

DOCTRINA

Aproximación al tipo penal introducido por la Ley 20.945: Delito de colusión

*Approximation to the criminal type introduced by Law 20,945:
The collusion crime*

José Antonio Gagliano Silva y Pedro Aracena Salgado

Abogados, Chile

RESUMEN Este artículo tiene por objetivo ofrecer algunas consideraciones con respecto al nuevo tipo penal de colusión, cuyo fin principal es proteger la libre competencia de los mercados. Se presenta una breve exposición de aspectos sustantivos y la descripción de la protección administrativa, así como de la estructura típica del nuevo hecho punible y algunos aspectos procesales a destacar.

PALABRAS CLAVE Delito de colusión, derecho penal económico, libre competencia.

ABSTRACT This paper's purpose is to offer some considerations about the new felony offense created in Chile, which mainly seeks to protect the antitrust regulation. Thus we offer a brief exposition of substantive aspects, a description of the administrative protection, and also the typical structure of the new crime adding some procedural aspects to emphasize.

KEYWORDS Antitrust crime, economic criminal law, antitrust.

Introducción

El derecho penal económico ha dado luces de su expansión durante el último tiempo de forma exponencial en nuestro país. No nos cabe duda de que el fenómeno responde, en cierta medida, a la constante actitud de la clase gobernante chilena por mostrar al derecho penal como una herramienta de *prima ratio*, trastocando sus fundamentos con el objeto de dar soluciones simbólicas¹ a divergentes cuestiones sociales. En este

1. Sobre el derecho penal simbólico y su latente ineficacia para solventar problemas sociales profun-

mismo ánimo, el legislador hoy opta por sancionar con penas privativas de libertad los actos ilícitos en el ámbito que resguarda la libre competencia. El derecho penal ya no sanciona los hechos más atroces que conoce el ser humano: homicidios, robos, violaciones, entre otros. Actualmente, el derecho penal castiga, inclusive, a quienes infringen deberes básicos en un subsistema económico (cf. Artaza, Salazar y Salgado, 2016: 795).

Como es sabido, durante el último tiempo en nuestro país han existido diversos casos judiciales que han atentado, o bien derechamente han vulnerado, la normativa que protege la libre competencia.² Pero, ¿qué es la libre competencia? ¿Qué es la colusión³ Y todavía más relevante: ¿debería el derecho penal castigar los actos contrarios a la libre competencia? En el escenario económico-social actual, se ha optado por un modelo liberal en donde es el mercado el que asigna y reasigna los recursos a las personas; por lo mismo, la vigencia de la libre competencia como una condición necesaria para el desarrollo de un mercado sano, transparente y capaz de aspirar a su perfección,⁴ resulta —al parecer— del todo ineludible.⁵ Es así que al menos sobre algunos de estas bases se orienta la tendencia económica mundial.⁶

Con todo, y como bien han identificado autores nacionales, la pregunta sobre cuál es la razón para criminalizar la libre competencia parece una materia olvidada por el derecho penal,⁷ ya sea porque no ha podido ser abordada directamente o bien por no caracterizarse como tópico relevante para emprender. Desde este punto de vista, para

dos, véase Hassemer (1995). Por su parte Díez Ripollés señala que «el denominado derecho penal simbólico constituye un caso de superación de los límites utilitarios que el principio teleológico de la sanción penal marca a la intervención penal. Se caracteriza de modo general porque se producen a través de la pena efectos sociopersonales expresivo-integradores que carecen de legitimidad no por su naturaleza, sino porque no se acomodan a las decisiones político-criminales que fundamentan la pena» (2002: 26).

2. Véanse las sentencias del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia roles 145-2015, 139-2014, 133-2014 y 119-2012.

3. Motta señala que «las autoridades antimonopolio y los jueces deben considerar ilegal toda práctica en donde las compañías coordinen de forma explícita sus acciones para lograr un resultado colusorio» (2004: 3; la traducción es nuestra, como en todos los casos en que el original está en inglés).

4. Sobre este punto, se ha dicho: «Es evidente, en este análisis, advertir que la perfección es una utopía y lo que corresponde asumir es que los mercados son «estructuras» que se deben analizar caso a caso» (Zavala y Morales, 2009: 167).

5. La protección de mercados competitivos y la lucha en contra de los carteles se puede remontar a la Sherman Antitrust Act, cuyo texto original es del 2 de julio de 1890, legislación todavía vigente en los Estados Unidos (cf. Page, 2015).

6. En relación con el bienestar social de regularse la competencia, Laffont y Tirole sostienen: «La función utilitaria del bienestar social es la suma del bienestar del consumidor y el de las compañías» (1993: 169).

7. Sobre este punto, véase Artaza, Salazar y Salgado (2016: 795), en donde Osvaldo Artaza plantea correctamente que: «por lo general, nos centramos en por qué es tan intolerable [la libre competencia], pero no tiene mucho sentido abordar la gravedad si no resolvemos primero por qué es grave contra intereses dignos de protección por el derecho penal». Véase también Artaza Varela (2017).

criminalizar cualquier conducta que se aleje del derecho penal liberal debemos tomar prestados conceptos y lógicas ajenas al derecho penal. Es decir, tomar prestados concepto del *derecho económico*, que pertenece a la ciencia económica. Empero, la afirmación precedente no puede conducirnos a olvidar que el derecho penal económico no es derecho económico. Como se ha dicho en otro lugar, las penas no deben encausar el curso de la economía.⁸

Como hemos señalado, nuestro ordenamiento jurídico no se ha quedado atrás en las tendencias actuales que han ampliado el espectro del derecho penal. En este sentido, el 30 agosto de 2016 se publicó la Ley 20.945, que perfecciona el sistema de libre competencia y modifica el Decreto Ley 211, de 1973, que fija normas para la defensa de la libre competencia, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el Decreto con Fuerza de Ley 1, de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. La modificación agregó al mentado cuerpo normativo —para lo que aquí interesa— un nuevo tipo penal⁹ con el objetivo de, en palabras de nuestro legislador, promover y defender la libre competencia en los mercados.¹⁰ A nuestro juicio, esta situación obedece a múltiples factores. Por un lado, es importante destacar el hecho de que nuestra jurisprudencia dominante,¹¹ siguiendo a la mayoría de la doctrina,¹² considera insuficiente la regulación anterior —vigente en el Código Penal— para castigar los acuerdos de precios.¹³ Así, a pesar de que el Ministerio Público —a propósito del polémico Caso Farmacias— tomó la decisión de llevar a jui-

8. Así en España lo destaca Feijoo Sánchez: «el derecho penal económico no es derecho económico que se sirve de las penas para conducir la economía» (2009: 5), y con toda razón. Dado que este es otro argumento para comprender que derecho penal y derecho administrativo sancionador son cuestiones distintas, y que ameritan diversos principios y garantías, véase Aracena Salgado (2017).

9. Así se observa en el Mensaje Presidencial 009-363 del 16 de marzo de 2015, recogido en la *Historia de la Ley 20.945*: «En Chile, la Ley de Defensa de la Libre Competencia contempló desde el año 1959 al año 2003 la sanción de presidio menor en cualquiera de sus grados (61 días a 5 años) respecto de quienes atentaran en contra de la libre competencia. Esta sanción nunca se aplicó producto de la ausencia de una cabal conciencia acerca de la gravedad de estos ilícitos, así como de la falta de una institucionalidad adecuada para hacer frente a casos de alta complejidad y, finalmente, fue derogada en el año 2003 por la Ley 19.911» (BCN, 2018a: 6).

10. El nuevo tipo penal debe entenderse en el contexto fijado por el artículo 1 del Decreto Ley 211. En cuanto a su incorporación, y en palabras del Mensaje que fue presentado como proyecto ley al Congreso: «La defensa de la libre competencia es esencial para el desarrollo de Chile. Ella garantiza la existencia de mercados en los cuales impere una competencia basada en los méritos, que permita que las empresas ofrezcan bienes y servicios de mejor calidad, mayor variedad, innovadores y al menor precio posible» (BCN, 2018a: 3).

11. Siguiendo a raja tabla lo planteado por el profesor Jean Pierre Matus, la Corte de Apelaciones de Santiago en causa rol 3139-2015.

12. Véase Matus (2012). Una postura alternativa se observa en Hernández (2012).

13. Crítico ante la doctrina mayoritaria es Salazar (2016).

cio criminal por el delito establecido en el artículo 289 del Código Penal, no obtuvo la condena esperada.¹⁴ Lo que en parte habría motivado la descripción explícita de un nuevo tipo penal que contemplara íntegramente una hipótesis de colusión de la forma que actualmente se conoce.

En este contexto, otro factor —y no menos apreciable— lo constituye el constante clamor social de la opinión pública en orden a la necesidad de reprochar más estrictamente toda conducta anticompetitiva, manifestado tanto por su ciudadanía como por la clase política.¹⁵ Creemos que esto ha influido más que un absoluto convencimiento o consenso pleno respecto de la utilización del *ius puniendi* como herramienta de disuasión, para evitar conductas contrarias a la libre competencia. La enunciación preliminar puede probarse reflexionando acerca del escaso reparo que ha mantenido la doctrina, en general, en torno a qué realmente es la libre competencia.¹⁶ En este sentido, se ha dicho que la protección de la libre competencia está sujeta a eventuales malos entendidos, así como a la discusión sobre si mediante su protección se protegen uno o más objetivos.¹⁷ Con todo, qué duda cabe que dentro de esta armonía de opiniones la colusión es, de acuerdo a nuestros tribunales de justicia, una de las conductas que más gravemente afecta la economía y, en consecuencia, la sociedad.¹⁸ Sin perjuicio que, como se abordará más adelante, para proceder a la imputación del nuevo tipo penal —como ha quedado estructurado—, el sistema procesal presenta incongruencias y desincentivos para la aplicación práctica de este nuevo hecho punible. Entre las incongruencias, adelantamos la exclusión del Ministerio Público para investigar hechos que revistan el carácter propio de este delito, así como la condena previa que debe existir en el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), para que, a juicio de la Fiscalía Nacional Económica (FNE), se remitan los antecedentes de la colusión a la Fiscalía.¹⁹

14. Cuarta Sala de la I. Corte de Apelaciones de Santiago, rol 3.139-2015.

15. Véase «Los casos de colusión que han remecido el mercado chileno en la última década», Emol, 23 de diciembre de 2016, disponible en <http://bit.ly/2QPRhPo>.

16. Stucke (2012: 30) ejemplifica este problema citando al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de acuerdo con la cual «el único objetivo de la política de defensa de la competencia es promover y proteger la competencia, pero luego reconocerían que uno de las principales dificultades es definir qué quiere decir libre competencia para la legislación, o definir por qué la competencia misma debiera ser protegida»; citado a su vez por Artaza Varela (2017: 345).

17. Artaza Varela (2017: 345) cita, con ulteriores referencias, la doctrina del derecho de la competencia o la legislación antimonopólica para destacar las diferencias entre los sistemas de protección.

18. La Corte Suprema ha afirmado: «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 Corte Suprema rol 1746-2010, del 29 de diciembre de 2010).

19. El artículo 64 del actual Decreto Ley 211 reza: «Las investigaciones de los hechos señalados en el inciso primero del artículo 62 sólo se podrán iniciar por querrela formulada por la Fiscalía Nacional

Si bien la Ley 20.945 presenta varias modificaciones al Decreto Ley 211, este escrito tiene como propósito uno menos ambicioso que el desglose y posterior análisis de la nueva normativa,²⁰ a saber: la interpretación del nuevo delito de colusión creado por la ley en comento, que introduce —o, mejor dicho, reintroduce— un nuevo tipo penal a nuestro ordenamiento jurídico. Por lo mismo, para dar un adecuado tratamiento y análisis a este nuevo delito, en las siguientes páginas se tratará, en primer lugar, una breve descripción sobre la protección administrativa que nuestra legislación da al ilícito de colusión; en segundo lugar, desarrollaremos (desde la óptica del derecho penal) un estudio del delito de colusión como tal; y, en tercer lugar, haremos una breve mención a ciertos aspectos procesales relacionados con el nuevo tipo.

Protección administrativa del ilícito de colusión

Antecedentes previos

En nuestro país, la legislación en materia de libre competencia data del año 1959,²¹ cuando se promulgó y publicó la Ley 13.305. Sin embargo, no es hasta el año 1973, con la entrada en vigencia del Decreto Ley 211, cuando esta legislación adquiere mayor relevancia práctica.

Este decreto fue acertadamente completado mediante diversas resoluciones por las autoridades judiciales encargadas de aplicarlo (en ese entonces, las Comisiones Preventivas y Resolutivas), con lo que la jurisprudencia se ha convertido —hasta el día de hoy— en una fuente extremadamente relevante a la hora de analizar casos de libre competencia.

Asimismo, el Decreto Ley 211 ha sufrido varias modificaciones. La última es la más relevante a nivel institucional, porque con la Ley 19.911, del año 2003, se creó el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tal como hoy lo conocemos.

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».

20. Entre tales modificaciones cuentan, la modificación del artículo 3, letra a) que amplía los actos o prácticas contrarios a la libre competencia señalados en el artículo 3° del DL 211, incluyendo los acuerdos o prácticas concertadas destinadas a excluir a competidores actuales o potenciales. Se agrega una nueva letra d) al artículo 3 del DL 211, que considera como hechos, actos o convenciones que restringen o impiden la libre competencia la participación simultánea de una persona en cargos ejecutivos relevantes o de director en dos o más empresas competidoras entre sí, en tanto se cumplan también otros requisitos. Se agrega al DL 211 el nuevo artículo 4 bis) que establece la obligación de informar la adquisición de determinadas empresas de la competencia. Se agrega el nuevo Título IV denominado «De las Operaciones de Concentración».

21. Para una revisión histórica, véase Bernedo (2013).

Fin de protección

Decreto Ley 211

Corresponde mencionar que, en términos generales, el fin de protección de la norma se enmarca dentro del artículo 1 del Decreto Ley 211. Dicha disposición señala: «La presente ley tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados». En ese preciso sentido agrega: «Los atentados contra la libre competencia en las actividades económicas serán corregidos, prohibidos o reprimidos».

Para emprender el análisis quizá sea correcto determinar lo que hasta hace poco era la única infracción administrativa que el ordenamiento jurídico nacional contemplaba, a través de una causal genérica, para fijar las conductas contrarias a la libre competencia. Así las cosas, el artículo 3 del Decreto Ley 211 consagra la única causal genérica de conductas atentatorias a la libre competencia, y luego enuncia, a modo ilustrativo, una lista no taxativa que contempla las principales conductas atentatorias contra el bien jurídico que protege nuestro derecho de la competencia. El encabezado del mencionado artículo sanciona con las multas del artículo 26 a quien 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. Por su parte, el inciso segundo del artículo 3 describe, en sus respectivos literales, ciertas causales específicas. En lo que importa, para este trabajo, la letra a) señala uno de los comportamientos que, en concepto de la ley, podría generar efectos nocivos para la libre competencia. El literal considera que atentan contra la libre competencia:

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.

De este modo, el artículo 26 prescribe una serie de medidas que puede contener la sentencia que imponga en definitiva el tribunal, con el objetivo de paliar los efectos negativos de la conducta contraria a libre competencia.²² Para ello, ante la constatación de una infracción de tal índole, el TDLC cuenta con amplias facultades. En este sentido, el tribunal podrá adoptar en la sentencia definitiva las siguientes medidas: a) modificar o poner término a los actos, convenios, sistemas o acuerdos; b) ordenar la modificación o disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurí-

22. Utilizando el conocido modelo de Ayres y Braithwate, Romero (2012) muestra correctamente la mezcla que debe imperar entre persuasión y colaboración para la regulación de esta clase de ilícitos.

dicas de derecho privado que hubieren intervenido; c) aplicar multas²³ por una suma equivalente al 30% de las ventas del infractor, asociadas a su infracción y durante el período en que ésta se haya extendido o hasta el doble del beneficio económico;²⁴ y d) imponer la prohibición de contratar con órganos de la administración del Estado.²⁵

Debemos agregar que la disposición legal establece ciertas reglas para la determinación de las multas que consisten, entre otras, en las siguientes circunstancias: el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción; la gravedad de la conducta, el efecto disuasivo, la calidad de reincidente por haber sido condenado previamente por infracciones anticompetitivas durante los últimos diez años, la capacidad económica del infractor y la colaboración que éste haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación.

En este sentido, de conformidad al inciso final del artículo 26, las sanciones recién enunciadas serán plenamente compatibles con aquellas de carácter penal establecidas en la misma ley y con la determinación de la indemnización de perjuicios que prevé el artículo 30. En consecuencia, un infractor podría verse expuesto a una (o más) sanciones «administrativas», a una de carácter penal y a una indemnización de perjuicios.

Así, en principio al menos, resulta dificultoso sostener la existencia de un *ne bis in idem*, toda vez que la letra de la ley anticipó explícitamente esta hipótesis. Pese a que, dicho sea de paso, aunque no existiera tal «cláusula», si se analiza correctamente la función de este principio²⁶ no tendría que existir necesariamente una violación al «no dos veces por lo mismo», ya que al aplicar una sanción administrativa en conjunto con una penal no siempre se conculca necesariamente dicho principio.

23. Como bien escribe Tapia (2013: 73): «La literatura señala que, desde el punto de vista de los objetivos del derecho sancionatorio, principalmente la disuasión, los mejores resultados se alcanza cuando se sanciona tanto a la empresa como a los responsables de la conducta». El artículo 26, letra c), permite aplicar la multa a todo quien haya intervenido en la comisión de la infracción.

24. En cuanto a las multas, es preciso señalar que, en virtud del artículo 1 número 12 de la Ley 20.945, se modifica la regulación existente aumentando los porcentajes de ventas que influyen en ella, así como los topes. Además, se agregan criterios para su determinación y una importante alternativa para el caso de que el TDLC no pueda determinar las ventas o el beneficio económico del cartel, que consiste en la aplicación de una multa de 60.000 UTA. Además, se incorpora una multa para los casos en que no se notifique a tiempo una operación de concentración. Sobre esto último, véase el título IV, «De las operaciones de concentración», del Decreto Ley 211.

25. Esta última sanción fue introducida por la Ley 20.945.

26. Sobre el principio *ne bis in idem* como estándar de adjudicación sustantiva y un estándar de clausura procesal, para determinar su ámbito de aplicabilidad en contextos de superposición de regímenes de derecho penal y derecho administrativo sancionatorio, véase Mañalich (2014).

Otras conductas prohibidas

Como ya hemos señalado, la ley protege con una cláusula general la libre competencia. Es por ello que el artículo 3 del Decreto Ley 211 sanciona «*cualquier* hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia o que *tienda a producir dichos efectos*» (énfasis nuestro). Como podrá apreciar el lector, existe una cláusula general dado que se utiliza por el legislador una doble nomenclatura conceptual: el adjetivo *cualquier*; así como que el hecho, acto o convención *tienda a producir dichos efectos*. Por lo cual, la redacción del precepto redundante en un amplísimo contenido que la jurisprudencia especializada del TDLC ha sabido con creces colmar y así lograr identificar el mercado relevante²⁷ en que se produce la eventual transgresión.²⁸ Asimismo, el precepto previene un criterio basado en una regla *per se*; esto significa que *no es necesario que la conducta deba producir materialmente un daño para infringir la normativa en análisis*. Dicho de otra forma, basta que «*tienda a producir dichos efectos*», sin que sea requisito necesario una comprobación de daños materiales y afectación al mercado, como lo exigiría otro criterio denominado «regla de la razón».²⁹

La inclusión por parte del legislador de una cláusula amplia y general para describir el ilícito contra la libre competencia, sumado a la regla *per se*, se puede observar también en el horizonte comparado. En un orden de ideas similar, pero referido a la regulación sobre competencia desleal,³⁰ la legislación alemana³¹ —de larga data sobre

27. Así, en el caso de colusión de cadenas farmacéuticas, la Corte Suprema, en la sentencia rol 2578-2012, considerando 13.º, expresó: «El mercado relevante es un segundo paso en el estudio, el que está constituido, precisamente, por el sector de ese mercado al que es posible circunscribir el estudio para establecer primero la posición de las empresas investigadas, su poder en el mercado y llegar a determinar si ha existido abuso en el mismo».

28. Existen múltiples fallos donde se aborda la sustantividad de una infracción a la libre competencia. Así, el TDLC ha señalado: «Las requeridas señalan que, tal como este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia (sentencia 74/2008), para configurar el ilícito de colusión se requiere acreditar no sólo la existencia de un acuerdo entre competidores y su incidencia en algún elemento relevante de competencia, sino también su aptitud objetiva para producir un resultado contrario a la libre competencia, sin que sea necesario que efectivamente dicho resultado lesivo se haya producido, dado que, según lo dispuesto en el artículo 3 inciso primero del DL 211, basta que un hecho, acto o convención tienda a producir efectos contrarios a la libre competencia para que pueda ser sancionado» (Colusión de Ginecólogos Ñuble Sentencia 145-2015, TDLC, p. 15, Vistos 2.32). En similar sentido, véase el considerando 68.º del Caso Farmacias, Corte Suprema rol 2578-2012, p. 218, donde describe criterios que la doctrina económica ha esbozado para estar en presencia de un escenario colusorio.

29. Para el desarrollo de ambos conceptos, véase Bork (1966: 373).

30. Valdés (2009) explica: «Originariamente la competencia desleal fue concebida como una forma de ilícito civil enmarcado en la teoría de la responsabilidad civil extracontractual, salvo cuando dicho ilícito arrancaba de la transgresión de una convención, circunstancia esta última en la cual se aplicaban los principios de la responsabilidad civil contractual» (88).

31. Sobre ello es interesante el estudio de Barros Bourie (1985). En el mismo sentido, véase Flink (2002: 430).

el particular— habla genéricamente de «restringir» la competencia.³² Así en su artículo 1, se indica: «Esta Ley sirve para proteger a los competidores, los consumidores y otros participantes del mercado de transacciones comerciales desleales. Al mismo tiempo proteger el interés público para que la competencia no sea distorsionada».³³ En símil ámbito de regulación, el ordenamiento del Perú prescribe que se busca alcanzar «evitar, desalentar y sancionar los actos contrarios a la libre competencia en actividades económicas».³⁴

Ahora bien, que el legislador opte por regular estas materias a través de una cláusula general, no impide que no se puedan precisar ciertos supuestos específicos de infracciones en este ámbito. Esta última es la hipótesis en nuestro ordenamiento jurídico puesto que la ley hace una descripción de manera amplia, con una cláusula general, para más tarde identificar con claridad y suficiente detalle los ilícitos más comunes que vulneran la libre competencia, a saber: abuso de posición dominante, prácticas predatorias o de competencia desleal, colusión (carteles).³⁵ Al respecto, la enunciación de supuestos específicos de infracción no busca ser taxativa. Al contrario, creemos que persigue ilustrar las infracciones más reconocidas por la doctrina, como la práctica forense, con el propósito de otorgar al tribunal criterios practicables de afianzar e interpretar al momento de juzgar una conducta. En este sentido, como bien enseña García Cavero (2010): «los criterios generales ofrecidos por la cláusula general se concretan con los elementos de juicio contenidos en los supuestos específicos expresamente previstos» (6).

No obstante, los actos atentatorios a la libre competencia, dada su complejidad, revisten un carácter que no siempre se enmarcan dentro de las conductas que contempla la ley.³⁶ Es en este contexto que tiene lugar la causal genérica y adquiere mayor vitalidad, puesto que permite reconocer la posibilidad de considerar ilícitos, supuestos análogos o asimilables a los expresamente tipificados.

32. Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb (Veröffentlichung vom 31 März 2010). El original artículo 1 dispone: «Dieses Gesetz dient dem Schutz der Mitbewerber, der Verbraucherinnen und Verbraucher sowie der sonstigen Marktteilnehmer vor unlauteren geschäftlichen Handlungen. Es schützt zugleich das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb».

33. Traducción libre del autor, original en nota anterior.

34. Decreto Ley 26.122, artículo 1, citado por García (2010).

35. Artículo 3, letras a, b, c y d del Decreto Ley 211.

36. De manera clara lo ilustran Zavala y Morales (2009: 168): «El establecer «a priori» las conductas que atentan a la libre competencia es inviable, ya que pudieran darse estructuras de mercado, negociaciones y operaciones que es imposible definir anticipadamente como anticompetitivas».

Breve sistematización de los actos ilícitos para el derecho de la competencia

Los actos atentatorios a la libre competencia tradicionalmente se han clasificado en tres grandes clases, que son, a su vez, las protegidas por nuestro ordenamiento jurídico de una manera específica.

*El monopolio.*³⁷ El monopolio implica la existencia de un solo oferente, o un grupo de oferentes, actuando como uno solo en la provisión de bienes o servicios en un mercado. En el monopolio existe un solo vendedor o prestador, quien puede influir en el precio del producto o servicio que venderá o prestará en el mercado lo que se denomina «el poder sobre el precio». Aquí pueden existir los denominados carteles, los que en términos simples suponen «una práctica en la que empresas que compiten en un mismo mercado, acuerdan subir precios, repartirse el mercado o bloquear el ingreso de nuevos competidores» (González, 2011: 144).

Dentro de este mismo género, existen otras especies de monopolios, pero por su mera existencia no son estructuras que afecten en sí la libre competencia. En este sentido, por un lado, se puede comprender que un oligopolio tiene lugar si hay una organización del mercado en la que unos cuantos vendedores o prestadores ofrecen productos o servicios similares. Por otro lado, el duopolio existe si hay sólo dos vendedores o prestadores que ofrecen productos o servicios análogos (cf. Zavala y Morales, 2009: 171).

La colusión. Esta conducta se caracteriza por revestir un carácter ilícito por el solo hecho de existir. No obstante, hay coordinaciones de carácter lícito, así como coordinaciones o convenciones de carácter prohibido,³⁸ dado que contravienen la libre competencia. En estas últimas precisamente se encuadra la colusión.

La conducta de colusión, o aliarse creando carteles, es reprochable por sí misma. Debido a que los oferentes, en vez de competir dando lugar a un precio justo por el libre juego de oferta y demanda, optan por concordar beneficios en consonancia con el acuerdo ilícito previamente celebrado y en desmedro de los consumidores.

37. Sin perjuicio de la excepción a tal comportamiento, en lo que se denomina «monopolio natural»: El monopolio natural «per se» no es atentatorio a la libre competencia, esto a pesar de ser un mercado imperfecto en cuanto a la concentración en un solo agente de la oferta. Esta estructura se advierte en nuestro país en el mercado relevante geográfico en cada zona de los servicios sanitarios y de energía» (Zavala y Morales: 2009: 169).

38. Así, Valdés (2009: 68): «No debe confundirse la coordinación lícita con la coordinación ilícita; la primera da lugar a las convenciones y tratos mediante los cuales la libertad de competir se actualiza, en tanto que la segunda da lugar a los denominados carteles y colusiones monopólicas que se caracterizan por constituir una transgresión al Decreto Ley 211».

Competencia desleal. En la actualidad este comportamiento —pese a su origen inserto en la responsabilidad civil— es parte de las infracciones a la libre competencia, sin perjuicio de que en Chile posee su propia ley para su regulación y defensa, de la que conoce la justicia ordinaria.³⁹

Con el uso de prácticas de competencia desleal se pretende alcanzar una posición de dominio del mercado a través de la utilización de mecanismos no autorizados por el ordenamiento jurídico nacional, como barreras de acceso al mercado, precios predatorios, abusos marcarios o en publicidad, entre otras.

Recapitulando, variadas atribuciones posee el TDLC para castigar a los transgresores de la normativa que protege la libre competencia. En particular si tales infractores han establecidos carteles, ya que es una de las conductas que daña con mayor gravedad la economía.⁴⁰ Los carteles afectan la libertad de los precios, así como (y mayormente) el beneficio que debería reportar para los consumidores el libre juego de la oferta y la demanda. Es por ello, en parte, que existe una consolidada institucionalidad en nuestro país, como también en el horizonte comparado,⁴¹ que persigue la utopía del mercado perfecto por medio de toda una maquinaria institucional destinada a protegerla. En nuestro país, basta observar la existencia de un tribunal particular con especial competencia (el TDLC) para salvaguardar esta condición del libre mercado y una agencia (la FNE) dedicada a perseguir únicamente estos ilícitos.

El nuevo tipo penal: Delito de colusión

Hasta ahora hemos esbozado someramente la protección administrativa del ilícito de colusión y algunas infracciones que vulneran la libre competencia. A continuación, y entrando de lleno en la cuestión, nos permitimos reproducir *in extenso* el nuevo artículo 62 del Decreto Ley 211, que castiga:

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

39. La Ley 20.169, que Regula la Competencia Desleal, publicada en *Diario Oficial* el 16 de febrero de 2007, autoriza al juez civil del domicilio del demandado o del acto a elección de este último (artículo 8) a solicitar indemnización de perjuicios. Por lo demás, el tribunal que dictó la sentencia firme deberá remitir todos los antecedentes del juicio a la FNE, quien tendrá la facultad de referir al TDLC para imponer sanciones de multa de entre 2 y hasta 1.000 unidades tributarias mensuales (artículo 10).

40. En tal sentido, la doctrina norteamericana ha señalado sobre el óptimo de una multa para efectos de sancionar conductas antimonopólicas: «la multa debe ser igual al daño neto causado a personas que no sean las infractoras [...] dividida por la probabilidad de detención y condena» (citado por Page, 2015: 4).

41. Así, «la ley condena ciertas practicas porque causan una pérdida de peso muerto y, por lo tanto, reducen la riqueza social» (Page, 2015: 4).

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.

En relación a la creación de este tipo penal, bastante se discutió, según dan cuenta las sesiones en el Congreso Nacional. Así, solo a modo ilustrativo, se logra advertir de las primeras líneas del Mensaje Presidencial recogido en la *Historia de la Ley 20.945*:

Desde un punto de vista disuasorio, la criminalización de la colusión constituirá un avance sustancial dirigido a incentivar a que los ejecutivos de las empresas, quienes son los que toman la decisión de ser parte de un acuerdo colusorio, se comporten de acuerdo a los principios más básicos que inspiran la libre competencia y opten por no involucrarse ellos ni a sus empresas en estas prácticas tan reprobables (BCN, 2018a: 6).

En síntesis, estimamos que la creación de este nuevo hecho punible atiende por una parte al beneplácito doctrinal existente sobre la necesidad de defender la libre competencia, con la máxima herramienta que posee el Estado para castigar las conductas que considera afectan mayormente a la sociedad. Pero también por su parte, se podría reflexionar sobre la imperativa necesidad de organizar soluciones expeditas que muestren la generación de leyes que abordan —supuestamente— a cabalidad e íntegramente los problemas sociales.⁴²

Aspectos sustantivos

Bien jurídico

Hablar del bien jurídico⁴³ como tal es entrar en una de las cuestiones más problemáticas de la ciencia jurídico-penal. Existen múltiples definiciones.⁴⁴ Mencionaremos de manera muy sucinta algunas consideraciones sobre el bien jurídico para el derecho penal.

En términos sencillos, el bien jurídico supone —por de pronto— el límite norma-

42. Sobre el derecho penal simbólico, fundamental al respecto, véase Hassemer (1995: 23-36).

43. En Chile, se han pronunciado, entre muchos, Etcheberry (1999: 29): «bien jurídico cuando el interés de su titular es reconocido como social o moralmente valioso por el legislador, que le brinda su protección prohibiendo las conductas que lo lesionan»; Novoa Aldunate (2007: 191): «intereses individuales a los cuales el derecho resuelve proteger mediante la aplicación de una pena o una medida de seguridad en caso de su daño o puesta en peligro»; Garrido (2003: 13): «son ciertos intereses socialmente relevantes, valores que la sociedad mira con particular aprecio, y por ello el derecho se preocupa de protegerlos en forma preeminente, como la vida, la propiedad, el honor, la libertad, la fe pública, etc.»

44. En Alemania, un destacado autor ha señalado que: «la cuestión teórica del concepto material de delito sigue sin estar clara, pues hasta ahora no se ha logrado precisar el concepto de 'bien jurídico' de modo que pudiera ofrecer una delimitación jurídicamente fundada y satisfactoria por su contenido» (Roxin, 1997: 54).

tivo al *ius puniendi* de monopolio estatal y el fundamento de protección «detrás» de un hecho al que se le consagra dentro de la categoría de los delitos. Por ello, el bien jurídico puede conceptualizarse como un «interés vital para el desarrollo de los individuos de una sociedad determinada, que adquiere reconocimiento jurídico».⁴⁵ En este sentido, existen hechos punibles que protegen valores de corte individual, como la vida, la propiedad privada, la libertad sexual, etcétera. Por otra parte, existen otros que buscan evitar la comisión de ilícitos penales que vulneren valores socialmente relevantes, como la confianza en el mercado de valores, la contaminación de las aguas de ríos y mares, o bien, la libre competencia en los mercados.

En este orden de ideas, junto a la función de límite al *ius puniendi* se ha caracterizado al mismo con una función crítica para el trabajo legislativo. Sin embargo, como algunos autores han demostrado, tales pautas no siempre han revestido la claridad suficiente, ya que «cualquier tipo penal se puede relacionar con un bien jurídico legítimo, si se está dispuesto a considerar suficiente la presencia de nexos de imputación indirectos» (Von Hirsch y Wohlers, 2007: 285). De este modo, debiésemos rechazar toda tentativa del legislador por construir —o más bien, introducir— tipos penales carentes de un bien jurídico al que prestar tutela.⁴⁶

Por su parte, a fin de exponer una argumentación más acabada —aunque no sea el objetivo inmediato de estas líneas— es posible también distinguir entre el bien jurídico y el objeto de la acción en un delito.⁴⁷ Usualmente, dicha distinción se suele presentar con los delitos que protegen intereses colectivos o supraindividuales. Así, en el tipo penal de colusión, el bien jurídico protegido sería la eficiencia del mercado en la asignación de recursos, la obtención de un precio de equilibrio conforme el libre juego de la oferta y demanda o el bienestar de los consumidores. El objeto de la acción en este delito estaría constituido por todos los documentos, conversaciones y soportes digitales o conductas tácitas sobre los que se sustenta el «acuerdo» entre competidores para alterar la libre competencia de un mercado en particular.

Con todo, parafraseando a Juan Bustos y Hernán Hormazábal, es de suyo relevante identificar en el mundo material qué es lo que protege la norma penal verdaderamente, más allá de toda formulación ideológica que podamos ofrecer al respecto (cf. Bustos y Hormazábal, 1997: 57).

45. Aquí seguimos de cerca a Von Liszt (1999: 6): «Nosotros llamamos bienes jurídicos a los intereses protegidos por el derecho. Bien jurídico es el interés jurídicamente protegido. Todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad. El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del derecho eleva el interés vital a bien jurídico».

46. Véase Politoff Lifschitz, Matus Acuña, Ramírez (2003: 68): «impugnar toda pretensión del legislador de limitar la libertad individual, mediante sus incriminaciones, cuando no se trate de afirmar la enérgica tutela de un bien jurídico (existen diversas otras formas de control social, muchas veces más eficaces y, en todo caso, menos drásticas que el sistema penal)».

47. Aquí seguimos de cerca lo planteado por Hefendehl (2007: 180).

Primera aproximación. Intereses tutelados por el derecho de la competencia

Si observamos el tipo penal que hemos transcrito en relación al cuerpo legal que lo contempla, es posible afirmar que el bien jurídico protegido por el delito de colusión estaría identificado con la libre competencia.⁴⁸ Por lo mismo, debemos acudir al derecho de la competencia, y con la finalidad de dar una aproximación al bien jurídico en comento, podemos preguntarnos: ¿qué protege la libre competencia? O, para ser más precisos, ¿todo acuerdo que restringe la competencia debe ser sancionado?

Quizá la norma jurídica que inició la protección de la libre competencia en el derecho norteamericano —ya que el legislador nacional se habría inspirado en ella para castigar con cárcel la colusión en Chile⁴⁹— ayude a esclarecer nuestras interrogantes. Al efecto, la Sherman Act señala que: «Será declarado ilegal todo contrato, combinación en forma de fideicomiso o de otra índole, o conspiración, en restricción del comercio entre los diversos Estados o con naciones extranjeras».⁵⁰ A esta declaración debemos sumar el rol de la jurisprudencia, sobre todo en un área que combina tanta economía como técnica jurídica se quiera. De esta forma, reiteramos: ¿es todo acto o contrato ilegal bajo el supuesto contemplado en la Sherman Act? Frente a dicho cuestionamiento, la Corte Suprema de los Estados Unidos comprendió desde antaño que: «No todo contrato que restrinja el comercio es ilegal, sino solo aquellos que irrazonablemente [*unreasonably*] restrinjan el comercio».⁵¹

Sin perjuicio del contenido de la Sherman Act,⁵² pareciera que nuestro ordena-

48. Zavala y Morales (2009: 178) explican: «El bien jurídico protegido, en principio, sería la libre competencia, concepto difícil de precisar y que, generalmente, se conceptualiza como lo contrario al monopolio».

49. Así lo señala el profesor Juan Pablo Hermosilla en su intervención en la Comisión de Hacienda que discutió la norma: «El *insight* detrás de la Ley Sherman no era solo proteger el acceso al mercado, sino proteger a la República, porque no hay que ser marxista ortodoxo para saber que la concentración de poder económico distorsiona el poder político y, por lo tanto, cuando la civilización occidental adopta la economía capitalista, a partir de la Ley Sherman se inicia un camino no solo de reglas técnicas entre economistas o abogados con MBA para proteger el mercado, sino que el objetivo es proteger la democracia» (BCN, 2018a: 155).

50. En el original de la Sherman Antitrust Act (1890), Sección 1: «Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal».

51. Véase el caso *Standart Oil v. United States* (1911). Como es de usual conocimiento, este fallo originó lo que hoy se conoce como «The rule of reason» del mismo año. Para revisar en profundidad esta regla, véase Posner (1977). Otra norma de relevancia en la práctica norteamericana es la denominada Clayton Act (1914), que determina las condiciones de aplicación de la Sherman Act y regula prácticas restrictivas. Además, cuentan con la Federal Trade Commission Act (que crea la FTC para hacer cumplir Clayton Act), y la Hart-Scott-Rodino Act (1976), que estatuye que las empresas notifiquen las fusiones o adquisiciones cuando se exceda de ciertos parámetros.

52. En su intervención en la Comisión de Economía del Senado, el profesor Juan Pablo Hermosilla

miento jurídico nos da otra respuesta, pues el artículo 3 del Decreto Ley 211 sanciona «cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos», con independencia de si los resultados de tales conductas puedan o no dañar —razonable o irrazonablemente— la competencia en los mercados.

Volviendo al cuestionamiento sobre el bien jurídico, es un hecho que la protección jurídica otorgada a la libre competencia dice relación con la importancia que ella ha logrado adquirir a lo largo de los años. Pero ¿por qué ha adquirido tanta relevancia? Cualquiera podría decir fácilmente que su importancia viene dada por los intereses tutelados. En virtud de lo señalado, lo que debemos preguntarnos es ¿qué es lo que protege la libre competencia?⁵³ Sobre el particular, el bien jurídico que se pretende tutelar comprendía en su origen el acceso al mercado fundado en razones políticas propias de su época.⁵⁴ Sin embargo, el principal objeto de tutela que pretende garantizar el derecho de la competencia consiste en la eficiencia de mercado,⁵⁵ la que durante los últimos años ha perdido protagonismo por la orientación que ha tomado nuestro legislador en este ámbito en razón de la protección a los consumidores.⁵⁶

Cuando hablamos del bien jurídico de la libre competencia debemos enmarcarnos en las finalidades que busca incentivar y garantizar nuestro legislador. En este sentido y siguiendo la idea expresada en el párrafo anterior, podemos afirmar que el objeto tutelado por nuestro Decreto Ley 211 consiste en la eficiencia de mercado, teniendo ésta por resultado el bienestar de los sujetos que participan en él y que, en

manifestó: «Hay que recordar la vinculación entre poder económico y poder político en todo el mundo; la propia Ley Sherman, más allá de las anécdotas, es producto de que en Estados Unidos se produce un *insight*, se advierte que acá no está en juego sólo el mercado, ni los pequeños agricultores, sino que el poder político, pues Rockefeller y sus amigos «compraban» al poder político, además de existir una investigación por el delito de homicidio de quienes no les querían vender sus pozos petroleros. Eso es lo que ocurre con la concentración económica, y el *insight* de Estados Unidos en 1890 fue entender que esta concentración en definitiva pone en juego la República» (BCN, 2018b: 74).

53. Sobre estas preguntas, véase Artaza, Salazar y Salgado (2016: 795). En un texto aún más reciente, véase Artaza Varela (2017).

54. Véase la nota 57.

55. La eficiencia consiste básicamente en el excedente total que el mercado experimenta como resultado de los excedentes de los consumidores (valor que otorga el comprador al cual se le resta el precio pagado) y de los productores (precio recibido por el vendedor al cual se le resta el costo de los productos vendidos). Para una comprensión del tema, véase Mankiw (2011: 137-157). Sobre el particular, este autor señala: «El excedente total en un mercado es el valor total para los compradores de un bien, medido por su disponibilidad a pagar, menos el costo total para los vendedores de proveer estos bienes. Si la asignación de un recurso maximiza el excedente total, decimos entonces que la asignación es eficiente» (147).

56. Véase lo señalado por Víctor Santelices y recogido en la *Historia de la Ley 20.945*: «Lo cierto es que, más allá de la necesaria protección del bien jurídico que es la libre competencia, todos los autores reconducen ese bien jurídico a la protección de los consumidores» (BCN, 2018a: 171).

el último tiempo, se ha visto acompañado en la intención del órgano legislativo de proteger, por medio de la libre competencia, a los consumidores.⁵⁷

El bien jurídico protegido por el delito de colusión

Estimamos que resulta intuitivamente correcto, al menos, apuntar que la libre competencia protege el bienestar de quienes actúan en el mercado. Como la sociedad chilena se encuentra característicamente en una economía social de mercado, es prácticamente imposible quedar fuera de dicho modelo económico ya que, como hemos dicho, la circunstancia de ser consumidor se ha transformado, por regla general, en algo casi inherente al hombre moderno del siglo XXI. Dadas estas circunstancias, el Estado tiene el deber de dar protección al mercado para tutelar de esta forma a quienes actúen en él.

Para comenzar a comprender el injusto de la colusión creemos que es pertinente preguntarnos lo siguiente: ¿cuál es la razón de nuestro legislador para criminalizar la colusión? Una vez respondido eso, debemos hacer un cuestionamiento de fondo: ¿debería el derecho penal sancionar la colusión?

Respecto a la primera pregunta, debemos tomar en cuenta lo dicho a propósito del rol del Estado como entidad protectora del sistema económico y luego preguntarnos si nuestro legislador ha protegido al mercado. Sin lugar a dudas, la respuesta es afirmativa: simplemente debemos observar la evolución normativa que ha tenido nuestra legislación sobre libre competencia. Sin embargo, «la realidad supera a la legislación», puesto que, no obstante nuestro legislador ha querido regular, prever y sancionar los ilícitos contra la libre competencia, este empeño no ha sido del todo disuasorio para los infractores. Por lo mismo, se han hecho varios intentos legislativos que han dado origen a la evolución normativa de nuestro derecho de la competencia.⁵⁸

En primer lugar, se empezó a regular la materia como tal. Luego, se fueron regulando cada vez más sofisticadamente los respectivos ilícitos. Después de un tiempo,

57. Al respecto, Irarrázabal (2010: 1) señala: «En el caso chileno, la defensa de la libre competencia tiene una marcada orientación hacia la eficiencia total en los mercados. Esto marca una diferencia con otros sistemas de defensa de competencia, que hacen expresa mención a la maximización del bienestar de los consumidores». A su vez, el texto del Mensaje del Ejecutivo pretendió hacerse cargo de la necesidad de precisar los bienes jurídicos protegidos y en el artículo 1 del proyecto (Boletín 2944-03), y que no obstante no alcanzó a incluirse en el texto definitivo, se precisó que el objeto de dicha normativa sería «promover la libre competencia a fin de lograr una eficiente asignación de recursos y el bienestar de los consumidores...». En línea con esto último, se ha señalado que «los órganos que constituyen la institucionalidad de protección de la libre competencia en Chile deberán considerar los aludidos bienes jurídicos: eficiencia de los mercados y el bienestar de los consumidores» (Zavala y Morales, 2009: 179).

58. Algunas modificaciones a la materia se observan en la Ley 20.361, del 13 de julio 2009, en Ley 20.880 del 5 de enero de 2016, en Ley 20.945 del 30 de agosto de 2016, y en la reciente Ley 20.971 del 22 de noviembre de 2016.

con la creación de un tribunal y ente persecutor (ambos especializados) comenzó la evolución institucional. Ya con avances, pero no contentos, los legisladores tomaron distintas medidas, como el aumento e incorporación de nuevas sanciones, creación de mecanismos de delación compensada, nuevas redacciones que sofisticarían aun más los ilícitos que conculcan la libre competencia. Finalmente, el lector podrá darse cuenta que, aunque se han tomado diversas medidas legislativas para proteger al mercado, éstas no han sido suficientes por lo que hoy en día nuestro sistema de defensa de la libre competencia se ha visto —nuevamente— reforzado con el aumento e incorporación de nuevas sanciones, sistemas de notificación obligatoria de operaciones de concentración y, finalmente, la reincorporación de un delito de colusión.

Si tomamos en cuenta nuestra evolución normativa, y la relacionamos con las ideas expuestas unas páginas atrás sobre el bienestar o eficiencia que produce el respeto a la libre competencia y los efectos negativos que podría generar un atentado contra ella, y, aun más, reflexionamos sobre el rol protector del Estado en esta materia, no es muy difícil comprender el hecho de que actualmente exista un delito de colusión; por lo que, en síntesis, creemos que ésta ha sido la razón del legislador de criminalizar la colusión.⁵⁹

Para nosotros, entonces, el bien jurídico protegido por el delito de colusión consiste en proteger la libre competencia en su sentido más amplio, esto quiere decir, permitir que el libre juego de la oferta y demanda regule el precio de los bienes y servicios, y de este modo se respete la eficiencia de los mercados; y proscribir cualquier alteración artificial por acuerdos entre sus competidores, dado que lo anterior eventualmente afectará a los consumidores. Por ello, creemos que será suficiente para que se afecte el bien jurídico mencionado por el delito de colusión, con tal de que se pruebe —más allá de toda duda razonable— que existió un acuerdo entre competidores que afectó el precio de un específico bien o servicio, en un determinado período de tiempo.

59. En su intervención en la Comisión de Economía de la Cámara, el profesor Juan Pablo Mañalich correctamente destacó otra poderosa razón: «Si el derecho chileno criminaliza con una pena de presidio mayor en su grado mínimo a máximo un robo con violencia o intimidación, hay algo sumamente perverso en la circunstancia de que un hecho que socialmente parece exhibir, no solo la misma, sino que mayor gravedad, no se encuentre sometido a conminación penal alguna. Planteo que eso hace básicamente insostenible la hipótesis de credibilidad moral mínima que debe ofrecer un sistema penal para que su operación cotidiana y rutinaria logre satisfacer mínimamente ciertas intuiciones de justicia de la comunidad y, si esa premisa se viene abajo, lo que tenemos son linchamientos ciudadanos con personas desnudas atadas a un poste» (BCN, 2018a: 157-158).

Análisis del tipo penal de colusión

Sujeto activo

Una forma de clasificar los delitos responde a su posibilidad de ser cometidos únicamente por cierta clase de personas, mientras que otros, por cualquier persona de manera indiferente. Así, se puede distinguir entre delitos de sujeto común y de sujetos especiales. A su vez, estos últimos son divididos en sujeto especial propio o impropio. En los primeros, la cualidad especial fáctica o jurídica dice relación con el fundamento de punición del delito, sin la cual el mismo no existiría (por ejemplo, en el delito de prevaricación). En el caso de los segundos, la circunstancia tiene sentido con la calidad que ostenta el agente del delito (por ejemplo, en la detención ilegal), la que de no existir deriva en su correlato de delito básico o de sujeto común (cf. Náquira Riveros, 1998: 496).

La redacción típica del delito de colusión permite que cualquier persona pueda ser agente del delito. En efecto, el precepto hace uso de la descripción recurrente: «el que», formula que en nuestro sistema es utilizada para denominar los delitos que no tienen un sujeto activo especial (cf. Politoff Lifschitz, Martuz Acuña y Ramírez, 2003: 186), y que responden a la gran mayoría de las estructuras de tipificación de los delitos de nuestro Código Penal (Hadwa, 2007: 1). Por ello, es un delito común, vale decir, puede ser cometido por cualquier persona.

Sobre la restricción del círculo de posibles autores, Hadwa (2007: 1) sostiene: «[es una] afirmación que no compartimos, ya que como advierte Gracia Martín, en los delitos especiales, la restricción a la autoría también podría articularse mediante la redacción de la conducta típica». ⁶⁰ Se puede señalar que el hecho punible que comentamos responde, en cierto sentido, a la estructura esbozada por el autor español.

En este sentido, el tipo penal agrega un elemento constitutivo a su descripción de hecho punible de sujeto común. Al respecto, exige que la persona que celebra, ordena celebrar o ejecuta el acuerdo involucre a dos competidores entre sí para fijar el precio de venta de bienes o servicios. No obstante, una lectura como la precedente no repara en que solo se exige que el acuerdo involucre a dos o más competidores. Por el tenor literal del tipo, no estimamos que sea necesario que la acción típica, esto es, que la persona (sujeto común) que ordena, celebra u organiza el acuerdo, sea uno de aquellos competidores, como podría darse perfectamente en los casos de carteles organizados bajo la figura *hub-and-spoke*. ⁶¹

60. En el mismo sentido, véase Gracia Martín (1985: 355 y ss.).

61. Esta figura alude a una coordinación indirecta a través de un elemento en común que está en distinta escala de la cadena productiva, o bien a través de clientes o de terceros, donde no hay contacto directo, sino que la coordinación viene facilitada por el *hub*. El *hub* o eje serían en este caso los proveedores. En Chile, muchos lo asimilan con el Caso Farmacias, donde eran los laboratorios quienes coor-

Acción típica

Las conductas típicas enmarcadas dentro de este nuevo tipo penal, como se extrae del tenor literal del artículo 62 del Decreto Ley 211, podemos describirlas como un acuerdo que involucre a dos o más competidores entre sí para:

- fijar precios de venta de bienes o servicios en uno o más mercados;
- fijar precios de compra de bienes o servicios en uno o más mercados;
- limitar la producción o provisión de bienes o servicios en los mercados;
- 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.

En relación con estas variables, el tipo penal castigaría cualquier clase de acuerdo que involucre a dos o más competidores entre sí, y además podría darse entre alguno que no sea un competidor directo, como en el caso de la figura de *hub-and-spoke* ya señalada. De esta forma, el acuerdo puede estar dirigido a fijar precios, limitar la producción o provisión en los mercados o, en términos generales, repartir las cuotas de mercado. La acción típica en comento consiste en lo que la doctrina y la jurisprudencia han denominado como carteles duros o *hardcore cartels*.⁶² Como se puede observar, la acción típica también comprende a las colusiones realizadas con el fin de afectar resultados de licitaciones,⁶³ que para nuestro legislador también constituyen carteles duros.

Por lo tanto, como la acción típica se identifica con hipótesis de carteles duros, se tornaría irrelevante el «soporte físico o material» capaz de acreditar el acuerdo, por lo que podría derivarse de una serie de actos del sujeto activo de la colusión (Araya Jasma, 2015). Al respecto, y a propósito del Caso Farmacias, el TDLC ha expresado que «del análisis de los datos de ventas, precios de venta y cotizaciones que también constan en autos, concordantes con lo indicado en los correos electrónicos y en la prueba testimonial, se desprende indudablemente la colusión entre las tres más grandes cadenas de farmacias, para subir concertadamente los precios» (Sentencia del TDLC núm. 119 de 2012).

dinaban las alzas de productos. En Europa, y en particular en el Reino Unido, existen casos de este tipo como el que ocurrió con el Cartel de Tesco en 2011 por la venta de leche.

62. En el Mensaje Presidencial enviado a la Cámara de Diputados se señala: «En el derecho comparado se ha establecido que para el caso de los denominados carteles duros (*hardcore cartels*), que son aquellas colusiones en que competidores acuerdan fijar precios, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación...» (BCN, 2018a: 5).

63. Sobre este punto, véase Araya Jasma (2015). También véase Irrarázabal y Araya (2011: 173).

En consecuencia, se puede colegir que las colusiones tácitas —siempre y cuando consistan en las conductas descritas por el artículo 62 del Decreto Ley 211— también estarían sancionadas penalmente.

Tipo subjetivo

En cuanto al tipo subjetivo, podemos señalar que los actos contrarios a la libre competencia son reprimidos únicamente si son cometidos con dolo. Otro título de imputación penal, como sería el calificarlo de culposo, devendría en desproporcionado si se piensa en cómo está estructurado el sistema chileno. Efectivamente, en nuestro ordenamiento jurídico los delitos a título de imprudencia penal han sido categóricamente formulados por medio de una cláusula especialmente prevista para los delitos contra las personas (naturales).⁶⁴ Este tipo penal, como hemos mencionado más arriba, parece revestir un carácter que tiende a proteger un bien jurídico supraindividual o colectivo.⁶⁵

Ahora bien, en relación a la categoría de los delitos dolosos, la interrogante lógica que debiese proseguir es qué clase de dolo sería el correcto para esta clase de delitos. En este orden de ideas, es del todo plausible sostener que el hecho punible que analizamos puede ser cometido con cualquier clase de dolo,⁶⁶ inclusive —y no se observan razones que permitan otra opinión— con dolo eventual. Lo precedente toda vez que se tenga una mirada del dolo eventual carente de prejuicios sobre su aplicabilidad como forma base⁶⁷ del título de imputación subjetiva denominado dolo.⁶⁸ Y no de la manera en que alguna reciente jurisprudencia de este horizonte ha tendido a relegar.⁶⁹

64. Al efecto, el artículo 490 del Código Penal expresa que: «El que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que, si mediara malicia, constituiría un crimen o un simple delito contra las personas, será penado [...]».

65. Quizá este nuevo tipo penal responde a una clasificación de bienes jurídicos colectivos que protegen el mantenimiento de ciertas condiciones del Estado. Como plantea Hefendehl (2007: 190), la libre competencia en los mercados sería una de aquellas condiciones.

66. Cfr. Kindhäuser (2005: 37): «La tres formas de dolo al uso —léase, propósito, *dolus directus* y *dolus eventualis*—, son las correspondientes abstracciones de los elementos constitutivos que requieren los delitos de la parte especial para la forma de comisión dolosa».

67. En similar sentido, Londoño (2016).

68. Así lo explica Kindhäuser (2005: 38): «Las tres formas de dolo al uso están puestas, en cuanto a su contenido, en relación una con otra, siendo el *dolus eventualis* definido en cierta medida como la forma básica que se enriquece con la intensificación del elemento volitivo en el propósito y con el aumento del elemento cognitivo en el *dolus directus*».

69. La jurisprudencia nacional es uniforme en este sentido (véanse las sentencias de la Corte Suprema roles 1.719-2007 y 6.613-2012). Recientemente, se mantiene en la sentencia de la misma Corte Suprema rol 19.008-2017: «ya que esta etapa del *iter criminis* no se diferencia en nada —en el plano subjetivo— de la tentativa, fase que, al exigir hechos directamente encaminados a la consumación, sólo se realiza con dolo directo, esto es, con intención o propósito de lograr la consumación del ilícito, mismo requisito

Consumación y tentativa

El delito de colusión se construye como un delito mera actividad. Por ello, esta clase de tipos penales se suelen caracterizar como aquellos cuya descripción y contenido material se agota en la realización de una conducta, sin que se exija la producción de un resultado distinto del comportamiento mismo.⁷⁰ En otros términos, esto quiere decir que no se debe esperar el acaecimiento de un resultado producto del curso causal que comienza el agente, mediante movimientos corporales externos para castigar la conducta proscrita, sino que se encuentra perfectamente verificado con la simple ejecución de la conducta que despliega el sujeto activo.

Al mismo tiempo, lo antes dicho guarda estricta relación con el análisis que se pueda llevar a cabo en materia de *iter criminis*; esto es, en esta clase de tipos penales se (co)funde en la categoría de delito frustrado la consumación del hecho.⁷¹ Esto quiere decir, que el autor ha puesto todo de su parte para la ejecución de la conducta constitutiva de reproche. Sin perjuicio de que, en el horizonte comparado, esta antigua distinción (tentativa-frustración) haya sido reemplazada por un concepto más sencillo de aprehender —«tentativa inacabada» y «tentativa acabada»—, que en nuestro Código Penal es reducible a la distinción entre tentativa y un delito frustrado, respectivamente.⁷²

Penalidad y su determinación

El delito de colusión contempla una penalidad que va desde el presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su mínimo, o sea, desde cinco años a diez años y un día. Como ha sido la tendencia actual del legislador chileno,⁷³ la determinación de

que debe concurrir en la frustración» (57). En contra, Mañalich (2017: 3): «a partir de una correcta comprensión de la relación interna que se deja establecer entre las categorías de tentativa (*lato sensu*) y dolo, el dolo eventual, en cuanto forma básica del dolo, es mínimamente suficiente para la constitución de una tentativa punible».

70. Alguna relevancia de la distinción consiste, según Roxin (1997: 328-329), en que: «El significado práctico de la distinción consiste sobre todo en que la teoría de la relación causal, que en los delitos comisivos tiene gran importancia para la imputación al tipo objetivo, sólo desempeña un papel en los delitos de resultado. Es decir, que en los delitos de mera actividad, para comprobar la consumación del hecho, solo es preciso examinar la concurrencia de la propia acción del autor».

71. «Y en ellos también coincide la tentativa acabada (o sea, el momento en el que el autor ha hecho todo lo necesario para provocar el resultado) con la consumación del delito» (Roxin, 1997: 329).

72. Mañalich (2017: 4): «Pues que un hecho potencialmente punible cuente como una tentativa acabada equivale a que, no habiendo el hecho alcanzado la consumación, en su perpetración el hechor haya puesto «de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consume», tal como reza el inciso segundo del artículo 7».

73. Véase la Ley 20.770, que Modifica la Ley del Tránsito en lo que se refiere al delito de manejo en estado ebriedad, causando lesiones graves, gravísimas o con resultado de muerte, denominada también

la pena en este delito no opera con las reglas generales que el Código del ramo contempla sobre su ámbito de aplicación.⁷⁴ Al contrario, se ha consagrado en la propia ley una nueva determinación de la pena para este ilícito de colusión. Para llevar a cumplimiento tal cometido, el inciso tercero del artículo 62 ordena una serie de reglas, las que en síntesis pasamos a exponer.

Para determinar el castigo definitivo a imponer, el tribunal no tendrá en consideración lo dispuesto en los artículos 67 a 69 del Código Penal, así como tampoco las reglas especiales de determinación de las penas establecidas en otras leyes. En su lugar aplicará lo siguiente:

- En primer lugar, si no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes en el hecho, el tribunal podrá recorrer toda la extensión de la pena señalada por la ley al aplicarla.
- En segundo lugar, tratándose de la pena del delito de colusión, artículo 62, inciso primero, si concurren una o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante, el tribunal impondrá la pena en su grado inferior. Si concurren una o más agravantes y ninguna atenuante, aplicará la pena en su grado superior.
- En tercer lugar, si concurren circunstancias atenuantes y agravantes, se hará su compensación racional para la aplicación de la pena, graduando el valor de unas y otras, y también considerará la extensión del mal producido por el delito.
- En cuarto lugar, el tribunal no podrá imponer una pena que sea mayor o menor al marco fijado por la ley, salvo que procedan las circunstancias establecidas en los artículos 51 a 54 del Código Penal, que dicen relación con aplicación de pena para hipótesis de tentación y frustración.

La última regla ordena que será aplicable lo previsto en la Ley 18.216, conforme a las reglas generales. Sin embargo, la ejecución de la respectiva pena sustitutiva quedará en suspenso por un año, tiempo durante el cual el condenado deberá cumplir en forma efectiva la pena privativa de libertad a la que fuere sancionado.

Exención de responsabilidad

El artículo 63 del Decreto Ley 211 contempla una eximente de responsabilidad penal, para quien primero haya aportado antecedentes a la Fiscalía Nacional Económica.

«Ley Emilia», que ordena reglas especiales para la determinación de la pena de delito en cuestión. A modo de ejemplo, su artículo 196 ter obliga al condenado a cumplir un año de privación de libertad efectiva.

74. Sobre las incongruencias que esta técnica legislativa trae aparejada, el Tribunal Constitucional de Chile ha dado claras señales en su sentencia rol 3358-2016, en relación con la desproporción de la norma que obliga a cumplir presidio efectivo durante un año en contexto de la denominada «Ley Emilia».

Así, para conseguir ser merecedor del beneficio que supone este «puente de oro», los eventuales coludidos deben haber contribuido con los antecedentes conforme al artículo 39 bis.⁷⁵ De este modo, relevante es anotar que se debe cumplir a cabalidad con los requisitos que identifica el precepto para que se consideren suficientes los antecedentes aportados.⁷⁶ De esta manera, el aportante tiene que cumplir con los siguientes requisitos: los antecedentes deben alcanzar a ser un aporte efectivo a la constitución de elementos de prueba suficientes para fundar un requerimiento ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia; el aportante debe abstenerse de divulgar contenido sobre el mismo; detener su conducta antijurídica inmediatamente; y último, pero no menos importante: ser el primero que aporta antecedentes sobre la conducta.

Concursos

Los concursos penales pueden resultar, de forma plausible, revelados como una regla de determinación de la pena,⁷⁷ esto es, que ayudan a responder cuál es el verdadero margen de pena aplicable a una conducta como tal. Sin perjuicio de que los concursos también ocupen parte de las respuestas a algunas interrogantes de la teoría general del delito. En este sentido, Roxin (2003) asevera que «la tarea central de la teoría de concursos es la determinación de qué es una acción y qué son varias acciones» (citado por Mañalich, 2005: 1.024). Como dijimos antes, creemos que la ley ha resuelto de forma expresa la eventual hipótesis de concursos entre el ilícito administrativo de colusión y su posterior persecución en sede penal.⁷⁸

75. Esta figura permite la exención o reducción de las sanciones a que se expone quien ha intervenido en una conducta colusoria, si esa persona entrega antecedentes que conduzcan a acreditar la conducta y a determinar a sus responsables. El inciso segundo del artículo 63 de la Ley previene: «El requerimiento del Fiscal Nacional Económico individualizará a las personas exentas de responsabilidad penal y dicha calidad será así declarada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia». Con lo que al parecer sin quererlo el legislador otorgó competencia penal al TDLC, al declarar absuelto de la misma al que primero aporte información.

76. Para este punto, véase la nueva *Guía interna sobre delación compensada en casos de colusión* de la Fiscalía Nacional Económica, disponible en: <http://bit.ly/2FthjGU>.

77. Fundamental al respecto es Mañalich (2005: 1.023), quien expresa: «la posición de la doctrina del concurso se corresponde con la teoría de la determinación de la pena y no con la teoría del delito. Mientras que la teoría del delito constituye el esquema de análisis de las condiciones necesarias y suficientes de la responsabilidad penal, el objetivo de la teoría de la determinación de la pena es precisar las consecuencias que se derivan de esa responsabilidad».

78. Véase el subtítulo «Fin de la protección» en este mismo artículo, así como el artículo 26 del Decreto Ley 211.

Aspectos procesales

Si bien se ha hecho mención de los aspectos sustantivos del nuevo delito de colusión, en lo que sigue procuraremos mostrar sucintamente sus aspectos adjetivos.

Acción penal

La acción penal del delito de colusión se encuentra consagrada en el artículo 64 del Decreto Ley 211. La norma señala:

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.

De esta forma, curiosamente se ha proscrito que el órgano autónomo —que por mandato constitucional tiene a su cargo la investigación de los delitos en nuestro país— no pueda investigar sin antes contar con la querrela de la Fiscalía Nacional Económica. Como ya enunciamos páginas atrás, para que los hechos atentatorios de la libre competencia se investiguen en sede penal es necesario que concurren dos requisitos: i) la existencia de una sentencia definitiva firme y ejecutoriada que establezca la existencia del acuerdo colusorio; y ii) una querrela formulada por la FNE.

En cuanto a la sentencia definitiva ejecutoriada que establece la existencia del acuerdo colusorio, podemos decir que ésta cumple dos funciones. Primeramente, funge como antecedente para el juzgamiento de los hechos propios del tipo penal.⁷⁹ Secundariamente, constituye una «condición de procesabilidad»,⁸⁰ es decir, un presupuesto procesal necesario para ejercer la acción penal, sin el cual no es posible siquiera iniciar el procedimiento.

Respecto a la querrela, debemos hacer algunas observaciones. En primer lugar, los requisitos para su interposición son: i) sentencia definitiva y ejecutoriada del TDLC que establezca la existencia de un acuerdo colusorio; y ii) el plazo, ya que se deberá

79. La sentencia definitiva del TDLC, en su calidad de firme y ejecutoriada, conduce a determinar su naturaleza jurídica para el proceso penal que se seguirá posteriormente. Sobre el poder y utilidad que presenta una sentencia judicial, véase Romero Seguel (2012: 251). A nuestro juicio, el autor contesta la pregunta recién enunciada al entender que «como acto procesal, la sentencia firme y ejecutoriada conforma una realidad jurídica y material que puede servir para acreditar un hecho en un proceso posterior». Para nosotros, esta es la utilidad de la sentencia del TDLC en el proceso penal.

80. La doctrina señala que, en ciertos casos excepcionales, a las exigencias comunes de un hecho punible hay que añadir las condiciones de procesabilidad, que son «presupuestos necesarios para ejercer válidamente la acción penal respectiva» (Politoff, Matus Acuña, Ramírez, 2004: 162).

interponer dentro de seis meses contados desde que se encuentre ejecutoriada la sentencia respectiva.

En segundo lugar, debemos hacer algunas reflexiones que estimamos dignas de estudio, ya que se incorpora lo que en derecho de la competencia es denominado como «regla de la razón»⁸¹ —en contraposición a la «regla *per se*»— para el análisis del ilícito anticompetitivo. Sin embargo, ya no estamos en sede *antitrust*, sino que el escenario actual es propio del derecho penal y dicha «regla de la razón» la podemos identificar, a nuestro juicio, como otra condición objetiva de procesabilidad, y que opera de una forma distinta a la planteada recientemente.

Si bien el inciso primero del artículo 64 del Decreto Ley 211 faculta a la FNE para interponer querrela con el solo pronunciamiento de la sentencia recién referida, el inciso segundo obliga al Fiscal Nacional Económico a formularla. La circunstancia que hace imperativa a la disposición legal es que «se tratare de hechos que comprometiesen gravemente la libre competencia en los mercados». Esto último, como podrá darse cuenta el lector, es bastante discutible de calificarse como condición objetiva de procesabilidad. Sin embargo, a nuestro juicio tal calificación es correcta puesto que el inciso segundo del artículo 64, si bien constituye un imperativo legal para el Fiscal Nacional Económico, se traduce en un presupuesto procesal para la persecución del delito, no obstante, las circunstancias de fondo que lo motivan. En palabras de Cury Urzúa, las condiciones objetivas de procesabilidad «son requisitos de los cuales depende no la punibilidad del delito, sino el ejercicio de la pretensión punitiva» (1992: 342). Por lo mismo, y usando las palabras del Decreto Ley 211, cuando se «tratare de hechos que comprometiesen gravemente la libre competencia en los mercados» nuestro legislador obliga al Fiscal Nacional Económico para formular la respectiva querrela, constituyendo estas circunstancias requisitos que condicionan imperativamente el ejercicio de la pretensión punitiva.

El inciso segundo del artículo 64 adquiere suma relevancia en el tratamiento procesal del delito de colusión. Descartamos la hipótesis de la existencia de una condición objetiva de punibilidad,⁸² puesto que dicha norma no condiciona la aplicación de la pena, sino solo la pretensión de ésta.

En síntesis, para que una colusión se sancione penalmente será necesario que concurren los elementos del tipo señalados en el artículo 62 (que genéricamente no son más que los hechos constitutivos del ilícito antimonopólico). No obstante lo anterior, debe haber un pronunciamiento del TDLC que declare la concurrencia de dichas circunstancias constitutivas de un acuerdo colusorio, puesto que sin la concurrencia

81. Para más información sobre el tema, véase Bork (1966).

82. El profesor Bustos Ramírez señalaba que las condiciones objetivas de punibilidad: «Son circunstancias objetivas, las que, por razones de estricta utilidad en relación al bien jurídico protegido, condicionan la imposición de la pena o la extensión de la misma» (2004: 1.019).

de este presupuesto la acción penal sería ineficaz. En otras palabras, sin esta condición objetiva de procesabilidad, la querrela interpuesta facultativamente por la FNE no prosperaría. Sin perjuicio de lo anterior, y cumpliéndose los supuestos señalados, en caso de que los efectos del acuerdo colusorio comprometieran gravemente los mercados,⁸³ el Fiscal Nacional Económico deberá ejercer obligatoriamente la acción penal en virtud del imperativo legal del artículo 64, inciso segundo.

En razón de lo expresado, podemos afirmar que existe un óbice no menor operante en dos escenarios y en dos supuestos distintos: i) en primer lugar, se presenta un impedimento al momento de decidir formular la querrela, puesto que el Fiscal Nacional Económico deberá analizar los hechos junto a la circunstancia de la «lesividad» para luego calificarla;⁸⁴ ii) en segundo lugar, si la querrela ya ha sido formulada, la «lesividad» podrá —y seguro será así— ser alegada en sede penal por los infractores, que a su vez serán presuntos inocentes, alegación que deberá ser juzgada conforme a los principios y reglas de la ciencia penal. Por lo que de todas, maneras y a nuestro juicio, el Ministerio Público tendrá que, inexorablemente, probar la culpabilidad del anteriormente condenado en sede del TDLC para que sea castigado en la instancia criminal; ya que, como hemos dicho —y no se puede olvidar—, el infractor no ha perdido su calidad de inocente para el derecho penal. Además, la discusión en torno a la lesividad será aun más compleja para el caso en donde el Fiscal Nacional Económico se encuentre obligado a querrellarse.⁸⁵

Lo anterior responde a la interrogante de *cuándo* podrá realmente un tribunal

83. La circunstancia recién indicada constituye, a nuestro juicio, un análisis que debe realizarse desde la ciencia económica. Es decir, deberán realizarse estudios del mercado de referencia que contemplen su comportamiento antes, durante y después de la colusión. Creemos que la calificación de tal circunstancia debe ser realizada de la forma indicada, ya que, a nuestro juicio, en términos jurídicos no es posible realizar dicha calificación.

84. Probablemente, la FNE (o el Fiscal Nacional Económico) interpondrá querrela en casos de colusión donde se comprometa gravemente la libre competencia en los mercados, teniendo antecedentes claros y motivos plausibles para que el Ministerio Público obtenga una sentencia a su favor. El problema es que, si la gravedad adquiere dicha calificación, el Fiscal Nacional Económico estará obligado a formular la acción penal.

85. Para los casos en que el Fiscal Nacional Económico deba formular una querrela, el hecho de que se impugne la lesividad de las conductas colusorias con un resultado satisfactorio para la parte imputada, haría caer la acción penal no por razones de fondo, sino por falta de legitimación. Lo señalado, podría traer consecuencias y debates procesales en torno a la concurrencia de los elementos de la acción penal. ¿Por qué el legislador faculta en un caso a la FNE, y en otro obliga al jefe de dicha institución? ¿Podría carecer de legitimación el Fiscal Nacional Económico si interpone, en calidad de tal, una querrela sin que se cumpla el supuesto que hace imperativa su actuación? Una respuesta positiva o negativa a esta interrogante trae consecuencias que se discutirán en el proceso penal, tanto en sus aspectos procesales como en los sustanciales (para el caso en que la acción penal prospere). Por lo mismo, se deberá indicar en virtud de qué sustento legal se formula la acción penal, procesalmente hablando.

explicitar que se encuentra ante una conducta acreedora del reproche contenido en el artículo 62 del Decreto Ley 211. Y si bien la sentencia pronunciada por el TDLC será un antecedente a tener en cuenta, lo contenido en ella no será suficiente para aplicar la sanción penal.

Aspectos probatorios

Sobre esta materia, el artículo 64, en sus incisos quinto y sexto, contiene ciertas reglas que dicen relación con la incorporación de la prueba al proceso penal. Por una parte, se contempla una regla para que la FNE informe al Ministerio Público la circunstancia de haber realizado diligencias de investigación, tocando derechos fundamentales. En este sentido, la FNE deberá informar en la querrela la circunstancia de haber obtenido autorización para realizar alguna de las medidas intrusivas comprendidas en la letra n) del artículo 39; a su vez, deberá informar el hecho de haber realizado o no tales diligencias.⁸⁶

Por otro lado, es importante tener presente que las causas de las que conoce el TDLC contienen, por regla general, ciertos antecedentes que la misma ley permite que se mantenga su carácter de reservados o confidenciales.⁸⁷ Por lo mismo y dada las características del proceso penal, el artículo 64 faculta al Ministerio Público para solicitar al TDLC el alzamiento de la confidencialidad o reserva de determinadas piezas del expediente.

Finalmente, el inciso final del artículo 64 contempla la última regla en esta materia y trata precisamente la incorporación de antecedentes probatorios al proceso penal. Al respecto, la norma define que «se entenderá que las copias de los registros, evidencias y demás antecedentes que hayan sido recabados por la Fiscalía Nacional Económica, a partir de diligencias realizadas con autorización judicial de un ministro de Corte de Apelaciones, cumplen con lo dispuesto por el artículo 9 del Código Procesal Penal». En otras palabras, los antecedentes incorporados al procedimiento

86. Respecto a las facultades intrusivas, debemos tener presente que el inciso final de la letra n) del artículo 39 establece: «Los resultados de las actuaciones establecidas en el párrafo primero no podrán ser utilizados como medios de prueba en el procedimiento ante los tribunales, cuando el desempeño o ejercicio de ellas hubiere tenido lugar fuera de los supuestos establecidos en la ley o cuando no se hubieren cumplido los requisitos previstos para su procedencia y hubiere sido declarado así, en la forma señalada en el párrafo precedente, por el Ministro de Corte de Apelaciones allí referido». Por lo mismo y al igual que en el proceso penal, una irregularidad de tal magnitud podrá ser capaz de anular la prueba para el procedimiento que se lleve a cabo en sede de libre competencia y, posteriormente, sede penal.

87. Sobre la información reservada y confidencial, véase lo regulado en el Decreto Ley 211 a propósito de la prueba instrumental que se rinde en el procedimiento infraccional conocido por el TDLC (inciso noveno del artículo 22). También puede solicitarse reserva o confidencialidad en los antecedentes que obtenga la FNE, durante el curso de una investigación (inciso tercero de la letra a, del artículo 39). Lo anterior es sin perjuicio de lo regulado a propósito de las operaciones de concentración.

infracional que hayan sido recabados por la FNE, en el legítimo ejercicio de las facultades intrusivas que el Decreto Ley 211 le otorga, se entenderán incorporados al proceso penal de conformidad al artículo 9 del Código Procesal Penal, es decir, cumplirán con el principio de «autorización judicial previa» que exige a toda actuación procesal que «privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare».

Conclusiones

La Ley 20.945, que perfecciona el sistema de libre competencia y modifica el Decreto Ley 211, incorpora un nuevo tipo penal denominado «delito de colusión» que sanciona los denominados «carteles duros». La incorporación del delito de colusión a nuestro ordenamiento jurídico tiene múltiples fundamentos: sociales, jurídicos, económicos e incluso morales.

Por lo mismo, creemos que sí era necesario la sanción penal de la colusión. En cuanto a los aspectos sustantivos, la redacción del hecho punible estaría en armonía con las palabras utilizadas para sancionar administrativamente la colusión. Sin embargo, y como hemos manifestado, la sentencia condenatoria del TDLC importa múltiples dificultades para la aplicación del castigo en sede penal.

Desde la perspectiva procesal, también se dan ciertas dificultades que constituyen impedimentos para la operatividad del tipo penal, y que, en resumidas cuentas consiste en lo siguiente. En primer lugar, la circunstancia que el legislador simplemente faculte a la FNE para la interposición de la respectiva querrela es un hecho que claramente dificultará la aplicación del tipo, no obstante deba dar decisión fundada en caso de no presentarla. En segundo lugar, el legislador contempla una norma imperativa para que el Fiscal Nacional Económico se querelle en aquellos casos donde, una vez cumplido el tipo penal, se afecte gravemente los mercados, basado en la regla de la razón (que va contra la lógica que sigue nuestro legislador). Por último, en cuanto a la acción penal, se alteran las normas de inicio de la investigación en delitos de acción pública, donde existen intereses jurídicos colectivos; además, la legitimación activa de la FNE para querellarse es ilógica desde el punto de vista de los bienes jurídicos comprometidos, puesto que estamos de acuerdo en que se trata de bienes que pueden afectar a la sociedad completa en el caso de la colusión en productos de uso masivo. Finalmente, hay ciertos aspectos probatorios —principalmente incorporación de la prueba al proceso penal— que también generarán dificultades que darán como resultado impugnaciones y objeciones por parte de los imputados.

En síntesis, si bien nuestro legislador se esforzó en dar protección a la libre competencia por medio de la tutela penal, este nuevo tipo en nuestro ordenamiento jurídico no es pleno en cuanto a su operatividad, puesto que los impedimentos que presenta son severos y claramente alterarán su aplicación y eficacia.

Referencias

- ARACENA SALGADO, Pedro (2017). «Una interpretación alternativa a la justificación de garantías penales en el derecho administrativo sancionador para Chile». *Revista de Estudios de la Justicia*, (26): 96-144. DOI: 10.5354/0718-4735.2017.46482.
- ARAYA JASMA, Fernando (2015). «Derecho de la libre competencia». *Revista Chilena de Derecho Privado*, 24: 233-250. Disponible en <http://bit.ly/2sGLthH>.
- ARTAZA VARELA, Osvaldo (2017). «La colusión como forma de agresión a intereses dignos de protección por el Derecho Penal. Primera aproximación». *Revista de Derecho*, 30 (2): 339-366.
- ARTAZA, Osvaldo, Andrés Salazar y Hugo Salgado (2016). «Protección de la libre competencia en Chile. Desafíos para el derecho penal y las ciencias económicas». *Política Criminal*, 11 (22): 794-809. Disponible en <http://bit.ly/2szGf7k>.
- BARROS BOURIE, Enrique (1985). «Legislación y práctica de la libre competencia. Un coloquio con el profesor Ernst J. Mestmacker». *Estudios Públicos*, 17. Disponible en <http://bit.ly/2FyDzPG>.
- BCN, Biblioteca del Congreso Nacional (2018a). *Historia de la Ley 20.945. Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados*. Disponible en <http://bit.ly/2FyNPGQ>.
- . (2018b). *Historia de la Ley 20.945. Segundo Trámite Constitucional: Senado*. Disponible en <http://bit.ly/2SRq1Sd>.
- FLINK, Pintas (2002). *Tratado de defensa de la libre competencia*. Santiago: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- BERNEDO, Patricio (2013). *Historia de la libre competencia en Chile. 1959-2010*. Santiago: Fiscalía Nacional Económica.
- BORK, Robert H (1966). «The rule of reason and the per se concept: Price fixing and market division». *The Yale Law Journal*, 75 (3): 373-475.
- BUSTOS, Juan y Hernán Hormazábal (1997). *Lecciones de Derecho Penal*. Vol. I. Madrid: Trotta.
- CURY URZÚA, Enrique (1992). *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Santiago: Jurídica.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (2002). «El derecho penal simbólico y los efectos de la pena». *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 35. Disponible en <http://bit.ly/2T1cyay>.
- ETCHEBERRY, Alfredo (1999). *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Santiago: Jurídica.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo (2009). «Imputación objetiva en el derecho penal económico y empresarial». *InDret*, 2.
- GARCÍA, Percy (2010). «El delito de competencia desleal». Disponible en <http://bit.ly/2W2Uqiv>.
- GARRIDO, Mario (2003). *Derecho Penal. Parte General*. Tomo 2. Santiago: Jurídica.
- GONZÁLEZ, Aldo (2011). «Prácticas colusivas». En *La libre competencia en el Chile*

- del Bicentenario*. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Centro de Libre Competencia PUC, Thomson Reuters-PuntoLex.
- HADWA, Marcelo (2007). «El sujeto activo en los delitos tributarios y los problemas relativos a la participación criminal». *Política Criminal*, 3.
- GRACIA MARTÍN, Luis (1985). *El actuar en lugar de otro*. Zaragoza: Prensas Universitarias de Zaragoza.
- HASSEMER, Winfried (1995). «Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos». En *Pena y Estado*. Santiago: Editorial Jurídica Conosur.
- HEFENDEHL, Roland (2007): «El bien jurídico como eje material de la norma». En Roland Hefendehl (ed.), *La teoría del bien jurídico*. Madrid: Marcial Pons.
- HERNÁNDEZ, Héctor (2012). «La punibilidad de la colusión (secreta) de precios en el derecho chileno». *Política Criminal*, 7 (13): 147 - 167. Disponible en <http://bit.ly/2Rzzyce>.
- IRARRÁZABAL P., Felipe y Fernando Araya J. (2011). «Notas sobre la colusión entre oferentes en licitaciones, con énfasis en la experiencia internacional». En *La libre competencia en el Chile del Bicentenario*. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Centro de Libre Competencia PUC, Thomson Reuters-PuntoLex.
- IRARRÁZABAL, Felipe (2010). «El sistema chileno de la defensa de la libre competencia». Fiscalía Nacional Económica, Chile. Disponible en <http://bit.ly/2RRI9OO>.
- KINDHÄUSER, Urs (2005). «¿Indiferencia como dolo?» En *Cuestiones actuales de derecho penal general y patrimonial*. Lima: Ara Editores.
- LAFFONT, Jean Jacques y Jean Tirole (1993). *A theory of incentives in procurement and regulation*. Cambridge, MA: MIT Press.
- LONDOÑO, Fernando (2016). «Estudio sobre la punibilidad de la tentativa con dolo eventual en Chile. ¿Hacia una noción de tipo penal diferenciado para la tentativa?» *Revista de Ciencias Penales*, 93 (3): 95-130.
- MANKIW, N. Gregory (2011). *Principios de Economía*. 5.ª edición. México: Cengage Learning Editores.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2005): «El concurso de delitos. Bases para su reconstrucción en el derecho penal de Puerto Rico». *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*, 74 (4).
- . (2014). «El principio *ne bis in idem* frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio». *Política Criminal*, 9 (18): 543-563. Disponible en <http://bit.ly/2TYkomT>.
- . (2017). «¿Incompatibilidad entre frustración y dolo eventual? Comentario a la Sentencia de la Corte Suprema en causa rol 19.008-17, del 11 de julio de 2017». Disponible en: <http://uchile.cl/d134994>.
- MATUS, Jean Pierre (2012). «Acerca de la falta de punibilidad en Chile de los acuerdos de precios». *Política Criminal*, 7 (14): 318-356.

- MOTTA, Massimo (2004). *Competition Policy. Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press.
- NÁQUIRA RIVEROS, Jaime (1998). *Derecho penal: teoría del delito*. Santiago, Chile: McGraw-Hill, 1998, p. 496.
- NOVOA ALDUNATE, Eduardo (2007). «Algunas consideraciones acerca de los principios limitadores del ius puniendi estatal y la expansión del derecho penal». *Actualidad Jurídica. Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo*, 8 (15).
- PAGE, William H (2015). *Optimal Antitrust Remedies: A Synthesis*. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2061791.
- POLITOFF L., Sergio, Jean Pierre Matus Acuña y María Cecilia Ramírez (2004). *Leciones de Derecho penal chileno. Parte general*. 2.ª edición. Santiago: Jurídica.
- POSNER, Richard (1977). «The Rule of Reason and the Economic Approach: Reflections on the Sylvania Decision». *The University of Chicago Law Review*, 45 (1): 1-20. Disponible en <http://www.jstor.org/stable/1599199>.
- ROMERO SEGUEL, Alejandro (2012). «La sentencia judicial como medio de prueba». *Revista Chilena de Derecho*, 39 (2).
- ROMERO, Juan José (2012). «Enforcement, sanciones y multas en el sistema de libre competencia chileno». En *Tribunal de Defensa de la Libre Competencia: La libre competencia en el Chile del Bicentenario* (pp. 503-537). Santiago: Centro de Libre Competencia UC y Thomson Reuters.
- ROXIN, Claus (1997). *Derecho Penal Parte General*. Tomo I. Trad. y notas de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier de Vicente Ramesal. Madrid: Civitas.
- SALAZAR, Andrés (2016). «La alteración de precios como fraude. Comentarios acerca del origen histórico del artículo 285 del Código Penal chileno y su interpretación». *Política Criminal*, 11 (22): 391-438. Disponible en <http://bit.ly/2DgeeaO>.
- STUCKE, M., (2012). «What is competition?» En D. Zimmer (editor), *The Goals of Competition Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing.
- TAPIA, Javier (2013). «La aplicación de multas a agentes económicos en el derecho chileno de la libre competencia». *Estudios Públicos*, 132: 71-105.
- VALDÉS, Domingo (2009). *Libre competencia y monopolio*. Santiago: Jurídica.
- VON HIRSCH, Andrew y Wolfgang Wohlers (2007). «Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa». En Roland Hefendehl (ed.), *La teoría del bien jurídico* (pp. 285-308). Madrid, Barcelona: Marcial Pons.
- VON LISZT, Franz (1999). *Tratado de derecho penal*. Traducción de la 20.ª ed. alemana por Luis Jiménez de Asúa, adicionado con el derecho penal español por Quintiliano Saldaña, t. II, 4.ª ed. Madrid: Reus.
- ZAVALA, José Luis y Joaquín Morales (2009). *Derecho económico*. 3.ª edición. Santiago: Thomson Reuters Puntotex.

Sobre los autores

JOSE ANTONIO GAGLIANO SILVA es Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Universidad de los Andes. Su correo electrónico es jagagliano@miuandes.cl.

PEDRO ARACENA SALGADO es abogado y magíster en Derecho Penal de la Universidad de Chile. Su correo electrónico es pedroaracena@gmail.com.

REVISTA DE ESTUDIOS DE LA JUSTICIA

La *Revista de Estudios de la Justicia* es publicada, desde 2002, dos veces al año por el Centro de Estudios de la Justicia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Su propósito es contribuir a enriquecer el debate jurídico en el plano teórico y empírico, poniendo a disposición de la comunidad científica el trabajo desarrollado tanto por los académicos de nuestra Facultad como de otras casas de estudio nacionales y extranjeras.

DIRECTOR

Álvaro Castro
(acastro@derecho.uchile.cl)

SITIO WEB

rej.uchile.cl

CORREO ELECTRÓNICO

cej@derecho.uchile.cl

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo
estuvieron a cargo de Tipografía
(www.tipografica.cl).