concertadas entre ellos, que tengan por objeto fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado, abusando del poder que dichos acuerdos o practicas les confieran”.*

**DL 211, Ley 20.945.** El año 2016 la Ley 20.945 introduce modificaciones a las reglas generales y crea un título especial al DL 211. Existen dos aristas de la presente modificación legal. La primera corresponde al artículo 3° incisos primero y segundo, mientras que la segunda corresponde a la incorporación del “delito de colusión” en los artículos 62° y siguientes.

En esencia, el artículo 3° del DL 211 sanciona hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia o que tiendan a producir dichos efectos.

El inciso segundo literal a), especifica las formas en que pueden concretarse aquellos hechos, actos o convenciones, por vía del acuerdo.

*“El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hechos, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado...”*

*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 practicas 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 afectar el resultado de procesos de licitación, así como los acuerdos o practicas concertadas que, confiriéndoles poder de mercado a los competidores,*

*consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores”.*

Por otro lado, la ley introduce el título V, bajo el título “Sanciones penales”, sancionando a quien:

*“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”.*

**De la lectura conjunta podemos afirmar lo siguiente:**

- En todas sus versiones, el DL 211 ha sancionado hechos actos o convenciones que tengan por objeto restringir la competencia.
- En todas sus versiones, el DL 211 establece como base de la conducta el impedir la libre competencia. Al respecto cabe notar:
  - o La Ley 19.911 amplía los verbos a impedir, restringir o entorpecer.
  - o La Ley 19.911 describe con mayor precisión las hipótesis de colusión, diferenciando entre acuerdos expresos o tácitos y prácticas concertadas, agregando en seguida dos situaciones nuevas.
  - o La Ley 19.911 emplea la frase “abusando del poder que dichos acuerdos o practicas les confieran”.
- La Ley 20.945 al “criminalizar” la colusión, estaría introduciendo modificaciones que afectan el articulado de las disposiciones generales y la creación de un título V “de las sanciones penales”. Al respecto cabe hacer notar que:



- Se mantienen los verbos impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, pero se amplía nuevamente mediante la frase “o que tienda a producir dichos efectos”<sup>234</sup>.
- Da un trato diferenciado a las conductas descritas en la letra a), mediante el elemento “poder de mercado”<sup>235</sup>.
- Establece el delito de colusión, la norma parece repetir la conducta del artículo 3° letra a) del DL 211 en los casos donde no se exigiría poder de mercado (Ver Anexo II).

De la comparación, podemos concluir:

- En todas sus versiones, los hechos, actos o convenciones sancionados son considerados atentados contra la libre competencia.
- En todas sus versiones, el legislador ha considerado como variables relevantes precios, producción y zonas o cuotas de mercado como casos de afectación de la libre competencia.
- Mediante la Ley 19.911 se especificó el injusto “colusión” con mayor precisión.
- Mediante la Ley 20.945 se modificó el artículo 3° letra a), prescindiéndose del elemento poder de mercado respecto de la fijación de precios, cantidad de producción o de la asignación de zonas o cuotas de mercado<sup>236</sup>.

---

<sup>234</sup> Al respecto nos remitimos a lo expuesto en el capítulo II de presente trabajo.

<sup>235</sup> Las razones expuestas en el mensaje del proyecto de ley corresponden a que la exigencia probatoria no existe en el derecho comparado. Creemos, se pierde de vista que en su origen la colusión ha sido tratada como un delito, sin embargo, el legislador lo consideró como un fundamento para alivianar la carga probatoria (**Historia de la ley 20.945 página 5**)

<sup>236</sup> Al disminuir los requisitos de prueba en su persecución, a igualdad de condiciones, está situando al órgano de competencia más cerca de iniciar una investigación y presentación de requerimiento, con la eventual sentencia condenatoria.

- Finalmente, el artículo 62 del DL 211 refiere en esencia<sup>237</sup> al mismo objeto del artículo 3º letra a) respecto de precio, producción y zonas o cuotas de mercado<sup>238</sup>.

- Teniendo a la vista lo anterior, consideramos que no existe mayor diferencia entre un tipo y otro a lo largo de la historia del DL 211, puesto que se está sancionando la misma conducta por equivalencia de objeto<sup>239</sup>.

**¿Qué justifica la sanción penal en uno y otro momento?** La doctrina sitúa la colusión como parte de los delitos penales económicos<sup>240</sup>. Esta rama del derecho penal se caracteriza por proteger la organización económica, mas no el modelo económico, promoviendo los valores y pautas de conducta que le sirven de cimiento,

---

<sup>237</sup> En este sentido “la misma redacción de la norma contenida en el artículo 3º del DL 211 permite distinguir una figura propiamente asociada a una conducta de peligro abstracto, a propósito de los denominados ‘carteles duros’ sancionados en base al objeto del acuerdo (...) dado que son los primeros los que dan origen al delito del artículo 62, resulta evidente el carácter de delito de peligro abstracto de esta figura” (Artaza *et al* 2020, 104).

<sup>238</sup> Si ambas conductas describen un mismo objeto, afectando el mismo bien jurídico, pareciera que estamos hablando de lo mismo.

<sup>239</sup> A nuestro parecer, en la discusión legislativa solamente se tomaron en consideración dos elementos. El primero, la prevención general en materia de sanciones, propuso disuadir la conducta a través de **sanciones más duras**.

La ley 19.911, a través de sanciones más duras pretendió “descriminalizar” la colusión. Uno de los criterios para distinguir entre infracciones administrativas y delitos corresponde a la entidad de la sanción. Estableciendo en buenas cuentas aumento de multas y solidaridad de los representantes legales, pareciera que nos acercamos más a los delitos.

El segundo, competencia de los tribunales penales, tenía a la vista el establecimiento de un nuevo articulado en el código penal correspondiente a los artículos 286 bis a 286 quáter, normas que nunca fueron redactados. Esto provocó un problema entre texto y espíritu, en esencia la conducta permaneció sin mayores cambios, pero mantuvo a la FNE en el centro de la acción en materia de libre competencia, radicando la regulación del delito en el DL 211, relegando a los tribunales penales a una cuasi competencia residual (solamente en el evento que FNE interpusiera querrela, previa sentencia condenatoria del TDLC).

De esta forma, creemos que lejos de eliminar el carácter penal, el legislador simplemente forzó dentro de la institucionalidad chilena la idea de descriminalización, mientras que al mismo tiempo enviaba un mensaje de prevención general al endurecer la sanción. Y, en segundo lugar, la pretensión del legislador fue generar un delito autónomo que permitiera la intervención del ministerio público conforme la institucionalidad criminal chilena.

De lo anterior podemos extraer una contradicción entre pretender disuadir una conducta (de tal gravedad) sin el estigma social de delito (infracción administrativa), bajo consideración del disvalor de la conducta en relación con su sanción.

<sup>240</sup> Artaza *et al* 2020, 18

protegiendo intereses supraindividuales a través del establecimiento de sanciones fundadas en un peligro abstracto<sup>241</sup>.

En contraste al derecho penal nuclear, que identifica bienes jurídicos individuales (así, por ejemplo, homicidio, lesiones, robo, hurto, entre otros, todos atentan contra un sujeto individual), el derecho penal económico (como un derecho penal colateral) cautela el interés de la comunidad y no solo de los competidores<sup>242</sup>.

La justificación de una sanción penal se encontraría en lo que Sutherland advierte como ofensa general, el daño social. Si la **colusión** es un atentado en contra de la **libre competencia**, y la **libre competencia** es un **bien jurídico supraindividual**, entonces, la colusión es un atentado en contra de un bien jurídico supraindividual, cuya gravedad<sup>243</sup> hace necesaria la intervención del derecho penal.

**El delito de colusión, estructura.** En esta parte seguiremos el análisis que realizan *Artaza et al*<sup>244</sup>.

El sujeto corresponde a quien celebre, ordene celebrar, ejecute u organice un acuerdo que involucre competidores en alguna de las modalidades descritas<sup>245</sup>. Se advierte que el autor, así como los demás intervinientes como cómplices o encubridores, serían imputados como autores del delito. Frente a esto *Artaza et al* se muestran críticos, sosteniendo que “una interpretación desmesurada de intervención resultaría contraria a los fines de la norma al equiparar conductas propiamente secundarias respecto de los agentes que realmente están en condiciones de afectar el bien jurídico comprometido de la libre competencia”<sup>246</sup>.

---

<sup>241</sup> Artaza et al 2020, 18-21

<sup>242</sup> Cordero Quinzacara 2012, 147-150.

<sup>243</sup> Ver cita N.º 1

<sup>244</sup> Artaza et al 2020, 95-107

<sup>245</sup> Artaza et al 2020, 95–96

<sup>246</sup> Ibidem 2020, 96

La conducta y los verbos rectores se construye “sobre una modalidad alternativa de comisión”<sup>247</sup>. Los verbos rectores se vinculan al acuerdo o forma en que se verifica la colusión, no pudiendo interpretarse cada verbo rector desatendiendo la funcionalidad que prestan a la voluntad común<sup>248</sup>.

Respecto del acuerdo penalmente relevante, nos remitimos a lo expuesto *supra*, con énfasis en que “tanto la existencia del acuerdo, las variables de competencia sobre las que recaen, y la anti-competitividad de este son temas que ya debieron haber sido materia de pronunciamiento judicial en el juicio desarrollado ante el TDLC y, eventualmente, ante la Excm. Corte Suprema por vía de reclamación”<sup>249</sup> bajo el modelo de interposición de querrela en materia del delito de colusión<sup>250</sup>.

Por otro lado, la faz subjetiva de la conducta, debe atenderse a los elementos cognoscitivos y volitivos involucrados<sup>251</sup>. La intencionalidad es indispensable en sede de culpabilidad, excluyéndose hipótesis de comisión imprudente<sup>252</sup>. La duda persiste, sin embargo, respecto de la comisión mediante dolo eventual. Artaza *et al* señalan que parte de la doctrina, como Gagliano y Aracena desestiman la comisión vía dolo eventual, y, a pesar de ser una hipótesis compleja de ejemplificar, no debería descartarse su procedencia, en base a que el elemento “central del delito importa (...) un comportamiento dirigido a mantener la voluntad colusiva por vía de afectación de alguna de las variables competitivas mencionadas en la norma”<sup>253</sup>.

---

<sup>247</sup> Id.

<sup>248</sup> Ibidem 2020, 96-97

<sup>249</sup> Ibidem., 97

<sup>250</sup> *Infra* “Modelo teórico de interposición de querrelas, intervención de la Fiscalía Nacional Económica y el Ministerio Público”.

<sup>251</sup> Artaza *et al* 2020, 99-100

<sup>252</sup> Ibidem 2020, 100

<sup>253</sup> Ibidem 2020, 100

Respecto del *iter criminis*, la colusión es un delito de mera actividad, siendo irrelevante el resultado para su consumación<sup>254</sup>.

Por último, puede clasificarse el delito como uno de mera actividad, de peligro abstracto, de carácter permanente y de participación necesaria.

A nuestro parecer una de las problemáticas que se han ido generando respecto de los delitos económicos corresponde a su sanción *en abstracto* a través de su reconocimiento como delitos de peligro. En este sentido Artaza sostiene que la inclusión de figuras tipificadas como delitos de peligro abstracto es una característica del Derecho Penal Económico, vinculada a la naturaleza del bien jurídico protegido, de carácter supraindividual cuya mejor protección importa que la sanción sea aplicada con la sola puesta en peligro de este bien jurídico, sin que sea exigible la lesión de este, o siquiera apuntar a la constatación de un peligro concreto en la conducta. Para el autor, la redacción de la norma contenida en el artículo 3º del DL 211 permite distinguir una figura propiamente asociada a una conducta de peligro abstracto, a propósito de los denominados *carteles duros* sancionados en base al objeto del acuerdo sin contemplar lesión alguna a intereses individuales, en relación con aquellos acuerdos que exigen se haya conferido a los partícipes un poder de mercado como consecuencia de la conducta. Dado que son los primeros que dan origen al delito del artículo 62, resulta evidente el carácter de delito de peligro abstracto de esta figura<sup>255</sup>.

**El delito de colusión, reglas especiales.** Establecido el fundamento de la respuesta jurídica criminal, nos parece necesario analizar la estructura del delito para luego destacar ciertas características coherentes con la gravedad que se predica.

---

<sup>254</sup> Corte Suprema, Rol 1746-2010 **Corte Suprema, Sala Tercera (Constitucional) de 29 de Diciembre de 2010**

<sup>255</sup> Artaza *et al* 2020, 104-105

El legislador ha determinado normas especiales respecto de las sanciones, prescripción, determinación de la pena y la procedencia restringida de penas sustitutivas.

Lo primero dice relación con las sanciones aplicables. Se habría establecido la sanción privativa bajo criterios de prevención general<sup>256</sup>. Sin embargo, llama la atención que desde el restablecimiento de la pena privativa de libertad no se ha intentado la querrela en materia de colusión<sup>257</sup>.

Lo segundo dice relación con las normas de prescripción. Se establece un plazo de 10 años contados desde que la sentencia se encuentra ejecutoriada. Si comparamos estas reglas de prescripción de la acción con las generales en materia penal, en donde las faltas prescriben en el plazo de 6 meses, los simples delitos en 5 años y los crímenes en 10 años; o 15 años si la ley impone la pena de presidio, reclusión, relegación, podemos concluir que el delito de colusión, a pesar de encontrar su sanción privativa de libertad en el presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, contiene reglas de prescripción coherentes con los crímenes<sup>258</sup>.

Lo tercero dice relación con reglas especiales de determinación de la pena — en cuanto a la procedencia de atenuantes y agravantes—, conforme al artículo 62 inciso tercero numerales 1, 2 4 y 5. La regla en cuestión se explica en la siguiente forma:

- A falta de atenuantes y agravantes, el tribunal puede recorrer toda la extensión de la ley al aplicar la pena.

---

<sup>256</sup> Historia de la ley 20.945, página 7

<sup>257</sup> Al respecto cabe destacar el boletín 13204-07, relativo al proyecto de ley que tiene por objeto la derogación del artículo 64 en materia de interposición de querrela. La moción parlamentaria enfatiza en lo anacrónica que resulta en el sistema procesal penal radicar el monopolio del ejercicio de la querrela en un ente distinto del ministerio público (Moción Cámara de Diputados, primer trámite constitucional, 14 de enero de 2020, boletín 13204-07 y 13205-07. Fecha de consulta miércoles 11 de enero de 2023 disponible web en <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=13748&prmBOLETIN=13204-07>)

<sup>258</sup> Artículos 21 y 94 del código penal en relación con el artículo 62 del DL 211

- Si concurren una o más atenuantes y ninguna agravante, el tribunal impondrá la pena en el grado inferior.
- Si concurren uno o más agravantes y ninguna atenuante, el tribunal impondrá la pena en su grado superior.
- Si concurren circunstancias atenuantes y agravantes, el tribunal deberá compensar racionalmente unas y otras.

**En cuarto lugar, procede la aplicación restringida de penas sustitutivas.** El DL 211 ha previsto que al menos se deberá cumplir un año de pena privativa de libertad, admitiendo como excepción a la aplicación de esta regla el escenario de delación compensada, a saber, el hecho de haberse acogido al programa de delación compensada cumpliendo los requisitos establecidos por la ley hace al primer delator titular de un derecho a ser eximido de la responsabilidad criminal o la rebaja sustantiva de un grado a la pena impuesta, cabiendo la posibilidad de aplicar penas sustitutivas, reglas que serían aplicables asimismo respecto del segundo delator<sup>259</sup>.

---

<sup>259</sup> Santander 2022, 137

## 4.2 ¿Regla *per se*?

---

**El problema.** La regla *per se*, al modo analizado en el capítulo II, admite dos lecturas plausibles.

La doctrina mayoritaria argumenta que la colusión dura ha querido ser juzgada bajo la mentada regla por la historia de la ley, se centra en el poder de mercado como elemento diferenciador de la colusión dura, la que tendría aparejada la aplicación de la regla *per se*<sup>260</sup>.

Podemos constatar que el legislador penal no ha exigido poder de mercado en el tipo penal. Por lo tanto, siguiendo la interpretación de la mayoría, la regla *per se* sería aplicable al delito de colusión<sup>261</sup>.

A mayor abundamiento, las conductas que menciona el artículo 62 corresponden todas a supuestos de colusión dura del artículo 3º letra a).

Lo anterior plantea problemas en sede de garantías para el imputado, en cuanto responsabilidad penal y cargas procesales.

**Prohibición de presumir de derecho la responsabilidad criminal.** Conforme al artículo 19 N.º 3º de nuestra Constitución Política de la República, se prohíbe presumir de derecho la responsabilidad criminal<sup>262</sup>. La regla *per se*, bajo la interpretación doctrinaria nacional<sup>263</sup>, establecería una presunción que no admite

---

<sup>260</sup> En este sentido Grunberg 2017, Artaza *et al* 2020., *supra* Capítulo II Regla *per se*.

<sup>261</sup> “Considerada conforme a su tenor literal, la norma punitiva de la colusión configura un delito de peligro abstracto, lo que en términos muy generales equivale a la concepción de la colusión como un ilícito conforme a la regla *per se* en la terminología derivada de la jurisprudencia estadounidense. Eso es consistente con la nueva formulación de la norma que define al acuerdo colusorio como infracción sin requerir que él confiera poder de mercado, introducida también por la Ley 20.945 en el art. 3º-a) DL 211”. (Awad *et al.* 2017, 42)

<sup>262</sup> Maturana y Montero 2010, 141-146

<sup>263</sup> García 2021; Santander Cepeda 2022, 76



prueba en contrario<sup>264</sup>, lo que resulta inconsistente con la garantía constitucional referida.

Lo anterior permite avistar el grave problema interpretativo de la *regla per se* alejada de su origen. Si el acuerdo carece de la aptitud para afectar la libre competencia (por faltar poder de mercado) el injusto de colusión respecto del cuál se aplicaría la regla *per se* cae en una inconsistencia lógica y sistemática.

En cambio, si la lectura es coherente con el origen, resulta compatible rechazar defensas fundadas en eficiencia o la falta de beneficio de la conducta. Lo anterior, basándonos en la idea que el bien jurídico protegido no es la eficiencia sino la libre competencia como fue expuesto *supra*<sup>265</sup>.

Como plantean Matus y Acuña, el juicio en sede penal supone acreditar más allá de toda duda razonable los elementos del delito y la participación del imputado. En contraste, las líneas de defensa podrán fundarse en la tipicidad o en la participación<sup>266</sup>.

La falta de poder de mercado es una defensa que busca convalidar el acto a través de una conducta que no sería reprochable, por no revestir de la antijuridicidad necesaria.

**Cargas procesales, presunción de inocencia**<sup>267</sup>. Nuestro sistema penal contempla un persecutor a quien corresponde probar la existencia de un hecho que reviste caracteres de delito y la participación del imputado. La contraparte, el imputado y su defensa, deberán aportar al procedimiento todos los antecedentes que tiendan a desvirtuar alguno de estos dos pilares fundamentales del proceso penal. Como

---

<sup>264</sup> El silogismo para el tribunal sería: si competidor A y competidor B arriban a un acuerdo, sobre la variable de competencia C, entonces, aplique sanción.

<sup>265</sup> Al respecto también debemos considerar lo sugerida por Santander 2020, respecto a que el la norma habría de ser entendida como un aumento en la gravedad de la conducta y la sanción correlativa en la determinación de la pena (una especie de agravante), o que por otro lado la especificación de poder de mercado

<sup>266</sup> Matus y Acuña 2020, 315-327; 359

<sup>267</sup> Maturana y Montero 2010a, I:141–46

interviniente juzgador encontramos al tribunal de juicio oral en lo penal a quien le corresponde resolver si se cumplen los presupuestos de sanción más allá de toda duda razonable<sup>268</sup>.

Como fue señalado en el apartado anterior, el efecto de aplicar la regla *per se* correspondería a presumir de derecho la responsabilidad penal en cuanto al elemento antijuricidad. Esto infringiría la presunción de inocencia o principio de no culpabilidad <sup>269</sup>, construida en base al derecho nacional y los tratados internacionales<sup>270</sup>.

---

<sup>268</sup> Maturana y Montero 2010a, I:144

<sup>269</sup> Maturana y Montero 2010a, I:141

<sup>270</sup> Horvitz Lennon y López Masle 2008, 154–60

### 4.3 El procedimiento penal y el Ministerio Público.

---

**El procedimiento penal.** El Código Procesal Penal establece en Chile un sistema acusatorio<sup>271</sup>, dividido en las etapas de investigación, intermedia o de preparación de juicio oral y el juicio oral propiamente dicho<sup>272</sup>.

Dentro del sistema, se contempla la figura del Ministerio Público a quien corresponde la persecución penal. Dicho órgano dirigirá la investigación, formulará en su caso la acusación y expondrá la misma en la etapa de juicio oral<sup>273</sup>.

La etapa de investigación desformalizada tiene las siguientes características:

- *“Se realiza por un órgano administrativo y no jurisdiccional”<sup>274</sup>.*
- *No produce efectos jurídicos en cuanto a la suspensión de la prescripción penal, el cómputo del plazo máximo de duración de la investigación y poderse decretar medidas cautelares personales o reales<sup>275</sup>.*
- *Por regla general “[l]as diligencias que se realizan durante la investigación desformalizada carecen de valor probatorio para el juicio oral, dado que sólo pueden ser consideradas en la sentencia definitiva las pruebas que se hubieren rendido en el juicio oral”<sup>276</sup>.*
- *La práctica de diligencias investigativas no pueden afectar, “privar, perturbar o amenazar derecho o garantías de un imputado o tercero”<sup>277</sup>.*

---

<sup>271</sup> Maturana y Montero 2010a, I:103

<sup>272</sup> Maturana y Montero 2010a, I:104

<sup>273</sup> Ibidem., 103-104

<sup>274</sup> Maturana y Montero 2010a, I:105

<sup>275</sup> Maturana y Montero 2010a, I:105

<sup>276</sup> Maturana y Montero 2010a, I:105

<sup>277</sup> Maturana y Montero 2010a, I:105

Por otro lado, el concepto legal de formalización contenida en el artículo 229 del Código Procesal Penal, corresponde a la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados.

La formalización produce los siguientes efectos<sup>278</sup>:

- Suspende la prescripción penal.
- Contempla intervención del juez de garantía.
- Comienza a correr plazo legal para declarar el cierre de la investigación.
- Sienta la base del principio de congruencia<sup>279</sup>.

La fase intermedia tiene por objeto *“fijar el objeto de la litis penal y civil, determinar las pruebas que se van a rendir en el juicio oral, resolver las excepciones dilatorias para que el juicio oral verse sobre los aspectos sustanciales, y permitir la celebración de convenciones probatorias, excluir la prueba impertinente, inútil e ilícita”*<sup>280</sup>.

Finalmente, la etapa de juicio oral *“se lleva a cabo ante el tribunal oral, y en una o más audiencias orales, públicas, concentradas, continuas, regidas plenamente por la bilateralidad de la audiencia y pasividad del tribunal a quien cabe una labor de dirección y disciplina dentro de ella, de intermediación, permite que se presente el caso por las partes, rindan la prueba, y formulen los alegatos de clausura, terminando con*

---

<sup>278</sup> Maturana y Montero 2010b, II:528

<sup>279</sup> Al respecto, el Código Procesal Penal vincula la formalización, acusación y sentencia del tribunal con competencia en lo penal.

**Art. 229 NCPP inciso primero:** La formalización de la investigación es la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados.

**Art. 259 NCPP inciso final:** La acusación sólo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación, aunque se efectúe una distinta calificación jurídica.

**Art. 341 NCPP inciso primero:** La sentencia condenatoria no podrá exceder el contenido de la acusación. En consecuencia, no se podrá condenar por hechos o circunstancias no contenidos en ella.

<sup>280</sup> Maturana y Montero Óp. Cit. 2010b II:528

*la decisión que debe ser comunicada a las partes al término de la audiencia como regla general, pudiéndose el tribunal tomarse un plazo determinado por la ley de carácter fatal para la redacción de la sentencia, el cual se debe dar plena aplicación de la sana crítica”<sup>281</sup>.*

**El Ministerio Público.** Es el órgano encargado de llevar adelante el procedimiento penal. Conforme al artículo 1º de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, éste es un organismo autónomo y jerarquizado, cuya función es dirigir 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, ejercer 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. No podrá ejercer funciones jurisdiccionales.

El procedimiento penal podrá iniciar de oficio por el Ministerio Público, denuncia o por querrela, conforme al tenor literal del artículo 172 del Código Procesal Penal.

Para que inicie una investigación en materia de colusión, la ley exige el ejercicio de la querrela por parte de la FNE<sup>282</sup>. La norma impide la acción oficiosa del Ministerio Público en la persecución de este delito, así también la intervención por parte de terceros denunciadores ante el Ministerio Público o querellantes.

Bajo este respecto, pareciera que la acción penal establecida para el delito de colusión sería una anomalía dentro del sistema. En primer lugar, pareciera que no puede encuadrarse en la distinción de nuestro Código Procesal Penal, respecto de la acción penal pública o privada (ni en la acción penal pública previa instancia particular). El artículo 53 del Código Procesal Penal señala que la acción penal pública deberá ser ejercida de oficio por el Ministerio Público, mientras que la acción penal privada es de resorte exclusivo de la víctima. En el caso del delito de colusión, la acción no puede

---

<sup>281</sup> Maturana y Montero 2010a, I:105–6

<sup>282</sup> Tanto el DL 211 en su artículo 64 como la guía interna de la FNE página 5 en este sentido.

ser ejercida por el ministerio público de oficio, ni podríamos considerar a la FNE como víctima<sup>283</sup> del delito de colusión. Si analizamos la tercera posibilidad, en cuanto acción penal privada previa instancia particular, pareciera encontrarse el mismo problema dado que la FNE no es víctima del delito.

Lo que plantea interrogantes corresponde al modelo que se ha utilizado. Pareciera que nuestra legislación intentó inspirarse en un sistema como el norteamericano, asemejándose al *Departamento de Justicia y la división antitrust*<sup>284</sup>.

---

<sup>283</sup> Esto, teniendo a la vista el concepto restringido de víctima, así también aquellas víctimas a las que legitima el artículo 108 del NCPP.

<sup>284</sup> El Departamento de Justicia (sigla DOJ) cuenta con una división antimonopolios que a su vez se divide en un área de aplicación de la ley criminal. Pareciera que el sistema chileno intentó incorporar de forma análoga a la FNE (órgano especializado en libre competencia) la competencia de persecución criminal (enfocada a la discrecionalidad de la querrela, para efectos que el Ministerio Público cumpliera luego su rol en el sistema acusatorio).

#### **4.4 Modelo teórico de interposición de querellas, intervención de la Fiscalía Nacional Económica y el Ministerio Público.**

---

En este apartado pretendemos exponer la forma en que operaría un procedimiento penal en materia de colusión, exponiendo de forma esquemática las etapas que logramos advertir y cómo intervendrían en sus respectivos roles la FNE y el Ministerio Público.

**Modelo teórico de interposición de querellas.** La FNE cuenta con una *Guía para la interposición de querellas por el delito de colusión (indistintamente Guía Interna 2018)*, elaborada a partir del DL 211 título V y las propias consideraciones expuestas por la FNE. Referimos a un modelo teórico puesto que no analizaremos casos en concreto, para evaluar el rol que juegan tanto la FNE como el Ministerio Público.

El primer requisito establecido por el DL 211 corresponde a la “*existencia de una sentencia que dé por establecida la existencia de un acuerdo colusorio*”<sup>285</sup>.

Como señala la Guía Interna 2018, el acuerdo que ha de ser establecido debe revestir los elementos del artículo 3º del DL 211, pero siendo aplicable la tipicidad descrita del artículo 62 para efectos de interposición de la querella. Al respecto, se haría necesario que la sentencia de por acreditado que existió un acuerdo y que dichos hechos revisten caracteres de delito<sup>286</sup>.

En segundo lugar, como un requisito de procesabilidad, se exige por el DL 211 “*interposición de una querella por la FNE, excluyendo la iniciativa de otros denunciantes, querellantes o del Ministerio Público*”<sup>287</sup>. Lo anterior por considerar a la FNE órgano especializado por excelencia llamado a perseguir carteles<sup>288</sup>.

---

<sup>285</sup> Guía Interna de la fiscalía nacional económica, mayo 2013, disponible en [[https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Instr.\\_investigaciones\\_2013-1.pdf](https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Instr._investigaciones_2013-1.pdf)] página 3

<sup>286</sup> Ibidem 2018, 5

<sup>287</sup> Ibidem 2018, 3

<sup>288</sup> Ibidem 2018, 3

Respecto de la querella, esta tiene carácter facultativo para la FNE, pero limitada por el deber de fundamentar la decisión en caso de existir un acuerdo colusorio un acuerdo colusorio por sentencia ejecutoriada del TDLC<sup>289</sup>.

Esta regla encuentra una contra excepción en el artículo 64, quedando obligado a interponer la querella “en aquellos casos en que se tratase de hecho que **comprometieran gravemente al libre competencia** en los mercados”<sup>290</sup> (énfasis es nuestro<sup>291</sup>).

La concordancia que realiza la fiscalía, conforme a la Guía Interna 2018, supone la intervención tanto del TDLC y de la Excelentísima Corte Suprema. El esquema de solución supone que al final del procedimiento contemos con una sentencia condenatoria que establece la existencia de un acuerdo colusorio. Así, en caso que el TDLC dicte sentencia condenatoria y la Excelentísima Corte Suprema la revoque la FNE tendrá por incumplido el requisito de procesabilidad. En cambio, si el TDLC dicta una sentencia absolutoria, pero la Excelentísima Corte Suprema revierte la decisión

---

<sup>289</sup> Ibidem 2018, 3

<sup>290</sup> Ibidem 2018, 4

<sup>291</sup> Llama la atención que el legislador haya “facultado” al a la Fiscalía a interponer la querella, para luego forzar a la misma en casos donde se comprometa gravemente la libre competencia. Para que la colusión sea un injusto debe afectar el bien jurídico libre competencia (actual o potencialmente en el esquema actual).

El mensaje de la ley 20-945 enfatiza que la sociedad ha tomado consciencia (respecto de su gravedad); pero a la vez sitúa a la colusión en una zona gris “*la lógica que debiera imperar en aquellos casos de **alto impacto** para los mercados*”. (Historia de la ley N.º 1 20.945, página 8). Si el delito de colusión es el más grave atentado en contra de la libre competencia (porque produce o tiene la aptitud o produce efectos dañinos a la libre competencia), solamente podrá ser sancionada como delito si existen antecedentes más allá de toda duda razonable acerca del delito y la participación punible.

Si el legislador faculta a la FNE, pero luego la obliga, estamos frente a al injusto anticompetitivo más grave (previa concurrencia de sus requisitos), la sociedad ha tomado consciencia de su gravedad, es sancionado *per se* (incluso el delito). Entonces resultaría coherente que la querella fuera obligatoria.

Sin embargo, el legislativo tuvo que escuchar a los órganos encargados de la persecución. Con justa razón, la FNE y el MP plantearon sus reparos frente a la existencia de premura en la persecución criminal (recabar antecedentes nuevos, estándar de prueba y procedimientos en paralelo), debido a que el procedimiento penal tolera mínimamente el error, elevando en consecuencia la labor del persecutor.

Por último, esta deficiencia legislativa hubo de ser complementada por la guía interna del año 2018 respecto de la cual debiésemos tener un informe a mediados del año 2023.



conociendo del recurso de reclamación la FNE tendrá por cumplido el requisito de procesabilidad<sup>292</sup>.

Como corolario, *“el análisis de concordancia queda satisfecho si se ha establecido la existencia de un acuerdo respecto de una o más hipótesis de colusión del artículo 3º y que además este acuerdo realiza el supuesto de hecho del artículo 62”*<sup>293</sup> en cualesquiera de sus hipótesis no siendo obligatorio interponer por todas y cada una de las hipótesis de colusión contenidas en juicio ante el TDLC<sup>294</sup>.

Por último, conforme a la Guía Interna 2018, no procederá la interposición de querrela si la sentencia determina que existió una práctica concertada *“que consista en afectar el resultado de procesos de licitación convocados por privados no prestadores de servicios públicos, o de acuerdos cuyo objeto consista en determinar condiciones de comercialización o excluir competidores actuales o potenciales”*<sup>295</sup>.

En tercer lugar, el rol que ocupa la FNE es el de querellante. No existe la posibilidad de denuncia o remisión de antecedentes al Ministerio Público<sup>296</sup>.

**Conductas que comprometen gravemente la libre competencia en los mercados.** Puede admitirse que existen grados de colusión. Por la misma razón, parece razonable entender que la FNE se encuentra facultada para interponer la querrela por regla general, pero en casos excepcionales la FNE pueda decidir fundadamente no interponer la misma<sup>297</sup>.

---

<sup>292</sup> Óp. Cit. 2018, 6

<sup>293</sup> Ibidem 2018, 6

<sup>294</sup> Ibidem 2018, 6

<sup>295</sup> Ibidem 2018, 6

<sup>296</sup> Ibidem 2018, 3

<sup>297</sup> Awad et al. 2017, 18–19

La FNE establece 4 requisitos copulativos para dar por cumplido este supuesto<sup>298</sup>:

- 1) Sentencia condenatoria ejecutoriada, bajo sanción artículo 3º letra a).
- 2) Los efectos económicos, que deberán ser de una **magnitud considerable y aptos para provocar un impacto sistémico en los mercados** (énfasis es nuestro).
- 3) Se trate de bienes o servicios de consumo masivo o de primera necesidad.
- 4) Que concurra alguna de los siguientes presupuestos<sup>299</sup>: que el hecho:
  - a) Se haya prolongado por un periodo significativo, atendiendo la naturaleza de la conducta y el mercado afectado (criterio de 3 años o más). o;
  - b) Que haya afectado todo o gran parte del territorio nacional.

Por otro lado, dentro de la facultad para interponer querrela, la FNE establece nuevamente criterios relativos al hecho punible, al comportamiento de las personas penalmente responsables por el hecho y la probabilidad de éxito de la acción penal y los objetivos de libre competencia. Estos criterios tendrán por finalidad fundar la decisión de no interponer querrela.

En forma sintética podemos exponerlos de la siguiente forma:

- A. Criterios relativos al hecho punible.
  - a. Se trate del injusto del artículo 3º letra a), condicionado a si el resultado de la sentencia condenatoria ha sido puesto en conocimiento del público o no.
  - b. Magnitud de los efectos producidos. Se supedita la aptitud para afectar masivamente a la población; si el acuerdo tuvo la aptitud para

---

<sup>298</sup> Óp. Cit. 2018, 7. Llama la atención que de forma inmediata la FNE señale la calificación de gravedad que realiza la FNE, el TDLC o la Corte Suprema relativo al artículo 26 letra c) y respecto del artículo 39 letra n), no resultan vinculantes ni necesariamente determinan que dichas conductas comprometan gravemente la libre competencia en los mercados (Guía interna 2018, 7-8)

<sup>299</sup> Llamaremos al primer criterio “de incidencia temporal” y al segundo “de incidencia geográfica”.

conferir poder de mercado; si el hecho afectó o fue apto para afectar todo o gran parte del territorio nacional.

c. Magnitud de los beneficios económicos. Obedece tanto al hecho de haber recibido como al monto verificado o aproximado.

d. Extensión temporal del acuerdo. Dice relación con el *criterio de incidencia temporal*, el cual corresponde a una prolongación de 3 años o más para considerarla significativa.

e. Naturaleza del mercado. La FNE pone especial atención si el acuerdo versó sobre bienes o servicios de primera necesidad, consumo masivo y/o que tengan baja o nula sustituibilidad.

f. Intervención de una asociación. Refiere a los caos donde los miembros del acuerdo hayan sido asociaciones o entidades que reúnen competidores.

B. Criterios relativos al comportamiento de las personas:

a. Gravedad manifiesta de las intervenciones individuales.

b. Roles clave desempeñado por las personas naturales identificadas o identificables.

c. Intervención previa en la comisión del injusto del artículo 3°.

d. Demás antecedentes que justifiquen la pena de inhabilitación.

C. Criterios relativos al éxito de la acción penal.

a. Cuando sirvan a la debida protección de la libre competencia.

b. Cuando permita disuadir futuras contravenciones.

c. Cuando permita sancionar las conductas anticompetitivas.

d. Cuando permita proteger a los consumidores y economía en su conjunto.

- e. Cuando, atendidos los criterios anteriores de éxito, se cuente con una probabilidad apreciable de prosperar<sup>300</sup> en términos que sea plausible una *justa sentencia condenatoria*<sup>301</sup>.

#### **4.5 Las etapas procesales penales en caso de querrela por el delito de colusión**

---

En este apartado pretendemos analizar las reglas aplicables a un eventual procedimiento penal en materia de libre competencia. En atención a que el procedimiento seguido ante el TDLC tendrá incidencia en el procedimiento penal, consideramos necesario estructurar las etapas de los procedimientos respectivos para así entender las implicancias de la sentencia definitiva como requisito de procesabilidad en sede penal.

##### **I. La etapa de investigación.**

###### **1.- Inicio del procedimiento.**

El procedimiento ante el TDLC, podrá iniciar por requerimiento del Fiscal Nacional Económico o demanda de algún particular, que a su vez deberá poner en conocimiento al Fiscal Nacional Económico.

---

<sup>300</sup> Ciertamente capta la relación entre decisión de no querellarse de la FNE y la decisión de no perseverar del MP. Al respecto “El FNE tiene un umbral de fundamentación más alto que el MP. Ello se explica porque las decisiones de no querellarse y de no perseverar pueden asimilarse, pero no identificarse. Mientras la decisión de no perseverar se ejerce una vez finalizada la investigación penal (‘cerrada’), la decisión de no querellarse se ejerce cuando ésta aún no se ha iniciado, porque la querrela es justamente el modo de iniciarla (...) desde el punto de vista del juicio penal aún no se han practicado las diligencias propias de la investigación penal para obtener antecedentes adicionales. Por esta razón, la decisión del FNE tiene que basarse tanto en la insuficiencia de la prueba producida en el juicio contravencional como en la improbabilidad de la producción de nueva prueba en el juicio penal”. (Awad et al. 2017, 46)

<sup>301</sup> Al respecto creemos que la lógica tras este criterio supone la inaceptabilidad de una querrela, cumpliendo todos los criterios de gravedad la FNE, se exponga a ser derrotada ante los tribunales con competencia en lo penal, mediante una sentencia absolutoria. Lo anterior resulta lógico en la teoría, pero aparentemente haría inoperante la institución en la práctica. La FNE, en buenas cuentas, estaría utilizando por criterio un alto nivel de certeza, respecto de que el tribunal fallará condenando a los imputados. A contrario sensu, *si no resulta plausible que la querrela puede resultar en una justa sentencia condenatoria, entendiendo que solo en estos casos se hace efectiva la finalidad disuasoria de la intervención penal* entonces la FNE no interpondrá querrela. (Guía Interna 2018, 10)

El procedimiento ante los tribunales penales solamente podrá iniciar mediante querrela intentada por la FNE.

## 2.- Requisitos en la interposición de la acción.

Ante el TDLC tanto el requerimiento como la demanda deberán contener la exposición clara y determinada de los hechos, actos o convenciones que infringirían el DL 211 e indicar el o los mercados en que incidiría la presunta infracción. Si existe cumplimiento de los requisitos se confiere traslado dentro de 15 días hábiles por regla general.

La acción no deberá encontrarse prescrita, para estos efectos las acciones para perseguir las conductas previstas en el artículo 3º prescribirán en el plazo de cinco años desde que cesen en el mercado los efectos imputables a la conducta objeto de la acción.

En materia penal, el legislador requiere la existencia de sentencia definitiva ejecutoriada del TDLC. Sin embargo, el DL 211 no remite a las reglas contenidas en el Código Procesal Penal, sino para excluir su aplicación<sup>302</sup>.

Al respecto, el artículo 166 del Código Procesal Penal prescribe que los delitos de acción pública serán investigados con arreglo a las disposiciones del Título I del Libro II.

---

<sup>302</sup> Al respecto, el artículo 39 bis relativo a la delación compensada inciso final prescribe que “las investigaciones de los hechos constitutivos de dicho delito sólo serán iniciadas por querrela formulada por la Fiscalía Nacional Económica, sin que sea aplicable, para estos efectos, lo dispuesto en el artículo 166 del Código Procesal Penal” (énfasis es nuestro).

Misma situación ocurre bajo aplicación del artículo 64º del DL 211 respecto de las investigaciones en materia del delito de colusión, “Las investigaciones de los hechos señalados en el inciso primero del artículo 62 sólo se podrán iniciar por querrela formulada por la Fiscalía Nacional Económica, la que podrá interponerla una vez que la existencia del acuerdo haya sido establecida por sentencia definitiva ejecutoriada del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sin que sea admisible denuncia o cualquier otra querrela. Para estos efectos, no se aplicará lo dispuesto en el artículo 166 del Código Procesal Penal” (énfasis es nuestro).

El problema que se advierte supone excluir la aplicación del título I del Libro II. Toda vez el Art.166 inciso primero señala “Ejercicio de la acción penal. Los delitos de acción pública serán investigados con arreglo a las disposiciones de este Título” (énfasis es nuestro).

Es decir, toda la investigación penal debiera someterse a las reglas del DL 211.

El DL 211 artículo 64° prescribe que “no se aplicará lo dispuesto en el artículo 166 del Código Procesal Penal”.

Conforme al tenor literal de la norma, pareciera que la etapa de investigación contemplada en el título I del Código Procesal Penal queda excluida íntegramente, resultando solamente aplicable las reglas de los títulos II y III, sobre preparación de juicio oral y el propio juicio oral respectivamente.

Ahora bien, lo anterior bajo el elemento histórico de la norma<sup>303</sup>, permite afirmar que el legislador pretendió que la forma de inicio de la investigación solamente fuera

---

<sup>303</sup> El articulado que se pretendió introducir en el Código Penal correspondía al siguiente:

“Art. 286 bis. - Será castigado con la pena de reclusión mayor en su grado mínimo quien celebre, implemente, ejecute u organice acuerdos, convenciones, contratos o convenios que involucren a dos o más competidores entre sí, persiguiendo cualquiera de los propósitos siguientes:

1°. Fijar el precio al que sean ofrecidos o demandados bienes o servicios en uno o más mercados.

2°. Limitar la producción o provisión de bienes o servicios.

3°. Dividir, asignar o repartir zonas o cuotas de un mercado de bienes o servicios.

4°. Afectar el resultado de licitaciones públicas o privadas convocadas por órganos de la administración del Estado, por empresas públicas creadas por ley, por empresas en las que el Estado tenga participación o en las que el Estado haya aportado subvenciones o fondos públicos destinados a la adquisición del objeto de la licitación.

La pena establecida en el inciso anterior llevará siempre consigo la pena de inhabilitación absoluta para desempeñar cargos u oficios públicos, cargos de director o gerente en empresas del Estado, cargos de director o gerente en sociedades anónimas abiertas, así como cualquier cargo directivo en asociaciones o colegios profesionales, por un plazo de cinco años contados desde que la sentencia definitiva quedare ejecutoriada.

Art. 286 ter. - Estará exento de responsabilidad criminal el que primero hubiere aportado antecedentes a la Fiscalía Nacional Económica y accedido así a los beneficios establecidos en el inciso tercero del artículo 39 bis del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2004, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, de 1973.

Art. 286 quáter. - Las investigaciones de hechos constitutivos del delito establecido en el artículo 286 bis sólo podrán ser iniciadas por querrela de la Fiscalía Nacional Económica. El querellante ejercerá los derechos de la víctima, de conformidad al Código Procesal Penal.

Si los hechos constitutivos del delito establecido en el artículo 286 bis pudieren ser sancionados con las medidas contempladas en el artículo 26 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2004, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N.º 211, de 1973, el Fiscal Nacional Económico podrá, discrecionalmente, interponer la respectiva querrela y/o presentar requerimiento ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

La circunstancia de haberse iniciado procedimiento ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia por requerimiento del Fiscal Nacional Económico, no será impedimento para que éste pueda interponer querrela en relación con hechos constitutivos del delito establecido en el artículo 286 bis.

El Ministerio Público informará a la Fiscalía Nacional Económica, en el menor plazo posible, los antecedentes de que tomare conocimiento con ocasión de las investigaciones de hechos constitutivos de otros delitos que pudieren relacionarse con el delito contemplado en el artículo 286 bis.

posible por vía querrela por parte de la FNE, mientras que la investigación quedaría de cargo del Ministerio Público conforme a las reglas generales<sup>304</sup>.

Lo anterior puede sostenerse dado que la norma indicaba que las investigaciones serían iniciadas por querrela de la FNE, en forma exclusiva. A continuación, el artículo 286 quáter prescribía “*el querellante ejercerá los derechos de la víctima, de conformidad al Código Procesal Penal*”.

Por tanto, la FNE ocuparía el rol de querellante y de la víctima dentro del proceso penal, quedando el Ministerio Público en la posición de investigador dentro del procedimiento, lo cual resulta coherente con la institucionalidad procesal penal<sup>305</sup>.

Asimismo, la discusión legislativa se centró en el *principio de secuencialidad vs simultaneidad*.

Una primera formulación del principio tuvo el carácter de facultativa. Bajo este modelo la FNE podría elegir si tramitar en paralelo el proceso infraccional y penal<sup>306</sup>.

Por otro lado, se planteó la simultaneidad obligatoria. Se buscó evitar el suspenso en la persecución criminal, sobre todo las consecuencias de la opinión pública<sup>307</sup>.

Durante la tramitación en el Senado, se cuestionó el principio de simultaneidad. Dos procesos, en paralelo, con diferentes reglas de sustanciación, estándares

---

Si no se hubieren proporcionado los antecedentes sobre este delito, la Fiscalía Nacional Económica los solicitará al fiscal del Ministerio Público que tuviere a su cargo el caso, con la sola finalidad de decidir si interpondrá querrela. De rechazarse la solicitud, la Fiscalía Nacional Económica podrá concurrir ante el respectivo juez de garantía, quien decidirá la cuestión mediante resolución fundada.”.

<sup>304</sup> Como señala el informe en derecho sobre interposición de querrelas por el delito de colusión “ni la ubicación de la regulación en un determinado cuerpo de leyes -Código Penal o DL 211-, ni la tipificación del delito de colusión, ni la coordinación de su régimen de persecución penal con el régimen sancionatorio administrativo obedecieron a un diseño elaborado por el Ministerio de Economía con la misma anticipación reflexiva que la regulación del nuevo Título IV” (Awad et al. 2017, 6–7)

<sup>305</sup> En este sentido, se produjo el problema de incluir el **principio de secuencialidad** conforme al cual el Ministerio Público solamente podría entrar en el procedimiento cuando la FNE hubiere terminado el procedimiento ante el TDLC.

<sup>306</sup> Awad et al. 2017, 21–22

<sup>307</sup> Awad et al. 2017, 22

probatorios y la posibilidad de fallos contradictorios planteaban un problema de aplicación práctica. Esto llevó, en parte, a la decisión de optar por la simultaneidad facultativa, por sobre la simultaneidad. Asimismo, entre la secuencialidad obligatoria y facultativa fue dejada de lado la primera optando por la segunda<sup>308</sup>.

En este orden de ideas, se argumentó que “no toda colusión constitutiva de infracción es por ello sin más merecedora de pena”<sup>309</sup>. Y que el estándar de prueba en sede penal, al ser más exigente, requiere de antecedentes probatorios más contundentes<sup>310</sup>.

## **II. Etapa de preparación de juicio oral.**

Conforme las reglas contenidas en el título II del Libro II del Código Procesal Penal, una vez se haya cerrado la investigación debiese procederse conforme el artículo 248 del mismo cuerpo legal. Se deberá adoptar la decisión acerca de solicitar el sobreseimiento definitivo o temporal de la causa, formular acusación, o comunicar la decisión de no perseverar (privativa del Ministerio Público).

*“La obligación que la ley impone a la FNE no se reduce a elaborar un escrito, firmarlo y presentarlo ante el juez de garantía competente. La ley lo obliga a asumir la posición de querellante en la investigación y el juicio y en tal calidad a promover la acción penal, sosteniendo la acusación y procurando la obtención de sentencia condenatoria. El cumplimiento de la obligación de interponer querrela implica por lo tanto la destinación de recursos institucionales considerables a la investigación y el juicio respectivos y podría exponer la condena eventualmente obtenida en el juicio contravencional al descredito en caso de dictarse sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria en la investigación o juicio penal. Asimismo, en esos últimos casos*

---

<sup>308</sup> Awad et al. 2017, 23–24

<sup>309</sup> Awad et al. 2017, 25

<sup>310</sup> Awad et al. 2017, 26



*expondría a la FNE a soportar el pago de las costas del juicio. Las consideraciones anteriores pueden tener tal peso en el caso concreto que contrarresten la consideración de la gravedad del hecho*<sup>311</sup>.

Ahora bien, la etapa intermedia queda condicionada por la etapa de investigación, debiendo contarse con antecedentes cuantitativa como cualitativamente suficientes para cumplir el estándar en materia penal<sup>312</sup>.

En el modelo actual, la FNE adopta un rol preponderante al momento de presentarse la acusación (artículo 261 y siguientes del Código Procesal Penal). Lo lógico, en base a los argumentos de especialidad y carácter técnico, y por razones de deferencia en sus respectivas funciones, es que el Ministerio Público siguiera las directrices de la FNE o que esta última acusara de forma particular. En la misma oportunidad será relevante que ofrezca la prueba que sustentará la acusación.

Especial relevancia cobra el artículo 276 del Código Procesal Penal, conforme al cual se podrá excluir la prueba ofrecida en la audiencia preparatoria, en particular aquellas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales<sup>313</sup>.

Asimismo, la FNE puede fundar la acusación en sede penal tanto con los antecedentes recabados en el procedimiento ante el TDLC como la prueba que se produzca dentro del procedimiento ante el tribunal con competencia penal. El problema ante el cual se enfrenta la FNE corresponde a la eventual pérdida de elementos

---

<sup>311</sup> Awad et al. 2017, 39

<sup>312</sup> Awad et al. 2017, 46

<sup>313</sup> Awad et al. 2017, 48

probatorios, dada la distancia entre el término del procedimiento ante el TDLC como el inicio ante el Juez de Garantía<sup>314</sup>.

Bajo consideración que la investigación realizada por la FNE para establecer el hecho del acuerdo ante el TDLC permite obtener antecedentes probatorios, conforme a las instrucciones que el mismo Fiscal Nacional Económico impartirá. En sede penal el rol de la FNE corresponderá al de querellante particular, por lo que deberá realizar las solicitudes correspondientes al Ministerio Público para que este ordene las diligencias necesarias para recabar nuevos antecedentes que complementen los ya obtenidos.

### **III. Etapa de juicio oral.**

A este respecto tiene plena aplicación las reglas de juicio oral contenidas en el libro segundo del título III del Código Procesal Penal. La FNE deberá sustentar el caso conforme haya sido presentada su adhesión a la acusación del Ministerio Público o sustentar su acusación particular.

---

<sup>314</sup> Awad et al. 2017, 47

## 5 CAPITULO IV CONCORDANCIAS

---

### 5.1 El principio *non bis in idem* en materia de colusión.

---

#### **Primera parte: consideraciones generales acerca de principio *non bis in idem*.**

El principio *non bis in idem* o también llamado *ne bis in idem* puede ser entendido como “la conjunción de una estándar de adjudicación sustantiva y un estándar de clausura procesal”<sup>315</sup>. Este principio presenta una doble dimensión: la primera corresponde a la prohibición de punición múltiple, mientras que la segunda corresponde a la prohibición de juzgamiento múltiple<sup>316</sup>.

Como explica el profesor Juan Pablo Mañalich, cabe preguntarse si ante la “superposición de regímenes de derecho penal y derecho administrativo sancionatorio”<sup>317</sup> puede hacerse operativo el *principio ne bis in idem*, como “obstáculo al desarrollo de investigaciones o a la sustanciación de procesos potencialmente conducentes a la imposición de unas y otras (penas y sanciones)”<sup>318</sup>.

A este respecto debemos volver sobre las teorías que explican la naturaleza de una sanción, expuesto supra. Sea que la explicación se encuentra en la teoría diferenciadora del *ius puniendi* o en la teoría unitaria, el *principio ne bis in idem* debe resultar operativo con independencia de la justificación al ejercicio del *ius puniendi*<sup>319</sup>.

Tal como fue expuesto supra, una de las diferencias intuitivas entre la sanción administrativa y la sanción penal corresponde al órgano competente para imponer sanción<sup>320</sup>. En uno y otro caso, “lo absolutamente distintivo de una sanción es que ella

---

<sup>315</sup> Mañalich 2014, 543

<sup>316</sup> Id.

<sup>317</sup> Id.

<sup>318</sup> Ibid., 544

<sup>319</sup> Ibid., 544–45

<sup>320</sup> A este respecto, de forma simple Mañalich reflexiona “Si existe un punto de vista intuitivamente accesible para determinar el alcance del concepto de sanción administrativa, en contraposición al concepto de pena *stricto sensu*,

cuenta como la irrogación institucionalizada de un mal que expresa desaprobación frente al (previo) quebrantamiento de un estándar jurídico de comportamiento”<sup>321</sup>. Esto importa admitir que existe un órgano administrativo por una parte y un tribunal de justicia por el otro, bajo la doble dimensión del principio bajo análisis.

El principio *ne bis in idem* ha sido planteado como un solo principio. A este respecto, Mañalich nos advierte que “el principio *ne bis in idem* tiene que ser reconstruido, más bien, como una conjunción de dos estándares susceptibles de ser estrictamente diferenciados en atención a sus respectivas condiciones operativas”<sup>322</sup>. La primera condición responde al hecho, como *prohibición de punición múltiple por un mismo hecho (estándar sustantivo de adjudicación)*; la segunda a una *prohibición de juzgamiento múltiple por un mismo hecho (estándar de clausura procesal)*<sup>323</sup>. Como puede advertirse, el problema central se encuentra en *qué entendemos por un mismo hecho*<sup>324</sup>.

Este principio se fundamenta en una prohibición de exceso fundada en el principio de proporcionalidad. El problema no ocurre por infracción de la legalidad (como si se impusiera dos veces la pena de homicidio) sino que a propósito de una doble consideración del *objeto de juzgamiento*<sup>325</sup>. De esta forma, “para la existencia

---

es aquel relativo al órgano específicamente competente para su respectiva imposición. Desde este punto de vista, contarían como sanciones administrativas aquellas susceptibles de ser impuestas por órganos administrativos, lo cual en todo caso significa: por órganos no propiamente jurisdiccionales. Bajo el derecho chileno vigente, éste sería el estatus, por ejemplo, de las sanciones cuya imposición compete a la Superintendencia de Valores y Seguros, tanto bajo la Ley de Mercado de Valores como bajo la Ley de Sociedades Anónimas, entre otras. En esos mismos términos, empero, no cabría decir que las sanciones actualmente susceptibles de ser impuestas por el Tribunal de la Libre Competencia, bajo el DL 211, sean sanciones administrativas, justamente debido a su estatus como órgano (genuinamente) jurisdiccional” (Mañalich 2014, 545)

<sup>321</sup> Ibid., 547

<sup>322</sup> Id

<sup>323</sup> Mañalich 2014, 547

<sup>324</sup> Esta problemática puede advertirse al requerir una sentencia condenatoria como requisito de procesabilidad de la querrela en sede penal. Si el artículo 3º letra a) y el artículo 62 inciso primero son una misma conducta entonces pareciera que existen problemas en sede de principios. Si entendemos que el artículo 3º y el artículo 62 describen conductas diferentes, entonces podríamos, *prima facie*, superar el problema relativo al principio de *non bis in idem*.

<sup>325</sup> Mañalich Óp. Cit., 549

*de un solo hecho punible también es necesario, por otra parte, que el tipo-de-hecho-punible de cuya realización se trata haya sido realizado una sola vez. Pues es obvio que si un mismo tipo-de-hecho-punible se ve realizado, de modo imputable, más de una vez, habrá que reconocer tantos hechos punibles como sean las instancias de su realización”<sup>326</sup>.*

Por otro lado, el principio se puede concebir como una prohibición de juzgamiento múltiple, como una regla de clausura procesal. A este respecto, se prohíben “(dos o más) juzgamientos sucesivos por un mismo hecho, o bien por la vía de (dos o más) juzgamientos simultáneos por un mismo hecho”<sup>327</sup>. El fundamento de esta prohibición se encuentra “en condiciones inmanentes a la legitimación del ejercicio de potestades de persecución y jurisdicción penal (...) como una autentica prohibición de hostigamiento procesal”<sup>328</sup>.

La prohibición de juzgamiento múltiple, a diferencia de la prohibición de punición múltiple, permite apreciar el “hecho” como *objeto del proceso*. Por la misma razón, esta segunda faz del principio cumple por función operatividad del principio de congruencia y por otro lado el alcance de las excepciones de cosa juzgada y litispendencia<sup>329</sup>.

En el mismo orden de ideas, la prohibición de punición múltiple, en relación con la prohibición de juzgamiento múltiple, admitiría que un hecho punible no tematizado por una sentencia condenatoria sea objeto de juzgamiento posterior<sup>330</sup>. Por el contrario, la operatividad del principio *ne bis in idem* supone que un mismo hecho juzgado con anterioridad, *objeto del proceso*, así como de *juzgamiento*, no pueda dar lugar a una nueva sentencia condenatoria.

---

<sup>326</sup> Ibid., 551

<sup>327</sup> Ibid., 551

<sup>328</sup> Ibid., 552

<sup>329</sup> Mañalich 2014, 553

<sup>330</sup> Mañalich 2014, 553

A su vez, como evidencia Mañalich, la forma en que se consagra el principio *ne bis in idem* en el ordenamiento jurídico chileno tanto a nivel supra legal como a nivel legal, exige la existencia de una sentencia condenatoria evitando *juicios sucesivos* (en particular la regla del Código Procesal Penal artículo 1º inc. 2º *persecución única*)<sup>331</sup>. Por otro lado, la litis pendencia se alza como obstáculo procesal frente a multiplicidad de *juzgamientos simultáneos*<sup>332</sup>.

### **Segunda parte: el principio non bis in idem y su operatividad en materia de libre competencia**

Como ha sido expuesto supra, el sistema chileno de \_\_\_\_ admite la coexistencia del injusto de colusión en las reglas generales del DL 211 y en el título especial relativo a las sanciones penales. Asimismo, se ha establecido que frente al derecho administrativo sancionador la doctrina y la jurisprudencia chilena tienden a inclinarse por la univocidad del derecho sancionador, compartiendo al derecho administrativo sancionador las garantías del derecho penal *con matices*.

Esta situación, enfrentada al principio *non bis in idem* plantea la pregunta sobre si la sanción administrativa y la sanción penal pueden provocar un problema de coordinación entre las potestades persecutorias.

Mañalich plantea sobre el punto “*en la medida que algún hecho punible imputable a una determinada persona sea plenamente independiente, desde el punto de vista de su específico contenido de ilicitud, de algún hecho constitutivo de una contravención administrativa imputable a esa misma persona, la eventual imposición acumulativa de sanciones penales y sanciones administrativas, respectivamente, por definición no contravendrá la prohibición de punición múltiple, lo cual significa: tampoco en caso de que uno y el mismo fragmento de comportamiento de esa persona haya*

---

<sup>331</sup> Mañalich 2014, 554–55

<sup>332</sup> Mañalich 2014, 555

*realizado tanto el supuesto de hecho de la norma de sanción penal como el supuesto de hecho de la norma de sanción administrativa*<sup>333</sup>.

En la misma línea, el problema se produce si cuando existe una “*superposición total o parcial desde el punto de vista de sus respectivos contenidos de ilicitud*”<sup>334</sup>. Al respecto Mañalich realiza la salvedad conforme a la intención del legislador ante la superposición de sanciones, es decir, “*un indicador suficientemente fuerte de que la acumulación de tales sanciones es congruente con esa representación legislativa*”<sup>335</sup>, tal y como quedaría establecido en la Ley 18.045 de Mercado de Valores en donde “*la imposición de penas privativas de libertad por parte del correspondiente tribunal con jurisdicción en lo penal deja intacta, por expresa disposición legislativa, la posible imposición de sanciones pecuniarias por parte de la Superintendencia de Valores y Seguros*”<sup>336</sup>.

Conforme con lo anterior, pareciera que el contenido de la ilicitud en la colusión es idéntico, inclusive necesario como condición de procesabilidad de la querrela. Sin embargo, el legislador no incorporó cláusula de estilo al modo de la regulación de Mercado de Valores. Con lo que debería descartarse un argumento acerca de compatibilidad en la superposición total o parcial en contenido de la ilicitud. De esta forma, habría de entenderse que a falta de regla expresa que permita la doble sanción, debiese operar el criterio alternativo entre una sanción y la otra<sup>337</sup>.

---

<sup>333</sup> Mañalich 2014, 558

<sup>334</sup> Id

<sup>335</sup> Mañalich 2014, 559

<sup>336</sup> Mañalich 2014, 559

<sup>337</sup> Nuevamente nos parece fundamental sincerar la concepción del acuerdo como hecho base de la sentencia condenatoria ante el TDLC y que dicha sentencia sea requisito de procesabilidad ante el tribunal con competencia penal. En buenas cuentas, la exigencia de la ley sitúa a la FNE en la posición de pedir al tribunal sanción por un acuerdo que ya ha sido sancionado o probar un nuevo acuerdo colusorio para imponer la sanción por el delito de colusión. De otra forma creemos que se estaría infringiendo el principio *non bis in idem*.

Asimismo, pareciera que no fue resuelto el problema de la aplicación a personas naturales en sede de libre competencia<sup>338</sup>.

Por otro lado, Mañalich explica el problema acerca de la prohibición de juzgamiento de la siguiente forma *“si un hecho presuntamente constitutivo de alguna variante de colusión prevista por el art. 3º a) del DL 211 pudiera a la vez reclamar relevancia delictiva bajo el art. 285 del CP. Pues la potencial activación de uno y otro régimen sancionatorio depende aquí de que tanto la Fiscalía Nacional Económica como el Ministerio Público puedan ejercer sus potestades de persecución eventualmente conducentes a que el Tribunal de la Libre Competencia, por un lado, y el respectivo tribunal con jurisdicción en lo penal, por otro, queden en posición de comprobar la posible realización imputable del supuesto de hecho de la respectiva norma de sanción”*<sup>339</sup>.

Actualmente este problema se ha resuelto a través del principio de secuencialidad, es decir, no existe posibilidad que se active la investigación por la “infracción” ante el TDLC y que a la vez exista una persecución en sede penal, por ser necesaria la sentencia ejecutoriada como requisito de procesabilidad. Por lo tanto, el *principio ne bis in idem* no es infringido bajo la actual redacción del DL 211 en su arista de prohibición de juzgamiento múltiple.

## **5.2 El principio de secuencialidad y la coordinación en sede criminal (investigación)**

---

---

<sup>338</sup> Cabe destacar que el presidente del TDLC Tomás Menchaca expuso en su momento ante el Senado los resguardos que debiesen tomarse en consideración en caso de insistir en la sanción penal de la colusión. Dentro de ellos recomendó “Eliminar la posibilidad del TDLC de aplicar sanciones a personas naturales a fin de no infringir el principio del non bis in idem”; se indican como razones que la existencia de sistemas paralelos (1) No evita problemas de detección y prueba de carteles; (2) No elimina el riesgo de sentencias contradictorias. (Historia de la ley 20.945, Segundo trámite constitucional: Senado. Página 64. Disponible en [[https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file\\_ley/5311/HLD\\_5311\\_945b0386b5606586f2796c50a8775bc3.pdf](https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/5311/HLD_5311_945b0386b5606586f2796c50a8775bc3.pdf)] fecha de consulta lunes 16 de enero de 2023.

<sup>339</sup> Mañalich 2014, 560–61



Esclarecido el principio del non bis in idem, persiste el problema acerca de cómo se logra una efectiva coordinación entre Ministerio Público y Fiscalía Nacional Económica.

Si bien es cierto que la ley ha establecido el principio de secuencialidad para efectos de iniciar la investigación penal, no es del todo clara la forma en que el Ministerio Público intervendría. Lo anterior pretendemos plantearlo mediante las siguientes interrogantes, ¿Qué características tiene el *querellante* en el delito de colusión? ¿Cuál es el rol del Ministerio Público en la *estrategia procesal indagatoria*? ¿Qué *facultades autónomas* quedan al Ministerio Público durante la tramitación de la causa penal?

Un primer punto por esclarecer corresponde a qué se entiende por principio de secuencialidad. Conceptualmente podríamos decir que el *principio de secuencialidad* es aquel principio procesal, que rige el orden de intervención de los organismos de persecución, dando primacía a la FNE por sobre el Ministerio público, con el fin de entablar la acción penal basándose en criterios especializados y técnicos<sup>340</sup>.

Conforme a la historia de la Ley 20.945, la figura de querellante y víctima sería representada por la FNE en juicio penal. La discusión supeditaba la interposición de la querrela a la decisión obligatoria o facultativa, optando finalmente como una secuencialidad facultativa por el legislativo.

La cuestión no es menor, el modelo actual el inicio de la investigación penal prescinde de la opinión del Ministerio Público<sup>341</sup>. En segundo lugar, este no debería intervenir en la fase de investigación dado el carácter especializado y técnico de la

---

<sup>340</sup> Este concepto lo elaboramos a partir de la historia de la ley, así como del informe en derecho elaborado por (Awad et al. 2017, 8–10)

<sup>341</sup> Por ser una facultad privativa de la FNE conforme al tenor literal del artículo 64 del DL 211, y por prescribir que no se aplicará el artículo 166 del Código Procesal Penal.

FNE<sup>342</sup>, advirtiendo el riesgo que podría representar la afectación del principio de congruencia en esta sede. De esta forma, la investigación debería ser formalizada en los términos que determine la FNE, para luego interponer acusación particular como querellante (en términos tales que pueda conformarse con el principio de congruencia). Finalmente, la prueba que se produzca en la audiencia de juicio oral deberá vincularse a la estrategia procesal que ya determinó la FNE en la fase de investigación. Pareciera que la intervención del Ministerio Público ha quedado relegada a ser prácticamente un tercero coadyuvante en materia del delito de colusión. Sin embargo, cabe apreciar las facultades con que cuenta la FNE en sede penal en relación con el Ministerio Público para establecer esta afirmación (revisar anexo III, en donde pueden apreciarse las diferencias entre facultades conferidas al MP y la FNE).

En base a lo anterior podemos sostener que el Ministerio Público mantiene un rol activo en la etapa de investigación e intermedia, sin embargo, la FNE debiera<sup>343</sup> incidir en dichas etapas dada su naturaleza especializada y técnica.

- Podemos afirmar que la FNE deberá aportar todos los antecedentes allegados en el procedimiento ante el TDLC, con miras a sustentar una eventual acusación.
- Asimismo, podrá solicitar todas las diligencias al MP, conforme lo haría un querellante en el procedimiento penal.

En cambio, la etapa de juicio oral debiera entregar protagonismo al órgano que dedujo acusación. Es decir, si el Ministerio Público dedujo acusación y la FNE adhiere, debiese tener preeminencia el Ministerio Público por sobre la FNE. En cambio, si la

---

<sup>342</sup> Esto fue uno de los argumentos vertidos durante la discusión en sala del Senado, en particular se cuestionó que el Ministerio Público tuviera las competencias en la persecución del delito, prefiriendo siempre la intervención “técnica y especializada” de la FNE. Al respecto [<http://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=10362&prmBoletin=9950-03>] en particular el primer informe de la comisión de fecha 24 de septiembre de 2015 páginas 31; 39-40

<sup>343</sup> Dado que no contamos con evidencia empírica de un procedimiento penal en materia de colusión solamente podemos hacer una análisis a futuro del comportamiento procesal del órgano de competencia.

FNE deduce acusación particular debiera tener preeminencia el órgano de competencia, por razones de estrategia procesal.

Asimismo, podemos sostener, el DL 211 excluye la aplicación del artículo 166 del Código Procesal Penal, mientras que las demás normas procesales penales permanecen aplicables en toda su extensión. A este respecto cabe recordar que las facultades intrusivas especiales de la Fiscalía Nacional Económica quedan restringidas a el establecimiento de una infracción al artículo 3º letra a) del DL 211 y no respecto del artículo 64 del mismo cuerpo legal. Lo anterior en base a que el artículo 64 inciso quinto prescribe:

“En su querrela, la Fiscalía Nacional Económica **informará la circunstancia de haber obtenido autorización judicial para realizar una o más de las medidas a que se refieren los numerales n.1 a n.4 de la letra n) del artículo 39, así como el hecho de haber realizado o no dichas diligencias**. El Ministerio Público podrá solicitar al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia el alzamiento de la confidencialidad o reserva de determinadas piezas de su expediente para su utilización en el proceso penal” (énfasis es nuestro).

Puede desprenderse del tenor literal, que existe un deber de informar acerca de la circunstancia de *haber* obtenido autorización para practicar alguna de las medidas intrusivas del artículo 39 letra n). En consecuencia, solamente se debe informar respecto de una diligencia que aconteció y de la cual se contaba con la autorización prescrita por la ley. Esto es coherente con la eventual exclusión de prueba obtenida con vulneración de garantías fundamentales, debida consideración que la forma en que se obtiene la autorización judicial en ambas sedes es diferente<sup>344</sup>.

---

<sup>344</sup> Ahora bien, cabe destacar que la intervención del TDLC y de un ministro de Corte de Apelaciones de Santiago pareciera ser respaldo suficiente sobre la legalidad de la medida. Sin embargo, también resulta coherente con el sistema de enjuiciamiento penal el hecho que se realice un control formal ante el Juez de Garantía al interponerse la querrela.

Esta norma no estaría autorizando a la FNE para practicar alguna de las diligencias por sí misma. Al efecto, existiendo norma especial en sede penal, el conducto regular correspondería a la solicitud dirigida al Ministerio Público para que se pueda realizar la entrada y registro, allanar y descerrajar, incautación de objetos o documentos, interceptación de comunicaciones telefónicas y entrega de registros de comunicaciones por parte de empresas de comunicaciones, conforme a las reglas indicadas en nuestro cuadro comparativo.

Pareciera entonces que la ley ha logrado un equilibrio entre el Ministerio Público y la Fiscalía Nacional Económica en el orden penal. Sin embargo, debemos tener presente que aún no contamos con evidencia empírica acerca de cómo operaría en la práctica el conjunto de facultades de uno y otro órgano.

### 5.3 Valoración de la prueba y estándar de convicción

---

Una de las cuestiones relevantes a la hora de contrastar el injusto de colusión contenido en el artículo 3º y el injusto del artículo 62 del DL 211 corresponde a la instancia de juzgamiento y las reglas de valoración de la prueba y estándar de convicción.

El legislador no se ha pronunciado acerca del estándar probatorio en sede de libre competencia<sup>345</sup>. Respecto de las reglas procesales penales, podemos señalar que es de los pocos casos en donde el legislador ha efectivamente determinado el estándar probatorio, mediante la fórmula *más allá de toda duda razonable*<sup>346</sup>.

Ahora bien, en sede de libre competencia la mayoría de la jurisprudencia, al resolver casos sobre colusión por infracción al artículo 3º letra a), identifica el estándar de prueba al de *prueba clara y concluyente*<sup>347</sup>. Si bien se ha criticado por Gárate Maudier<sup>348</sup> el hecho que este estándar solamente ha sido objeto de reflexión respecto del injusto de colusión, nos basta para efectos de nuestro trabajo. En consecuencia, este apartado se centrará en el *estándar de prueba en materia de colusión*, y de ello no se seguirá un criterio general para afirmar el estándar probatorio en libre competencia<sup>349</sup>.

---

<sup>345</sup> Gárate Maudier 2022, 15

<sup>346</sup> Ibid., 15

<sup>347</sup> Ibid., 16

<sup>348</sup> El autor plantea “el objetivo final del presente trabajo es, en consecuencia, fundamentar la aplicación de EdP (estándar de prueba) diferenciados en materia de libre competencia en razón de la multiplicidad de objetivos que persiguen las sanciones de las diferentes conductas anticompetitivas, que dan cuenta de la vulneración de diferentes valores vinculados con la competencia en los mercados, con niveles de gravedad que son disímiles en cada caso y que cuentan con herramientas de persecución diferentes; lo cual justifica la aplicación de un EdP más exigente, por ejemplo, para acuerdos anticompetitivos consistentes en carteles duros, que lo que debiese exigirse – por ejemplo- en cuestiones de competencia desleal o *interlocking*. Lo anterior supone necesariamente internalizar que las sanciones que son administradas en (libre) competencia tienen naturalezas y entidades diversas, lo que permite a su vez fundamentar una aplicación diferenciada para la justificación y razonamiento acerca de la verdad de los enunciados en el proceso judicial de (libre) competencia” (Gárate Maudier 2022, 22)

<sup>349</sup> Gárate Maudier 2022, 16–18

Aclarado lo anterior, podemos establecer desde ya que el derecho de la libre competencia y el derecho penal responden a estándares de prueba diferentes. Usando la nomenclatura de Gárate, la *descripción sintética* constituye una formalización necesaria al explicitar la independencia del estándar de prueba penal y permite determinar el contenido del estándar de prueba conforme a la función que cumple<sup>350</sup>.

Habida consideración que no existe un estándar claro en materia de libre competencia nos interesa recoger el trabajo de Gárate a efectos de centrarnos en la formulación de estándar de prueba desde sus cimientos. Es decir, nos importa tratar el problema del estándar de prueba conforme a una definición de este, determinar los fines que cumple y por último establecer el cuál sería el adecuado en sede de libre competencia.

**Qué es un estándar de prueba.** De forma general, un estándar de prueba “es una regla que permite la adopción de decisiones en base a ciertos criterios, límites o umbrales que son definidos a efectos de determinar el grado de credibilidad que debe asignársele a un enunciado”<sup>351</sup>.

Sea que se haga referencia a la *duda razonable*, *balance de probabilidad* o de *prueba clara y concluyente*, vale tener presente que “un estándar de prueba no se reduce ni se limita a describir un enunciado que responda de forma sintética en qué manera serán comprendido los diferente umbrales en el ámbito jurídico” (énfasis es nuestro)<sup>352</sup>.

Vale decir, si la conclusión a la que pretendemos llegar es “que a y b se coludieron”, entonces, el estándar de prueba se configura como aquel límite inferior,

---

<sup>350</sup> Ibid., 19

<sup>351</sup> Ibid., 24

<sup>352</sup> Gárate Maudier 2022, 24

que las premisas deben satisfacer para resolver un asunto (imponiendo una sanción en este caso), aceptando el error que subyace a toda decisión<sup>353</sup>.

Como requisito adicional, un estándar de prueba supone establecer un umbral de sanción debe despojarse de cualquier consideración subjetiva<sup>354</sup>. Esto se logra a través de criterios para determinar el estándar, como forma de determinar el grado de probabilidad o certeza como mecanismo de validación epistémico<sup>355</sup>.

**Funciones de un estándar de prueba.** El estándar de prueba permite adoptar decisiones y realizar un control de estas<sup>356</sup>. Esto se logra a través de una triada de funciones: de distribución del error, de suficiencia y heurística<sup>357</sup>.

Establecer cuáles son las funciones en concreto responde a cuestiones de política pública y bienes jurídicos en juego. A este respecto, se busca asegurar, en principio, la mayor absolución de inocentes y la mayor condena de culpables, minimizando la mayor cantidad de condenas a inocentes y la mayor cantidad de absoluciones de culpables<sup>358</sup>.

Considerando lo anterior, para satisfacer la función de distribución del error, entran en juego los bienes jurídicos propiedad (cuando se aplica sanción pecuniaria), libertad (cuando se aplica sanción privativa de libertad) y libre competencia (por ser

---

<sup>353</sup> Id

<sup>354</sup> Como señala Gárate Maudier siguiendo a Larry Laudan “cualquier formulación subjetiva de las motivaciones que guían una decisión judicial, como plantea Laudan, no nos ofrece protección alguna contra la arbitrariedad” (Gárate Maudier 2022, 28).

<sup>355</sup> Gárate Maudier 2022, 29

<sup>356</sup> Ibid., 30

<sup>357</sup> **Función de distribución de errores:** “corresponden a las reglas de distribución de error que se consideraran aceptables para la definición del asunto” (Gárate 2022, 30). **Función de Suficiencia:** aquella que permite “determinar el umbral, o sea el grado de suficiencia de prueba que se requiere para poder determinar el grado de comprobación de una hipótesis bajo la fórmula ‘está probado que p’” (Gárate 2022, 30). **Función Heurística:** aquella que permite “la determinación del modo en que el EdP influye en las diferentes etapas que forman parte del razonamiento probatorio, esto es, en las etapas de inclusión y valoración, y con ello, armonizar el razonamiento probatorio para comprenderlo como un todo a la hora de justificar la decisión” (Gárate 2022, 30).

<sup>358</sup> Gárate Maudier 2022, 33–36

afectado a través de la conducta). El razonamiento del tribunal habrá de validar “sí a y b se coludieron” entonces “sanción pecuniaria” y/o<sup>359</sup> “sanción privativa de libertad”. Bajo la premisa “sí a y b se coludieron” se debe satisfacer el presupuesto de la colusión bajo el artículo 3º letra a) o el artículo 62, al modo expuesto supra en los capítulos II y III. De esta forma, verificados los presupuestos es aceptable aplicar la sanción y el error que pueda subyacer<sup>360</sup>.

Ahora bien, para satisfacer la función de suficiencia el asunto no parece ser tan claro. En primer lugar, porque la sentencia dictada por el TDLC sirve de base para satisfacer la existencia de un acuerdo. Dicho fundamento, con certeza, es el elemento central del fallo por exigencia del tipo del artículo 3º letra a). Un segundo elemento corresponde a la variable de competencia afectada, pudiendo ser reproducido el silogismo de la forma que sigue:

NORMA	SILOGISMO
<b>COLUSIÓN</b> <b>ARTÍCULO 3º LETRA</b> <b>A)</b>	<i>Sí se acredita <b>acuerdo o práctica concertada</b><sup>361</sup> entre competidores</i>  <i>Sí se acredita <b>acuerdo o práctica afecta variable de competencia</b><sup>362</sup></i>

<sup>359</sup> Debemos recordar que el DL 211 permite sancionar a personas naturales por infracción del artículo 3º por vía directa o por solidaridad legal conforme al artículo 26 letra c), asimismo permite sancionar a personas naturales en sede penal conforme al tipo del artículo 62. En el mismo sentido Gárate Maudier “Todas dichas sanciones, conforme especifica expresamente el inciso final del artículo 26, son compatibles con las sanciones penales contempladas en el DL 211 y la indemnización de perjuicio que pueda generarse con ocasión de conductas anticompetitivas” (Gárate 2022, 98).

<sup>360</sup> Al respecto cobra relevancia la existencia de un régimen recursivo que permita la revisión de la sentencia y la posibilidad de impugnar la decisión fundada justamente en el error.

<sup>361</sup> Son aquellos “**hechos actos o convenciones** que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos”.

<sup>362</sup> A este respecto. “fijar **precios** de venta o de compra, limitar la **producción**, asignarse **zonas o cuotas de mercado** o 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”.



	<p>Entonces, <i>competidores</i> han impedido, restringido o entorpecido la libre competencia.</p> <p>Por tanto, aplique sanción.</p>
<p><b>COLUSIÓN</b> <b>ARTÍCULO 62</b></p>	<p>Si se acredita <i>acuerdo</i> entre <i>competidores</i><sup>363</sup></p> <p>Sí se acredita que <i>imputado</i> celebró, ordenó celebrar, ejecutar u organizar <i>acuerdo</i></p> <p>Si se acredita que <i>acuerdo</i> afecta variable de competencia</p> <p>Entonces, <i>imputado</i> ha <i>atentado contra la libre competencia</i><sup>364</sup></p> <p>Por tanto, aplique sanción</p>

Ahora bien, el análisis que debemos realizar corresponde al estándar de prueba, en su *función de suficiencia*, a la hora de establecer una sentencia condenatoria o absolutoria, la cual “*deberá ser examinada conforme al conjunto de elementos de prueba, apuntando hacia una mirada holística de toda la evidencia para poder razonar sobre qué hipótesis puede resultar más probada y, por ende, debe orienta su función hacia las explicaciones más robustas, prefiriendo aquellas en desmedro de otras explicaciones que carezcan de sustento, coherencia y razonabilidad*”<sup>365</sup>.

Por último, la función Heurística, se tendrá que asegurar durante el procedimiento exista correlato entre las funciones enunciadas anteriormente en las

---

<sup>363</sup> Esta premisa corresponde al requisito de sentencia ejecutoriada condenatoria por colusión del artículo 3º letra a).

<sup>364</sup> Dado que el artículo 62 no contiene la premisa de afectación debemos remitirnos a las disposiciones generales, artículo 1º inciso segundo DL 211, “Los atentados contra la libre competencia en las actividades económicas serán corregidos, prohibidos o reprimidos en la forma y con las sanciones previstas en esta ley”.

<sup>365</sup> Gárate Maudier 2022, 57

etapas de inclusión y valoración de la prueba (etapas de actividad probatoria). Se busca armonía entre una fase y otra, que permanecen con identidad definida. La decisión que se adopta incide en un esquema de resolución de conflictos (proceso), por lo que la decisión adoptada dentro del procedimiento debe satisfacer tanto la idea de conflicto como la necesidad de resolver el conflicto. La incidencia entonces del estándar de prueba en su función heurística corresponde por un lado, a las etapas de inclusión y valoración probatoria (nivel micro) y por el otro, a la distribución y suficiencia probatoria (nivel macro)<sup>366</sup>.

Bajo consideraciones de política criminal, se optó por aumentar las sanciones que pudiera establecer el TDLC y establecer una sanción criminal cuyo conocimiento queda reservado a al juez de garantía y tribunal de juicio oral en lo penal.

Si realizamos una comparación entre el estándar de prueba y la sanción podemos, en principio, concluir lo siguiente:

Si el estándar de prueba es más laxo, entonces existe una menor dificultad de acreditar los hechos de la causa. Al contrario, si el estándar de prueba es más exigente, entonces existe una mayor dificultad de acreditar los hechos de la causa.

Por otro lado, si atribuimos a una misma conducta una sanción diferente, a igualdad del estándar de prueba, podemos concluir que se asignó mayor gravedad a la conducta cuya sanción es más alta (sea cuantitativa o cualitativamente). En cambio, si establecemos que una misma conducta tiene la misma sanción, pero el estándar de prueba es diferente, podemos concluir que se asignó mayor gravedad a la conducta cuyo estándar de prueba es más laxo, toda vez existe una mayor aceptación del error en la imposición de una sanción<sup>367</sup>.

---

<sup>366</sup> Ibid., 57–58

<sup>367</sup> Fundándonos en la probabilidad, si es aceptable imponer la sanción “X” bajo un error del 50%, la mitad de las causas podrán resultar en condenas, mientras que las restantes 5 caerían en la zona gris del “error inaceptable” que tenderían a la absolución. En cambio, bajo un sistema de tolerancia al error del 10%, el 9 de 10 causas deberían resultar en absolución (por tratarse de errores inaceptables) y 1 en condena. Lo anterior, a consecuencia de la

Sostenemos entonces que al sancionar una conducta tanto el estándar de prueba como la sanción (en términos cuantitativos como cualitativos) juegan un rol determinante a efectos de establecer la “gravedad”. Cuestión que al parecer se ha dejado de lado en el debate legislativo que solamente se ha centrado en cuestiones de prevención en base a “sanciones más duras”, sin poner atención a la forma en que dichas sanciones pueden ser aplicadas en la práctica.

**El estándar de prueba en libre competencia.** Cómo fue esbozado al principio de este apartado, la ley no ha determinado cuál es el estándar de prueba en materia de libre competencia.

De acuerdo con el DL 211, puede extraerse que existen normas sobre inclusión, rendición, publicidad, confidencialidad o reserva y valoración<sup>368</sup>, así como el deber de fundamentación de la sentencia<sup>369</sup>.

Respecto a las normas procedimentales, puede afirmarse que se encuentran entre el terreno intermedio entre los procedimientos infraccionales y los civiles. Sin embargo, carece de una regulación sistemática sobre principios y garantías aplicables al procedimiento en comento<sup>370</sup>. Dada la naturaleza del procedimiento en materia de libre competencia se plantea que debiera responder a un estándar de prueba propio<sup>371</sup>. Frente a lo anterior cabe preguntarse cuáles serían las razones para afirmar lo anterior.

---

exigencia acerca de sustento coherencia y razonabilidad de la prueba rendida y valorada en el procedimiento. Respecto de la probabilidad, se cuestiona que pueda ser aplicada realmente a los casos como un criterio orientados, sin embargo, permite apreciar un modelo teórico de como debiese comportarse un tribunal al aplica una sanción (Gárate 2022, 45-53).

<sup>368</sup> A este respecto se consagra la sana crítica.

<sup>369</sup> Gárate 2022, 83

<sup>370</sup> Ibid., 83-84

<sup>371</sup> Ibid., 85

La primera razón corresponde al diseño institucional<sup>372</sup>. Existe un sistema acusatorio mixto, ante un órgano jurisdiccional especializado con particularidades institucionales, la amplitud de sanciones que pueden ser impuestas.

Es un sistema mixto, dado que tanto la FNE como un particular pueden presentar la acción a través de un requerimiento o una demanda particular. Siendo el derecho de la libre competencia parte del orden público económico coexiste bajo el un *Enforcement público* y un *Enforcement privado*, lo que permite afirmar que la legislación ha favorecido el rol de la FNE como agencia de competencia, entregándole mayores facultades investigativas, adecuando las reglas de prescripción, reestructurando los hechos sensibles de prueba en el procedimiento sancionatorio y la forma de determinación de la multa en materia de colusión<sup>373</sup>.

La segunda razón corresponde a la dualidad existente entre TDLC y la Corte Suprema<sup>374</sup>. Central resulta la existencia del recurso de reclamación ya que *“si bien es el TDLC quien está llamado inicialmente a interpretar y adjudicar el alcance normativo de las normas procedimentales, es en definitiva la Corte Suprema por medio del recurso de reclamación, quién ha terminado de delinear el movimiento de adjudicación definitivo sobre definiciones en materia probatorio y muy particular sobre el [estándar de prueba] que aplica el TDLC, sin referencia alguna a reglas de deferencia técnica que privilegian un razonamiento especializado”*<sup>375</sup>.

Por último, como tercer elemento, las sanciones que pueden establecerse en sede de libre competencia *“exhibe un arsenal variado de sanciones y medidas aplicables”*<sup>376</sup>.

---

<sup>372</sup> Id

<sup>373</sup> Gárate 202, 86-87

<sup>374</sup> Ibid., 88

<sup>375</sup> Ibid., 88

<sup>376</sup> Ibid., 89

Ahora bien, analizando los criterios seguidos por la jurisprudencia mayoritaria, el estándar aplicable a sede infraccional respecto de las conductas colusorias se ha fallado conforme a la *frase sintética prueba clara y concluyente*. Ahora bien, tal y como reflexiona Gárate Maudier<sup>377</sup>, no se sigue de lo anterior un estándar general en materia de libre competencia, teniendo además en consideración que las conductas descritas en el artículo 3º y sus literales parecieran no tener la misma gravedad, y consecuentemente no debieran tener el mismo estándar para ser sancionadas<sup>378</sup>.

Frente a lo anterior, la jurisprudencia experimentó una evolución a lo largo de diferentes etapas las cuales corresponden a las siguientes:

- Primera etapa jurisprudencial<sup>379</sup>: tanto el TDLC como la Corte Suprema se debaten entre un estándar con alto beneficio de la duda, acercándose al estándar de “duda razonable”, por otro lado, los fallos del TDLC comienzan a expresar la necesidad de contrastar la tesis acusadora, la defensa y las hipótesis alternativas, configurando tímidamente un estándar de prueba clara y concluyente.
- Segunda etapa jurisprudencial<sup>380</sup>: a partir del caso Farmacias II<sup>381</sup> sentaron las bases de la teoría del estándar de prueba, particularmente eliminando la distinción entre prueba directa e indirecta, estableciendo las bases para las explicaciones alternativas y su acreditación y ciertas nociones generales sobre prueba clara y concluyente.

---

<sup>377</sup> Para un análisis en extenso del estándar de prueba en materia de libre competencia: Gárate Maudier, Óscar. 2022. *Estándar probatorio en libre competencia*. Tirant lo Blanch: Valencia.

<sup>378</sup> Gárate 2022, 90; 103

<sup>379</sup> Ibid., 105-120

<sup>380</sup> Ibid., 121-125

<sup>381</sup> La sentencia habría considerado la naturaleza de la sanción, la extensión temporal y el efecto respecto de los consumidores (Gárate 2022, 123-124)

- Tercera etapa jurisprudencial<sup>382</sup>: en esta etapa la jurisprudencia se perfila, en cuanto a su arquitectura al examen de la hipótesis acusatoria, la revisión de las hipótesis alternativas y en caso de no estar acreditadas suficientemente las hipótesis principal y alternativas, la aplicación de cargas le llevaría a la absolución. En este sentido, el caso Navieras II representaría en la síntesis de la jurisprudencia, tanto en sede de libre competencia como en sede de reclamación ante la Corte Suprema, dando lugar al estándar de prueba clara y concluyente<sup>383</sup>.

Podemos entonces afirmar que el estándar de prueba en materia de colusión, por contravención del artículo 3º letra a), corresponderá a la prueba clara y concluyente, mientras que en materia penal se siguen el estándar de prueba más allá de toda duda razonable por expresa aplicación de las reglas contenidas en el Código Procesal Penal.

---

<sup>382</sup> Gárate 2022, 126-142

<sup>383</sup> Gárate 2022, 141

## 6 CONCLUSIONES

---

A partir de lo analizado en los cuatro capítulos desarrollados en el presente trabajo podemos presentar las siguientes conclusiones:

### 6.1 Conclusiones Capítulo I

---

- El DLC es la rama del derecho cuyo objeto es regular las actividades económicas e intercambios que ocurren dentro del mercado, velando por el ejercicio de la libertad económica, mediante la eliminación de las trabas a la libre competencia y la sanción de conductas que la afecten.
- En el derecho norteamericano, el DLC puede caracterizarse como un derecho anti-monopolios y promotor de la competencia, el cual es fruto de un agudo cambio tecnológico y jurídico, en un contexto político y social marcado por inestabilidad en la economía, que las empresas enfrentaban concentrándose y coludiéndose.
- En contrapartida, la tradición europea se genera a partir de una legislación nacional de los países miembros de la que hoy conocemos como Comunidad Europea y otra supranacional emanada de los cuerpos comunitarios. Esta se alza como norma prohibitiva de obstáculos al comercio, prácticas discriminatorias o restrictivas y demás que tuvieran la aptitud de distorsionar la competencia en los países signatarios.
- El desarrollo de ambas tradiciones tuvo un impacto significativo en la legislación chilena, siendo fuente directa la tradición norteamericana en la redacción del texto original, como en sus posteriores modificaciones.
- Es inconsistente considerar la eficiencia como el bien jurídico protegido por el DLC chileno. Si éste se identificase con aquella, no podría negarse la defensa de eficiencia para el cartel, y resulta que la regla *per se*, niega la posibilidad de alegar dicha defensa, siendo la regla *per se* un rasgo distintivo de su tratamiento normativo.
- La colusión produce efectos relevantes, en términos económicos, de competencia y de confianza.

- La colusión puede conceptualizarse como una infracción concertada que involucra competidores entre sí, consistente en la fijación de precios de venta o de compra, limitación de la producción, asignación de zonas o cuotas de mercado o la afectación del resultado de procesos de licitación, así también un acuerdo o práctica concertada que confiere poder de mercado y consiste en determinar condiciones de comercialización o exclusión de actuales o potenciales competidores; analizaremos la legislación nacional y comparada en la materia.
- En materia penal, la colusión puede conceptualizarse como un delito de naturaleza anticompetitiva sujeto a estricta aplicación del principio de legalidad en cuanto a sus hipótesis comisivas que suponen celebrar, ordenar celebrar, ejecutar u organizar, un acuerdo, cuyo corresponde a afectar una variable de competencia, excluyendo las prácticas exclusorias y que prescinde del poder de mercado como elemento del tipo.
- El concepto de colusión norteamericano se extiende a una considerable cantidad de hipótesis, contiene bajo si a todo contrato, acuerdo en forma de trust o conspiración, que tengan por objeto la restricción del intercambio o comercio, en el comercio interestatal o con naciones extranjeras es ilícito.
- Por otro lado, la legislación europea concibe la colusión como un acuerdo entre empresas, decisiones de asociaciones de empresas o prácticas concertadas que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado de la comunidad europea y que no resultan justificados por criterios de progreso técnico económico y equidad.
- Respecto del tipo de acuerdo sancionado, la norma ha sancionado los acuerdos expresos, ya que supone intencionalidad que puede encuadrar una hipótesis de dolo. Una colusión tácita supondría sancionar la conducta como una omisión lo que debe descartarse por la excepcionalidad de esta clase de delitos. Asimismo, una colusión tácita equivaldría al dolo eventual, lo que difícilmente podría ejemplificarse a efectos de perseguir y sancionar la colusión. Por otro lado, la distinción entre acuerdo y práctica concertada es un tema pacífico en



nuestra jurisprudencia, quedando por superada la distinción, siempre entendiendo que se refiere a un acuerdo expreso.

- La colusión es, por regla general, una práctica concertada, de tipo horizontal, explotativa o exclusoria.
- Son sujetos activos de la infracción aquellos competidores que hayan formado parte del acuerdo; y que copulativamente sean competidores entre sí.
- Por otro lado, bajo idea de un sistema mixto, serían sujetos activos del delito de colusión, todos quienes concurren a la materialización en la conducta típica, con indiferencia de ser competidores entre sí dada la redacción del artículo 62° del DL 211.
- Bajo la consideración de la colusión como un delito, deberemos atender a la conducta, para subsumirla bajo el delito del artículo 3° letra a) o del artículo 62°.
- Los verbos rectores del injusto artículo 3° letra a) corresponden a *ejecutar* y *celebrar*, mientras que el injusto del artículo 62 corresponden a *celebrar*, *ordenar celebrar*, *ejecutar* y *organizar*.
- El delito de colusión prescinde de un objeto material, subyace un bien jurídico cuya afectación (puesta en peligro) hace merecedor de sanción al infractor.

## **6.2 Conclusiones Capítulo II**

---

- Orgánicamente el legislador ha separado un injusto de colusión en sus reglas generales, mientras que ha dado un tratamiento separado y especial a una colusión cuya sanción es penal.
- La sanción aplicable a la primera conducta descrita en el artículo 3° letra a) del DL 211 corresponde a la del artículo 26 del mismo cuerpo legal. Estas pueden ser aplicadas a discreción del TDLC de forma separada o conjunta, en cualesquiera combinaciones atendidas la gravedad de la conducta. En cambio, el artículo 62 inciso primero y segundo es claro en la pena que se asigna a la conducta, no pudiendo el tribunal determinar otra sanción, quedando restringido al *quantum* de la pena en los rangos que establece.
- En cuanto a la descripción de la conducta, el legislador ha descrito en el artículo 3° letra a) del DL 211 un catálogo más amplio en cuanto a su enumeración, mientras que en la norma del artículo 62 ha establecido un catálogo más

restringido, pero a su vez más descriptivo, utilizando una técnica propia del derecho penal.

- Por último, en cuanto a la competencia y procedimiento, podemos verificar que existen dos tribunales distintos, cuya competencia está determinada por el Código Orgánico de Tribunales, y cuyos procedimientos se encuentran reglados por el DL 211 y el Código Procesal Penal, y supletoriamente por el Código de Procedimiento Civil respectivamente.
- Podemos concluir que el legislador ha establecido dos injustos diferentes en el DL 211.
- La regla *per se*, conforme la mayoría de la doctrina fue incorporada con ocasión de la modificación de la Ley 20.945 del año 2016.
- Por otro lado, en minoría, se ha dicho que la regla *per se* ha sido una categoría foránea cuya interpretación no ha sido fiel a su origen.
- Existen características de procedimiento que plantean dudas sobre si es un procedimiento administrativo infraccional. Estas refieren a el órgano que conoce, la competencia sancionadora del órgano, rol del órgano, jerarquía en la que se inserta el órgano, el objeto del procedimiento aplicable, el régimen de recursos y aplicación supletoria de reglas procedimentales.
- La idea de procedimiento infraccional se sigue de la redacción original del DL 211. Al respecto, la norma en su origen refería a las “infracciones” o “infractores”, deberíamos entender la mención a una “infracción” como la contravención a una prohibición, cuya sanción suponía privación de libertad en base a una sentencia dictada por un órgano jurisdiccional con competencia criminal.

### **6.3 Conclusiones Capítulo III**

---

- Respecto de la colusión, la legislación ha mantenido un esquema similar en cuanto a conducta sancionada, ha considerado variables de competencia sensibles precios, producción, zonas o cuotas de mercado, las modificaciones posteriores han servido para especificar la aplicación de la regla *per se*.

- Consideramos que no existe mayor diferencia entre un tipo y otro a lo largo de la historia del DL 211, puesto que se está sancionando la misma conducta por equivalencia de objeto.
- En atención a la gravedad de la colusión, el legislador ha determinado normas especiales respecto de las sanciones, prescripción, determinación de la pena y la procedencia restringida de penas sustitutivas.
- El legislador no ha exigido poder de mercado en el tipo penal. Por lo tanto, siguiendo la interpretación de la mayoría, la regla *per se* sería aplicable al delito de colusión.
- El legislador optó por el principio de secuencialidad en la persecución de la colusión, por lo que siempre será facultad de la FNE iniciar la persecución criminal.
- La FNE ocupa el rol de representante del querellante y de la víctima en el actual procedimiento penal por delito de colusión.
- En sede penal el rol de la FNE corresponderá al de querellante particular, por lo que deberá realizar las solicitudes correspondientes al Ministerio Público para que este ordene las diligencias necesarias para recabar nuevos antecedentes que complementen los ya obtenidos.
- Respecto de la etapa de juicio oral, resultan plenamente aplicables las reglas contenidas en el libro segundo del título III del Código Procesal Penal. La FNE deberá sustentar el caso conforme haya sido presentada su adhesión a la acusación del Ministerio Público o sustentar su acusación particular.

#### **6.4 Conclusiones Capítulo IV**

---

- El principio *non bis in idem* se consagra tanto a nivel supra legal como a nivel legal.

- El DL 211 no resuelve el problema de la aplicación de sanciones a personas naturales en sede de libre competencia por infracción del artículo 3º y por comisión del delito del artículo 62 del DL 211<sup>384</sup>.
- Respecto del juzgamiento múltiple, el problema se ha resuelto a través del principio de secuencialidad, es decir, no existe posibilidad que se active la investigación por la “infracción” ante el TDLC y que a la vez exista una persecución en sede penal, por ser necesaria la sentencia ejecutoriada como requisito de procesabilidad.
- Por lo tanto, el *principio ne bis in idem* no es infringido bajo la actual redacción del DL 211 en su arista de prohibición de juzgamiento múltiple.
- Pareciera que la ley ha logrado un equilibrio entre el Ministerio Público y la FNE en el orden penal. Sin embargo, debemos tener presente que aún no contamos con evidencia empírica acerca de cómo operaría en la práctica el conjunto de facultades de uno y otro órgano.
- Sostenemos tanto el estándar de prueba como la sanción (en términos cuantitativos como cualitativos) juegan un rol determinante a efectos de establecer la “gravedad”.
- Concluimos que lo anterior no ha sido considerado durante el debate legislativo que solamente se ha centrado en cuestiones de prevención en base a “sanciones más duras”, sin poner atención a la forma en que dichas sanciones pueden ser aplicadas en la práctica.

---

<sup>384</sup> Cabe destacar que el presidente del TDLC Tomás Menchaca expuso en su momento ante el Senado los resguardos que debiesen tomarse en consideración en caso de insistir en la sanción penal de la colusión. Dentro de ellos recomendó “Eliminar la posibilidad del TDLC de aplicar sanciones a personas naturales a fin de no infringir el principio del non bis in idem”; se indican como razones que la existencia de sistemas paralelos (1) No evita problemas de detección y prueba de carteles; (2) No elimina el riesgo de sentencias contradictorias. (Historia de la ley 20.945, Segundo trámite constitucional: Senado. Página 64. Disponible en [https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file\_ley/5311/HLD\_5311\_945b0386b5606586f2796c50a8775bc3.pdf] fecha de consulta lunes 16 de enero de 2023.

- El estándar de prueba en materia de libre competencia, a falta de norma expresa, ha sido objeto una elaboración y desarrollo jurisprudencial de larga data.
- Podemos entonces afirmar que el estándar de prueba en materia de colusión, por contravención del artículo 3º letra a), corresponderá a la prueba clara y concluyente, mientras que en materia penal se siguen el estándar de prueba más allá de toda duda razonable por expresa aplicación de las reglas contenidas en el Código Procesal Penal.
- Es necesario que el legislador establezca un estándar de prueba general y estándares específicos en base al tipo de injusto anticompetitivo. Una forma de plantear la discusión es al modo de la tesis de Gárate Maudier, estableciendo un estándar diferenciado en atención al injusto.

## 7 ANEXOS

### 7.1 Anexo I: factores doctrinarios facilitadores de la colusión

La doctrina identifica los siguientes factores:

Carlton y Perloff <sup>385</sup>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Capacidad para incrementar los precios.</li><li>• Bajas penalidades esperadas.</li><li>• Bajos costos de organizar el cartel.</li></ul>
Cabral <sup>386</sup>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Existencia de un número reducido de empresas.</li><li>• Alta concentración de la industria.</li><li>• Producto altamente homogéneo.</li><li>• Presencia de una cámara o asociación empresaria que pueda coordinar las actividades del cartel.</li><li>• Características institucionales:<ul style="list-style-type: none"><li>○ Cláusulas del comprador más favorecido.</li><li>○ Empleo asiduo de denuncias antidumping.</li><li>○ Contratos de largo plazo con cláusulas de rescisión.</li></ul></li></ul>
Posner <sup>387</sup>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Mercado concentrado de oferentes<sup>388</sup>.</li></ul>

---

<sup>385</sup> Ibid., 64

<sup>386</sup> Coloma 2009, 64

<sup>387</sup> Posner 2001, 69–79

<sup>388</sup> Ibid., 69

	<ul style="list-style-type: none"> <li>• La existencia de una pequeña franja entre los vendedores permite una comunicación más fluida al coludirse<sup>389 390</sup>.</li> <li>• La elasticidad en la demanda (productos cuya demanda es inelástica)<sup>391 392</sup>.</li> <li>• Demora en la entrada de nuevos competidores<sup>393 394</sup>.</li> <li>• Homogeneidad de un producto<sup>395 396</sup>.</li> <li>• La durabilidad de un producto.<sup>397 398</sup></li> </ul>
--	--

<sup>389</sup> Este factor apunta a la estabilidad en los pequeños números. Coordinar a 5 miembros es más simple que coordinar a 14 o más, permitiendo en consecuencia que los márgenes de cada participante se mantengan cercanos y se propenda a una estabilidad en el tiempo

<sup>390</sup> Posner 2001, 70

<sup>391</sup> Esto cobra importancia en las colusiones que tienen por objeto alzar los precios debido al aumento de recaudaciones por los miembros del acuerdo. Frente a un producto cuya demanda es inelástica el alza de precio permitirá cobrar un precio sobre normal, apropiándose el cartel del excedente del consumidor sin correlato en costos

<sup>392</sup> Posner 2001, 71

<sup>393</sup> Lo anterior se funda en el razonamiento siguiente, un producto cuya demanda es inelástica será necesariamente consumido con indiferencia del aumento del precio (en términos teóricos) hasta el punto máximo de pago por el demandante. Esto incentivaría teóricamente la entrada de nuevos competidores al mercado lo que supondría un equilibrio en el precio, ya que a una mayor oferta el precio deberá encontrar un nuevo equilibrio competitivo. En consecuencia, si la entrada de nuevos competidores toma tiempo esto podrá atribuirse en parte a un acuerdo de los incumbentes, inclusive considerando que en ciertos mercados la complejidad de la entrada, incluso en ausencia de un acuerdo colusorio, es elevada. Así por ejemplo el establecimiento de una cadena de supermercados a nivel local o nacional<sup>393</sup>, supondrá un despliegue logístico relevante, que no ocurrirá en un plazo acotado de tiempo, sino probablemente en el mediano o largo plazo. Lo anterior puede coligarse con la falta de concentración en la cantidad de compradores potenciales, los cuales serán tomadores de precios debido a la disgregación de la demanda

<sup>394</sup> Posner 2001, 75

<sup>395</sup> Cosa opuesta ocurrirá en los mercados cuyos productos sean heterogéneos o de características específicas, personalizados, dado que el valor que cada productor dará a esa especificación será en efecto establecida a criterios que difícilmente puedan coincidir. Además, ante la venta de un producto en específico se deberá encontrar un comprador específico, quien por su parte tendrá control sobre lo que pagará a diferencia de quien busca un producto estándar, como lo sería la compra de marraqueta en una tienda local. Posner 2001, 75

<sup>396</sup> Posner 2001, 75

<sup>397</sup> Productos cuya calidad y duración tienden al largo plazo impiden que las ventas al corto plazo sean elevadas, más bien serán sostenidas en un horizonte de tiempo largo dado que el recambio de los productos de larga vida útil es inversamente proporcional a su duración. En consecuencia, si por ejemplo tenemos una lavadora que dura 10 años, la venta equivalente a una unidad producida para el competidor equivale a un cliente por 10 años, mientras que su contraparte competidora supondrá la pérdida de un cliente a 10 años. De esta forma dichas condiciones de competencia harán difícil la estabilidad de la organización

<sup>398</sup> Posner 2001, 76

	<ul style="list-style-type: none"><li>• Determinación del precio en base a costos<sup>399</sup>.<ul style="list-style-type: none"><li>○ Venta a un mismo nivel de distribución.</li><li>○ Facilidad que tiene un competidor para cumplir sus obligaciones.</li><li>○ Relación elevada entre costos fijos y variables para cada competidor.</li></ul></li></ul>
--	--

---

<sup>399</sup> Ibid., 76–77



**7.2 Anexo II: comparación entre texto original DL 211 y reformas que modifican el injusto de colusión**

NORMA	HECHO ACTO O CONVENCION	OBJETO
<p><b>ARTÍCULO 2° LITERALES A), B), C), D)<sup>400</sup>, E) Y F) TEXTO ORIGINAL DL 211</b></p>	<p>Cualquiera, que tienda a impedir la libre competencia</p>	<p>Producción, repartición de cuotas, reducciones o paralización de la producción.</p> <p>Transporte</p> <p>Comercio o distribución, reparto de cuotas o la asignación de zonas de mercado o distribución exclusiva, por una sola persona o entidad, de un mismo artículo de varios productos.</p> <p>Determinación de precios de bienes y servicios, <b>como acuerdos o imposiciones de los mismos a otros.</b></p> <p>Trabajo, libertad de trabajo o libertad de trabajadores.</p> <p>Cláusula general, cualquier otro arbitrio que tenga por finalidad eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia.</p>
<p><b>ARTICULO 3° LETRA A) LEY 19.911</b></p>	<p>Acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos, o las practicas concertadas entre ellos</p>	<p>Fijar precios de venta o de compra.</p> <p>Limitar la producción.</p> <p>Asignarse zonas o cuotas de mercado</p>

<sup>400</sup> Del tenor literal de la norma, podemos establecer que la colusión podría concretarse de cualesquiera formas conforme al literal f del texto original en general, cualquier otro arbitrio que tenga por finalidad eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia. Asimismo, el legislador solamente refiere al "acuerdo" respecto del literal d), en los demás casos podríamos subsumir la colusión en base a su objeto, para perseguir y sancionar la conducta).

<p><b>ARTICULO 3° LETRA A) LEY 20.945</b></p>	<p>Acuerdos o practicas concertadas que involucren a competidores entre sí</p>	<p>Fijar precios de venta o de compra Limitar la producción Asignarse zonas o cuotas de mercado Afectar resultado de procesos de licitación Determinar condiciones de comercialización (poder de mercado) Excluir actuales o potenciales competidores (poder de mercado)</p>
<p><b>ARTICULO 62 INCISO PRIMERO</b></p>	<p>Acuerdo que involucre a dos o más competidores entre sí<sup>401</sup></p>	<p>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 Afectar el resultado de licitaciones realizadas por empresas públicas, privadas prestadoras de servicios públicos, u órganos públicos</p>

### 7.3 Anexo III: cuadro comparativo entre facultades del Ministerio Público y la Fiscalía Nacional Económica

Utilizaremos el siguiente cuadro para correlacionar las facultades en el procedimiento por delito de colusión, siguiendo las reglas del Código Procesal Penal:

---

<sup>401</sup> “Desde el punto de vista de su estructura típica, el delito de colusión es un delito de mera actividad, es decir, el comportamiento descrito por la norma como delito no presupone la producción de un resultado en sentido causal, es decir, de un evento (el efecto) espacio-temporalmente distinguible del comportamiento (la causa). En particular, la norma no exige como elemento del delito la producción de un efecto impeditivo, restrictivo o entorpecedor de la libre competencia, o la creación de un riesgo relevante de producir ese efecto” (Awad et al. 2017, 42).

**FACULTAD**

**MP**

**FNE**

<p><b>INICIAR INVESTIGACIÓN (ART. 64 DL 211 Y 166 CÓDIGO PROCESAL Penal)</b></p>	<p>✘</p>	<p>✔</p>
<p><b>INVESTIGACIÓN DE LOS FISCALES (ART. 180 CÓDIGO PROCESAL PENAL)<sup>402</sup></b></p>	<p>✔</p>	<p>✘</p>
<p><b>FORMALIZAR LA INVESTIGACIÓN (artículo 299 Código Procesal Penal)</b></p>	<p>✔</p>	<p>✘</p>
<p><b>ARCHIVO PROVISIONAL (ART. 167 CÓDIGO PROCESAL PENAL)</b></p>	<p>✘</p>	<p>✘</p>
<p><b>NO INICIAR INVESTIGACIÓN (ART. 168 CÓDIGO PROCESAL PENAL)<sup>403</sup></b></p>	<p>✘</p>	<p>✔</p>

---

<sup>402</sup> Los fiscales dirigirán la investigación y podrán realizar por sí mismos o encomendar a la policía todas las diligencias de investigación que consideraren conducentes al esclarecimiento de los hechos.

<sup>403</sup> Esto emana del principio de secuencialidad facultativo contenido en el artículo 64 del DL 211.

<b>PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD (ART. 170 Código Procesal Penal)<sup>404</sup></b>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
<b>PROPOSICIÓN DE DILIGENCIAS (ART. 183 Código Procesal Penal)<sup>405</sup></b>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>
<b>TESTIGOS ANTE EL MINISTERIO PÚBLICO (ART. 190 Código Procesal Penal)<sup>406</sup></b>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
<b>ENTRADA Y REGISTRO (ART. 204-216 Código Procesal Penal)<sup>407</sup></b>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
<b>INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES TELEFÓNICAS ART. 222 Código Procesal Penal)</b>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>

<sup>404</sup> En virtud del principio de secuencialidad facultativo podríamos desprender una *especie de principio de oportunidad* con el que cuenta la FNE, en aquellos casos en donde la colusión no afecte gravemente la libre competencia o aquellos casos en donde la FNE justifique los motivos que no hacen conveniente perseguir el delito.

<sup>405</sup> Creemos que una lectura adecuada con la historia fidedigna de la ley 20.945 debiera considerar a la FNE como el principal proponente de diligencias en el procedimiento penal con miras a establecer la estrategia procesal.

<sup>406</sup> Pareciera más razonable que la diligencia de testigos se realizara ante la FNE.

<sup>407</sup> Cabe destacar que el artículo 39 letra n) solamente permite llevar a efecto las medidas intrusivas para acreditar el artículo 3º letra a) del DL 211 y no respecto del artículo 62 del DL 211. En consecuencia, solamente será procedente aplicar las reglas del Código Procesal Penal.

**SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL  
PROCEDIMIENTO (ART. 237  
Código Procesal Penal)<sup>408</sup>**



**ACUSACIÓN (ARTÍCULO 259 Y  
ART. 261 Código Procesal Penal)**



---

<sup>408</sup> Resultaría improcedente por la pena establecida en el DL 211

<sup>409</sup> Podrá hacerlo adhiriendo a la acusación del Ministerio Público o presentando acusación particular.

## 8 BIBLIOGRAFÍA CITADA

---

### 8.1 BIBLIOGRAFÍA

---

- Araya Jasma, Fernando. 2015. “Derecho de la Libre Competencia”. *Revista chilena de derecho privado*, nº 24 (julio): 233–50. <https://doi.org/10.4067/S0718-80722015000100011>.
- Artaza, Osvaldo, Matías Belmonte, y Germán Acevedo. 2018. “El delito de colusión en Chile: Propuesta analítica de la conducta prohibida a través de su interpretación como un acuerdo anticompetitivo”. *Revista Ius et Praxis*, Año 24 (2): 549–92.
- Artaza, Osvaldo, Víctor Santelices, y Matías Belmonte. 2020. *El delito de colusión (2020)*. TIRANT LO BLANCH. Valencia: Tirant lo blanch.
- Awad, Alejandro, Cherit Antonio, Bascuñán Rodríguez, y Miguel Chaves Pérez. 2017. “Informe en Derecho: Justificación Y Presupuestos Legales de una Guía Interna de la Fiscalía Nacional Económica Relativa a la Interposición de Querellas por el Delito de Colusión”. Santiago.
- Belmonte Parra, Matías Nicolás. 2021. “La delación compensada desde una perspectiva penal”. *Revista Jurídica Digital UANDES* 4 (2): 57. <https://doi.org/10.24822/rjduandes.0402.3>.
- Bermúdez Soto, Jorge. 1998. “Elementos para definir las sanciones administrativas”. *Revista Chilena de Derecho. Número Especial*, 323–34.
- Calderón, Guillermo Oliver. 2019. “Reflexiones sobre los mecanismos de justicia penal negociada en Chile”. *Revista chilena de derecho* 46 (2): 451–75. <https://doi.org/10.4067/S0718-34372019000200451>.
- Coloma, Germán. 2009. *Defensa de la competencia análisis económico comparado*. Segunda edición. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina.
- Cordero Quinzacara, Eduardo. 2012. “El Derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho penal”. *Revista de Derecho* 25 (2): 131–57. <https://doi.org/10.4067/S0718-09502012000200006>.

- Cordero Quinzacara, Eduardo. 2013. “Concepto y naturaleza de las sanciones administrativas en la doctrina y jurisprudencia chilena”. *revista de derecho Universidad Católica del Norte* 1 (Año 20): 79–109.
- Cordero Quinzacara, Eduardo. 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*, n° XLII: 399–439.
- Ducci, Carlos. 2010. “La relación jurídica de derecho privado”. En *Derecho Civil Parte General*, 201–34. Editorial Jurídica de Chile.
- Gárate Maudier, Óscar. 2022. *Estándar probatorio en libre competencia*. Valencia: Tirant lo blanch.
- García, Juan José. 2021. “A propósito de la aplicación de la regla ‘per se’ en el derecho chileno de la libre competencia. Una revisión sucinta a la Sentencia N° 175/2020 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”. *Elmercuriolegal*, 21 de enero de 2021. <http://www.updatecomunicaciones.cl/imprimir.php?n=106922>.
- Garrido Montt, Mario. 2010. “El bien jurídico”. En *Derecho Penal Parte General*, Tomo I:63–68. Editorial Jurídica de Chile.
- González, Aldo. 2011. “Prácticas colusivas”. Book. En *La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario*, editado por Rolf Lüders Schwarzenberg, 143–61. Santiago: Thomson Reuters PUNTOLEX.
- Horvitz Lennon, María Inés, y Julián López Masle. 2008. “La prueba”. En *Derecho Procesal Penal Chileno II. Preparación del juicio, procedimientos especiales, ejecución de sentencias, acción civil*, II:65–228. Santiago: Editorial Jurídica de las Américas. <https://app.vlex.com/#sources/3286>.
- Letelier Wartenberg, Raúl. 2017. “Garantías penales y sanciones administrativas”. *Polít. crim* 12 (24): 622–89.
- Mankiw, Gregory. 2012. “Oligopolio”. En *Principios de Economía*, Sexta Edición, 349–76. México: South-Western.

- Mañalich, Juan Pablo. 2014. “El principio ne bis in idem frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio”. *Polít. crim* 9 (8): 543–63.
- Mardones Osorio, Marcelo. 2020. *Lecciones de derecho económico, regulación económica de los mercados*. Vol. I. Valencia: Tirant lo blanch.
- Maturana, Cristian, y Raúl Montero. 2010a. *Derecho procesal penal*. 1ª. Vol. I. Santiago: Legal Publishing Chile.
- Maturana, Cristian, y Raúl Montero. 2010b. *Derecho procesal Penal*. 1ª. Vol. II. Santiago: Legal Publishing Chile.
- Matus Acuña, Jean Pierre. 2013. “Las formas de responsabilidad criminal por el hecho colectivo en el Derecho internacional y en el derecho interno chileno conforme a la Ley N° 20.357”. *Política criminal* 8 (16): 363–85. <https://doi.org/10.4067/S0718-33992013000200001>.
- Matus Acuña, Jean Pierre, y Mª Cecilia Ramírez Guzmán. 2021. *Manual de derecho penal chileno. Parte general 2º Edición*. Segunda edición. Valencia: Tirant lo blanch.
- Motta, Massimo. 2018. *Política de competencia: teoría y práctica*. Ciudad de México: FCE - Fondo de Cultura Económica.
- Novoa Monreal, Eduardo. 1984. “Algunas reflexiones sobre el derecho de castigar del Estado”. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 197–213. [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/articulo.php?id=ANU-F-1984-10019700213](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-F-1984-10019700213).
- Polo Pérez, Abraham Antonio. 2021. *El Derecho administrativo sancionador*. Ciudad de México: Tirant lo blanch.
- Posner, Richard A. 2001. *Antitrust Law*. Segunda edición. Chicago y Londres: The University of Chicago press.
- Querol Aragón, Nuria. 2014. “Tema 3: Derecho de la libre competencia”. En *Análisis económico del Derecho*, editado por Nuria Querol Aragón, Primera edición, 49–73. Madrid: Dykinson.
- Romero Seguel, Alejandro. 2020. “Los acuerdos extrajudiciales en materia de libre competencia como tutela cautelar autónoma”. *Revista de*



*Derecho (Coquimbo)* 27 (agosto): e4381.  
<https://doi.org/10.22199/issn.0718-9753-2020-0010>.

- Sandoval, Ricardo. 2009. “Noción de Empresa”. En *Derecho Comercial Tomo 1*, 1:78–83.
- Santander Cepeda, Boris. 2018. *Apunte derecho económico 2018*. Inédito.
- Santander Cepeda, Boris. 2022. *Apunte Libre Competencia 2022*. Inédito.
- Sutherland, Edwin H. 1999. *El delito de cuello blanco*. Editado por Julia Varela y Fernando Álvarez-Uria. Endymion. Madrid: La Piqueta.
- Valdés Prieto, Domingo. 2009. “Libre competencia e injusto de monopolio”. En *Libre competencia y monopolio*, 740.

## 8.2 JURISPRUDENCIA CITADA

---

- Sentencia Corte Suprema Rol N° 16986-2020, dieciséis de octubre de dos mil veinte. 2020 1–77.