

INFORME EN DERECHO

JUSTIFICACIÓN Y PRESUPUESTOS LEGALES DE UNA GUÍA INTERNA DE LA
FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA RELATIVA A LA INTERPOSICIÓN DE
QUERELLAS POR EL DELITO DE COLUSIÓN

Alejandro Awad Cherit
Antonio Bascuñán Rodríguez
Miguel Chaves Pérez
Marcos Contreras Enos

Santiago, 28 de diciembre de 2017

Sumario

	PLANTEAMIENTO	p. 5
I.	LA PENALIZACIÓN DE LA COLUSIÓN POR LA LEY 20.945 Y LA COMPETENCIA DEL FNE COMO QUERELLANTE	p. 6
1.	El nuevo Título V del DL 211	p. 6
2.	El art. 64 DL 211: el principio de secuencialidad	p. 8
3.	Aspectos inciertos del art. 64	p. 10
II.	NECESIDAD Y/O CONVENIENCIA DE UNA GUÍA INTERNA RELATIVA A LA INTERPOSICIÓN DE QUERELLAS POR EL DELITO DE COLUSIÓN	p. 12
1.	La potestad de la FNE para elaborar guías internas	p. 12
2.	La naturaleza de “soft law” de las guías internas de la FNE	p. 13
3.	La ausencia de necesidad formal de una guía interna de la FNE	p. 14
4.	La conveniencia práctica de una guía interna de la FNE	p. 16
III.	LA FACULTAD Y EL DEBER DEL FNE DE INTERPONER UNA QUERELLA POR EL DELITO DE COLUSIÓN	p. 18
1.	La aparente indeterminación regulativa	p. 18
2.	Análisis de la historia fidedigna del establecimiento de la Ley 20.945	p. 19
2.1.	Del ejercicio discrecional de la atribución al deber de fundar la decisión de no interponer querella	p. 20
2.2.	Del ejercicio fundado de la facultad al ejercicio obligatorio en casos graves de colusión	p. 30
2.3.	Balance del examen de la historia fidedigna del establecimiento de la Ley 20.945	p. 34
3.	La regla general: la facultad de interponer o no interponer querella	p. 35
4.	La regla especial: el deber de interponer querella	p. 37
IV.	LOS CRITERIOS PARA FUNDAR LA DECISIÓN DEL FNE DE NO INTERPONER UNA QUERELLA	p. 40
1.	La facultad de interponer querella como ámbito de discrecionalidad	p. 40
2.	Consideraciones de carácter sustantivo	p. 42
2.1	Consideraciones relativas al hecho punible	p. 42
2.2	Consideraciones relativas a la responsabilidad de los intervinientes	p. 43
3.	Consideraciones procedimentales (probatorias)	p. 45
(i)	La diferencia de estándar probatorio en el procedimiento sancionatorio administrativo y el procedimiento penal	p. 47
(ii)	Las distintas garantías involucradas en los procedimientos sancionatorio administrativo y penal	p. 48
V.	CONCLUSIONES	p. 49

PLANTEAMIENTO

La Fiscalía Nacional Económica (“la FNE”) nos ha solicitado un informe acerca de la justificación de su decisión de elaborar una Guía Interna que explicita los criterios a los que la FNE se sujetará en el futuro en relación con sus deberes y facultades relativos a la interposición de una querrela por el delito de colusión. En particular, interesa a la FNE contar con:

- (i) una apreciación de la necesidad y/o conveniencia de elaborar esa guía en el contexto de las reformas introducidas al Decreto Ley 211 por la Ley 20.945;
- (ii) un desarrollo sistemático de la relación existente entre el deber legal de interponer querrela y la facultad legal de no hacerlo, ambos establecidos por la Ley 20.945; y,
- (iii) un examen de las consideraciones relevantes para la FNE en relación con su eventual decisión de asumir la posición de parte querellante en la investigación y el juicio penales.

El presente informe analiza por separado cada una de esas cuestiones, en ese mismo orden, en sus secciones II, III y IV. El análisis es precedido por una primera sección, que ofrece antecedentes generales sobre la modificación introducida por la Ley 20.945 en el Decreto Ley 211 en relación con la atribución exclusiva del FNE de dar inicio a la investigación penal mediante la interposición de una querrela y con el ejercicio de esa atribución. Finalmente, los resultados del análisis son presentados resumidamente como conclusiones en la sección V.

I. LA PENALIZACIÓN DE LA COLUSIÓN POR LA LEY 20.945 Y LA COMPETENCIA DEL FNE COMO QUERELLANTE

1. *El nuevo Título V del DL 211*

La Ley 20.945 (D.O. 19.10.2016) introdujo numerosas e importantes modificaciones en el Decreto Ley (“DL”) 211, 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 (“DFL”) N°1/2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. Atendiendo a la materia sobre la que recaen, las modificaciones introducidas por la Ley 20.945 pueden agruparse en tres categorías:

- (i) la intensificación de las sanciones a la colusión, incluyendo una mejor regulación de la exención por colaboración (“delación compensada”) y su tipificación como hecho punible que conlleva penas de crimen (Título V);
- (ii) la nueva regulación del procedimiento de control preventivo de operaciones de concentración (Título IV);
- (iii) la adecuación de otras disposiciones sobre diversos aspectos del régimen de protección de la libre competencia.

De las dos primeras materias, la segunda fue sin duda la más extensamente desarrollada desde un punto de vista técnico-jurídico. El nuevo Título IV introducido en el DL 211 (arts. 46 a 61) procede en lo esencial del diseño propuesto por la Presidenta de la República en su mensaje¹ y encuentra su fundamento en las recomendaciones de la OCDE de 2014².

En contraste, el nuevo Título V introducido en el DL 211, dedicado a la regulación de las sanciones penales aplicables al delito de colusión (arts. 62 a 65), recién adquirió forma en el segundo trámite consuetudinario del proyecto de ley respectivo (Boletín 9.950-03), ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, en virtud de una indicación sustitutiva de la Presidenta de la República³. Ni la ubicación de la regulación

¹ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile/BCN, *Historia de la Ley N° 20.945, que perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia* (“HL/20.945”), p. 8-12/1001; disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadela Ley/nc/historia-de-la-ley/5311/>, última revisión: 27.12.2017).

² *Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile*, Informe del Secretariado de la OCDE, 2014, p. 43-47 [disponible en: http://www.oecd.org/daf/competition/Chile%20merger%20control_ESP_nov14.pdf; última revisión 27.11.2017]

³ HL/20.945, p. 524-525/1001.

en un determinado cuerpo de leyes -Código Penal o DL 211-, ni la tipificación del delito de colusión, ni la coordinación de su régimen de persecución penal con el régimen sancionatorio administrativo obedecieron a un diseño elaborado por el Ministerio de Economía con la misma anticipación reflexiva que la regulación del nuevo Título IV.

Si bien la criminalización de la colusión fue el aspecto más publicitado de la iniciativa presidencial que dio origen a la ley y también era el que más interés había ya suscitado entre los diputados y senadores de la República⁴, la manera concreta con que ello terminó consagrándose respondió más bien a ideas regulativas surgidas sucesivamente durante la tramitación del proyecto de ley. En eso fue determinante el conflicto habido en su momento entre la FNE y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”), por una parte, y el Ministerio Público (“MP”), por otra, en razón de la negativa de los primeros a dar acceso al segundo, que por un tiempo pretendió hacer valer el art. 285 del Código Penal como norma punitiva de la colusión de precios⁵, a la información reservada relacionada con investigaciones conducidas por la

⁴ El mensaje deja constancia (HL/20.945, p. 7/1001) de haber tenido a la vista y analizado las diversas mociones parlamentarias que existían en relación con esta materia, mencionado los boletines N° 6.438-03 (moción de los diputados Enrique Accorsi, Ramón Farías, Felipe Harboe, Marco Antonio Núñez, Gabriel Silber, y Patricio Vallespín, y las diputadas María Antonieta Saa y Ximena Vidal); N° 6.439-07 (moción de las diputadas Isabel Allende y Denise Pascal, y los diputados Alfonso De Urresti, Marcelo Díaz, Francisco Encina, Fidel Espinoza, Carlos Montes, Iván Paredes, Fulvio Rossi y Marcelo Schilling); N° 6.442-03 (moción de los senadores Carlos Bianchi y Adolfo Zaldívar); N° 6.454-07 (moción de los senadores Carlos Cantero, Andrés Chadwick, Alberto Espina, José García y Antonio Horvath); N° 8.088-03 (moción de los senadores Camilo Escalona y Eduardo Frei); N° 8.822-07 (moción de los diputados Pedro Pablo Álvarez-Salamanca, Nino Baltolu, Eugenio Bauer, Sergio Bobadilla, Cristián Campos, Javier Hernández, Celso Morales, Iván Norambuena e Ignacio Urrutia, y la diputada Karla Rubilar); N° 9.028-03 (moción de los senadores Guido Girardi, Ricardo Lagos, Jaime Quintana y Eugenio Tuma); y N° 9.046-03 (moción de las diputadas Cristina Girardi, Adriana Muñoz, Claudia Nogueira, Marcela Sabat y Alejandra Sepúlveda, y los diputados Enrique Accorsi, Juan Luis Castro, Hugo Gutiérrez, José Pérez y Gabriel Silber).

⁵ La aplicación del art. 285 CP a la colusión de varias farmacias en precios de medicamentos fue rechazada por la sentencia del 4° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, de 28 de julio de 2015, (RIT 531-2014); y por la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 29 de diciembre de julio de 2015 (ROL N° 3.139-2015). La tesis del MP se basaba en la opinión de Héctor Hernández Basualto, “La punibilidad de la colusión (secreta) de precios en el derecho chileno”, 7-13 *Política Criminal* (2012), p. 147-167. La tesis del MP recibió el apoyo de Andrés Salazar Cádiz, “La alteración de precios como fraude” 11-22 *Política Criminal* (2016), p. 391-438 y la crítica de Jean Pierre Matus Acuña, “Acerca de la actual falta de punibilidad en Chile de los acuerdos de precios”, 383 *Gaceta Jurídica* (2012) [CL/DOC/5580/2012], el mismo, “De nuevo sobre la falta de punibilidad de los atentados contra la libre competencia, de conformidad con el Art. 285 del Código penal. Algunos aspectos de la discusión con Héctor Hernández en *Política Criminal*” 8-15 *Política Criminal* (2013), p. 314 - 362, así como de Antonio Bascuñán Rodríguez, “La inaplicabilidad del artículo 285 del Código Penal al acuerdo de precios entre competidores que constituye ilícito monopólico conforme al artículo 3° del Decreto Ley N° 211”, en: del mismo, *Estudios sobre la colusión*, Santiago: Legal Publishing, 2016, p. 290-370.

FNE⁶. El régimen de persecución penal de la colusión que en definitiva fue propuesto por el Ministerio de Economía a la Comisión Mixta⁷, y aceptado por ésta y las dos ramas del Congreso, tuvo el carácter de una solución de compromiso entre la FNE y el MP a la controversia entre ambos por el control del ejercicio de la acción penal.

El nuevo Título V del Decreto Ley 211 lleva por epígrafe “De las Sanciones Penales” y comprende cuatro artículos. El artículo 62 tipifica el delito de colusión, establece las penas respectivas y regula su determinación judicial y ejecución. El artículo 63 regula la exención de responsabilidad penal de quienes aporten antecedentes. El artículo 64 regula las condiciones y modos de ejercicio de la acción penal respectiva. Finalmente, el artículo 65 establece el plazo de prescripción de la acción penal. De esas disposiciones, la que interesa a este informe es el art. 64.

2. El art. 64 DL 211: el principio de secuencialidad

Los incisos primero a cuarto del artículo 64 del Decreto Ley 211 son del siguiente tenor:

Art. 64. Las investigaciones de los hechos señalados en el inciso primero del artículo 62 sólo se podrán iniciar por querrella 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 querrella. Para estos efectos, no se aplicará lo dispuesto en el artículo 166 del Código Procesal Penal.

El Fiscal Nacional Económico deberá interponer querrella en aquellos casos en que se tratare de hechos que comprometieren gravemente la libre competencia en los mercados.

El Fiscal Nacional Económico deberá emitir una decisión fundada en caso que, habiéndose cumplido los requisitos establecidos en el inciso primero, decidiere no interponer querrella por los hechos señalados en el inciso primero del artículo 62.

La interposición de la querrella o la decisión de no formularla deberá tener lugar a más tardar en el plazo de seis meses, contado desde que se encuentre ejecutoriada la sentencia definitiva pronunciada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

⁶ La contienda de competencia fue dirimida a favor del TDLC por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 8 de enero de 2016 (Rol N° 2.934-15).

⁷ HL/20.945, p. 844-845/1001.

Como salta a la vista, las disposiciones transcritas someten el ejercicio de la acción penal para perseguir la responsabilidad penal por el delito de colusión a cinco reglas especiales:

- (i) se exige como condición de procesabilidad del delito de colusión la interposición de una querrela por el Fiscal Nacional Económico (“el FNE”), excluyendo cualquier otro modo de inicio de la investigación, ya sea por iniciativa del MP, por denuncia o querrela de cualquier persona distinta del FNE, o por simple denuncia de éste;
- (ii) se exige como condición para la interposición de la querrela por el FNE que la existencia del acuerdo colusorio haya sido establecida por sentencia definitiva ejecutoriada del TDLC;
- (iii) Se impone al FNE el deber de interponer la querrela respectiva en aquellos casos en que se trate de hechos que comprometan gravemente la libre competencia;
- (iv) se impone al FNE el deber de emitir una decisión fundada en caso que, habiéndose cumplido la condición para la interposición de la querrela, decidiere no interponerla;
- (v) Se establece un plazo de seis meses contado desde que se encuentre ejecutoriada la sentencia definitiva pronunciada por el TDLC para que el FNE interponga la querrela o emita su decisión fundada de no interponerla.

En síntesis, la ley subordina el inicio de la investigación penal al ejercicio de la acción penal por interposición de una querrela por el FNE y subordina el ejercicio de la acción penal por el FNE al término del juicio contravencional relativo al hecho. El conjunto de estas dos reglas de subordinación fue denominado por el Ministro de Economía como “principio de la secuencialidad” durante la tramitación del respectivo proyecto de ley⁸.

Si bien en estricto rigor la idea regulativa de la secuencialidad sólo corresponde al sentido normativo de la segunda regla de subordinación⁹, en la concepción del gobierno -que obtuvo el respaldo del Congreso- la

⁸ HL 20.945, p. 803/1001.

⁹ El punto fue hecho presente en la Comisión Mixta por el diputado Sergio Espejo (HL 20.945, p. 838/1001). En abstracto, para priorizar la investigación y el juicio contravencional sobre la persecución penal bastaba con que la ley exigiera el término del primero o bien atribuyera a la FNE el control de la acción penal. La redundancia de la secuencialidad consagrada por la Ley 20.945 fue explicada en esa oportunidad como un flanqueo legal del interés de la FNE en concentrar su atención en el juicio contravencional durante la primera etapa de la reacción estatal contra la colusión (HL 20.945 loc. cit.).

adecuada coordinación entre la actividad persecutoria de la FNE y la actividad persecutoria del MP requiere que la decisión acerca del inicio de la investigación penal sea de competencia exclusiva del persecutor en el juicio contravencional. Conforme a la concepción del principio de secuencialidad que inspira al DL 211, la investigación y el juicio para establecer la responsabilidad contravencional por la colusión, aplicables a personas jurídicas y naturales, tienen primacía institucional sobre la persecución penal, reducida a personas naturales, al punto de no permitirse el inicio de la investigación penal mientras no lo solicite así el FNE mediante la interposición de una querrela una vez terminado el juicio contravencional.

3. Aspectos inciertos del art. 64

Las dos condiciones fijadas por la ley para el inicio de la investigación penal por el delito de colusión, previsto y sancionado en el art. 62 DL 211, son claras. Con todo, los presupuestos bajo los cuales cabe al FNE ejercer su competencia como parte querellante en la investigación y juicio penales presentan algunos aspectos inciertos. Tales son:

(i) la relación sistemática precisa que existe entre el establecimiento de la existencia de un acuerdo colusorio por sentencia definitiva ejecutoriada del TDLC y el carácter de “hecho señalado en el artículo 62” de ese acuerdo. Ello, habida consideración que en el juicio contravencional no se aplicará a los hechos del caso el aludido art. 62 DL 211, sino el artículo 3°, ya sea su inciso primero o la letra a) de su inciso segundo, y que la existencia del acuerdo puede ser establecida por el TDLC o eventualmente por la Corte Suprema (“CS”), conociendo del recurso de reclamación interpuesto en contra de la sentencia del TDLC;

(ii) la relación sistemática precisa que existe entre el deber legal del FNE de interponer una querrela en “aquellos casos en que se tratare de hechos que comprometieren gravemente la libre competencia en los mercados” y su facultad de decidir no interponer querrela pese a haberse establecido la existencia de un acuerdo colusorio en una sentencia definitiva ejecutoriada del TDLC, en el sentido de si existe entre ambas situaciones una relación binaria (disyuntiva) o más bien una diferencia de género (facultad) y especie (deber);

(iii) la interpretación del sentido y alcance de la expresión “hechos que comprometieren gravemente la libre competencia en los mercados”, de la que depende el deber para el FNE de interponer querrela.

(iv) la enunciación de los criterios conforme a los cuales cabría fundar la decisión que el FNE debe emitir en caso de no interponer querella¹⁰.

La incertidumbre de los aspectos (i), (ii) y (iii) se basa en la relativa indeterminación de las respectivas disposiciones, lo que genera una necesidad de interpretación. La incertidumbre del aspecto (iv) corresponde más bien al espacio de decisión dejado por la norma legal al FNE.

Respecto de todos ellos se suscita la primera cuestión planteada por la FNE a este informe, a saber, apreciación de la necesidad y/o conveniencia de elaborar esa guía en el contexto de las reformas introducidas al DL 211 por la Ley 20.945.

La segunda cuestión planteada por la FNE a este informe se refiere específicamente al aspecto (ii).

Finalmente, la tercera cuestión planteada por la FNE a este informe se refiere al aspecto (iv).

¹⁰ A estos cuatro aspectos cabría agregar un quinto, relativo a la relación sistemática precisa que existe entre el plazo de seis meses para interponer la querella por el FNE (art. 64 inciso cuarto) y el plazo de diez años para la prescripción de la acción penal (art. 65), ambos contados desde la cosa juzgada contravencional. La explicación de esta duplicidad de plazos se encuentra en la historia fidedigna del establecimiento de la Ley 20.945. La regla sobre el plazo de prescripción de la acción penal fue acordada en el Senado, en segundo trámite constitucional, momento en el cual no existía una regla que estableciera un plazo para la interposición de la querella por el FNE. Cuando la Comisión Mixta introdujo esta última regla no tenía competencia para modificar el artículo 65 del proyecto de ley, sino sólo el artículo 64. En todo caso, siendo claro que la regla de prescripción no prorroga el plazo para el ejercicio oportuno de la facultad o el deber de interponer querella por el FNE, sus efectos prácticos deben entenderse referido a la condición en que se encuentran las personas eventualmente responsables una vez deducida la querella mientras el proceso no se dirija contra ellas en el sentido del artículo 96 del Código Penal y de la letra a) del artículo 233 del Código Procesal Penal.

II. NECESIDAD Y/O CONVENIENCIA DE UNA GUÍA INTERNA RELATIVA A LA INTERPOSICIÓN DE QUERELLAS POR EL DELITO DE COLUSIÓN

1. *La potestad de la FNE para elaborar guías internas*

El art. 39-s) DL 211 otorga al FNE la atribución de “[d]ictar instrucciones a las que habrá de sujetarse el ejercicio de las atribuciones y el cumplimiento de los deberes acerca de los que trata este artículo” [i.e., el art. 39.]. Esta previsión expresa de estatuto legal propio de la FNE hace innecesario identificar normas de carácter general relativas a la competencia de los órganos de la Administración del Estado.

En el ejercicio de esta atribución la FNE ha elaborado diversos cuerpos de directrices para su mejor funcionamiento interno, como la Guía Interna para el Desarrollo de las Investigaciones y para las Actuaciones Judiciales de la FNE, publicada en diciembre de 2008, que fue sustituida por el Instructivo Interno para el Desarrollo de Investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica de acuerdo con el artículo 29 letra a) del Decreto Ley 211, de mayo de 2013; la Guía Interna sobre Beneficios de Exención y Reducción de Multas en Casos de Colusión, de octubre de 2009, que fue reemplazada por la Guía Interna sobre Delación Compensada en Casos de Colusión, de marzo de 2017; la Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración, de octubre de 2012 y la Guía para el Análisis de Restricciones Verticales, de junio de 2014.

Dentro de las atribuciones que el art. 39 otorga al FNE se encuentran la de instruir investigaciones para comprobar las infracciones al DL 211 (art. 39-a), la de actuar como parte ante el TDLC y los tribunales de justicia (art. 39-b) y la de interponer querrela criminal por el delito establecido en el art. 62 (art. 39-r). En consecuencia, las instrucciones dictadas por el FNE para el ejercicio de estas atribuciones en relación con la acción penal que tiene por objetivo perseguir y hacer efectiva la responsabilidad penal de las personas naturales que hayan intervenido en la comisión del delito de colusión corresponden a actuaciones dentro del ámbito de su competencia según lo expresamente establecido por las leyes. Eso fundamenta su validez conforme a los arts. 6° y 7° de la Constitución Política del Estado (“CPR”), y al art. 2° de la Ley Orgánica Constitución 18.575, sobre Bases de la Administración del Estado.

El hecho de que el ejercicio de la acción penal mediante la deducción de una querrela criminal se encuentre expresamente tratado por el art. 39 exime a las instrucciones que dicte el FNE de los reparos de legalidad que en su momento fueron formulados en contra de la Guía para el Análisis de Operaciones de

Concentración (2012)¹¹. Naturalmente, cualquier regulación del ejercicio de atribuciones legales que es de rango jerárquicamente inferior a las normas que confieren esas atribuciones está sujeta a una exigencia de coherencia o prohibición de contradicción con las normas de rango superior (principio de legalidad de la regulación reglamentaria). En esto ninguna guía interna de la FNE se encuentra en una situación especial: todas tienen rango jerárquico subordinado a la ley. Lo que la mención explícita de la facultad del FNE para deducir una de querrela resuelve afirmativamente es la competencia *ratione materiae* del FNE para dictar instrucciones acerca del ejercicio de la deducción de la querrela.

2. La naturaleza de “soft law” de las guías internas de la FNE

El informe del Secretariado de la OCDE sobre Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile califica reiteradamente la regulación de la Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración (2012) como *soft law*, para afirmar con ello que se trata de regulación no vinculante¹². En su presentación de dos guías recientes (2012, 2017), el FNE ha puesto de manifiesto que los documentos elaborados y divulgados por la FNE bajo el título de “Guía” tienen por objetivo solamente divulgar (“material de promoción”) los criterios orientadores de la actividad interna de la FNE, y que por esa razón no tienen una pretensión institucional vinculante para el TDLC ni la CS (“no [los] comprometen”), ni menos aún una pretensión de establecimiento de normas de rango jerárquico equivalente a las normas del DL 211, razón por la cual en ningún caso pretenden producir un efecto de inaplicabilidad de esas normas por su derogación tácita en caso de incompatibilidad con las directrices de la Guía. En palabras del FNE:

Este documento es un material de promoción, y da cuenta de una reglamentación interna de la Fiscalía. De esta forma, no compromete ni al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”) ni a la Excelentísima Corte Suprema, ni altera o afecta el mecanismo de consulta establecido en los artículos 18 N°2, 31 y 32 del DL 211.¹³

Este documento es un material de promoción que se suma a otros análogos elaborados por la FNE. Cabe enfatizar que la presente guía constituye únicamente una orientación interna de la Fiscalía, que podría ser modificada a futuro, y que no compromete ni al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”) ni a la

¹¹ Op. cit. nota 2, p. 59-60, sin distinguir entre la ilegalidad por incompetencia *ratione materiae* y la ilegalidad por antinomia.

¹² Op. cit. nota 2, p. 15, 26-27, 51, 59-60.

¹³ Fiscalía Nacional Económica, *Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración*, octubre de 2012 (disponible en: <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/10/Guia-Fusiones.pdf>; última visita: 19.12.2017), p. 2.

Excelentísima Corte Suprema (“Corte Suprema”), ni busca alterar de modo alguno las disposiciones del DL 211.¹⁴

Sobre este punto debe hacerse dos precisiones. En primer lugar, el hecho de que las instrucciones del FNE no puedan derogar tácitamente las normas del DL 211 se debe al rango jerárquico inferior y subordinado a la ley que tienen esas instrucciones, y no al círculo delimitado de sus destinatarios, es decir, no a su carácter de normas internas. Aun si el FNE poseyera la atribución de dictar reglas de aplicación general, éstas deberían someterse al mismo requisito de coherencia o no-contradicción con el DL 211.

En segundo lugar, la afirmación de que las instrucciones no tienen carácter vinculante se refiere precisamente al ámbito de posibles destinatarios externos al círculo de los funcionarios de la FNE, es decir, a destinatarios que no están jerárquicamente subordinados al FNE. Fundamentalmente, no son normas vinculantes para los tribunales de justicia como complemento o interpretación de las normas del DL 211: las instrucciones del FNE no son normas conforme a las cuales el TDLC ni la CS estén jurídicamente obligados a juzgar los casos sometidos a su conocimiento. Pero de eso no se deduce que las reglas carezcan por completo de validez jurídica, y por tal razón carezcan del todo de fuerza vinculante.

Como sucede en general con las normas establecidas en ejercicio de potestades normativas referidas a ámbitos delimitados de destinatarios, las instrucciones del FNE tienen validez interna a la FNE, es decir, son normas conforme a las cuales los funcionarios de la FNE deben realizar sus funciones para que la institución ejerza sus atribuciones. Tratándose del propio FNE, la existencia de esas instrucciones ciertamente no cancela su potestad normativa sobre las materias por ellas reguladas, en el sentido de que el FNE puede modificarlas por adición o sustracción, o una combinación de ambas, o simplemente poner término a su vigencia. Pero en tanto sus instrucciones cuentan como normas internas, el FNE se encuentra bajo el deber legal de velar permanentemente por su aplicación, conforme al art. 11 de la Ley Orgánica Constitucional 18.575.

3. La ausencia de necesidad formal de una guía interna de la FNE

La regulación del ejercicio de la facultad de deducir querrela criminal por el delito de colusión que se encuentra en los cuatro primeros incisos del art. 64

¹⁴ Fiscalía Nacional Económica, *Guía para el análisis de restricciones verticales*, junio 2014, p. 2. (disponible en: <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Gu%C3%ADa-Restricciones-Verticales-1.pdf>; última visita: 19.12.2017), p. 2.

DL 211 no tiene necesidad formal de una regulación interna de la FNE para producir sus efectos. El cumplimiento de la condición impuesta por el principio de secuencialidad –el establecimiento de la existencia de un acuerdo colusorio por una sentencia definitiva ejecutoriada del TDLC- se determina conforme a las normas aplicables al procedimiento contravencional. La aplicabilidad del art. 62 DL 211 a partir de la entrada en vigencia de la Ley 20.945 depende del criterio de localización temporal que se entienda corresponder a la expresión “perpetración” en el contexto del art. 18 del Código Penal y el art. 19 N° 3 inciso octavo de la Constitución Política de la República, tratándose de delitos cuya comisión en grado de consumación perdura en el tiempo. Habiéndose perpetrado el delito con posterioridad al 30 de agosto de 2016, y correspondiendo ese hecho a un acuerdo cuya existencia ha sido establecida por una sentencia definitiva ejecutoriada del TDLC, la condición se encuentra cumplida.

Cumplida la condición impuesta por el principio de la secuencialidad el FNE puede encontrarse obligado y por consiguiente autorizado, o bien simplemente facultado para deducir la querella, según si el hecho compromete o no gravemente la libre competencia en los mercados. Si en cualquiera de los dos casos el FNE decide deducir querella, entonces debe satisfacer los requisitos exigidos por el art. 113 del Código Procesal Penal (“CPP”). Si, en el segundo caso, el FNE decide no deducir querella, entonces está obligado a emitir una decisión fundada.

Como se dijo al inicio, estas disposiciones plantean algunas dudas interpretativas, a saber: (i) la relación entre el acuerdo cuya existencia ha sido establecida por una sentencia definitiva ejecutoriada del TDLC y el hecho punible conforme al art. 62, (ii) la incidencia de la ausencia de deber de deducir querella sobre la facultad de deducirla, (iii) el sentido y alcance del concepto legal de “hechos que comprometiesen gravemente la libre competencia en los mercados”. Pero del hecho que una disposición legal tenga eventualmente necesidad de interpretación no se deduce que carezca de efectos prácticos mientras no haya una regla interpretativa administrativa. Toda norma legal es seguida conforme a una determinada interpretación de su formulación en un texto y si es aplicada por un tribunal éste debe resolver para el caso concreto las eventuales controversias interpretativas.

Como también se dijo al inicio, la facultad que el DL 211 otorga al FNE para no deducir querella, unida a su obligación de fundar esa decisión, genera un margen de incertidumbre acerca de los criterios conforme a los cuales quepa adoptar esa decisión y fundarla. Pero, esa incertidumbre, o bien procede de la segunda duda interpretativa recién aludida - la incidencia de la ausencia de deber de deducir querella sobre la facultad de deducirla-, o bien corresponde

al margen de discrecionalidad dejado por la Ley 20.945 al FNE. En este segundo caso, precisamente por esa razón no hay necesidad formal de una regulación previa de dichos criterios.

4. *La conveniencia práctica de una guía interna de la FNE*

Que una guía interna para la deducción de querrela por el delito de colusión no sea formalmente necesaria no implica que tampoco sea prácticamente conveniente. La conveniencia práctica de la guía responde a razones distintas de la finalidad de dar efecto a disposiciones legales que de otro modo serían inoperativas.

La primera razón es el aseguramiento de la objetividad de la actuación de la FNE, en su triple sentido de legalidad, veracidad e imparcialidad. Advirtiéndose posibles dudas en la comprensión del sentido de la legislación, la formulación anticipada y con carácter general y abstracto de la interpretación que la FNE da a las disposiciones legales excluye la posibilidad de una reacción institucional *ex post facto* basada en consideraciones particulares por motivos distintos de la imparcial sujeción a la ley.

Asegurar la imparcialidad de la FNE es también importante allí donde la Ley 20.945 le deja un margen discrecional de decisión en relación con la deducción de la querrela. La formulación anticipada y con carácter general y abstracto de los criterios a los que la FNE se sujetará en el ejercicio discrecional de esa facultad excluye que ese margen represente un riesgo de discriminación vindicativa.

El aseguramiento de la objetividad de la FNE trae como consecuencia práctica un incremento en la previsibilidad de su actuación como parte querellante en una investigación y juicio penal posterior al juicio contravencional. Dar una mayor certeza jurídica relativa a las consecuencias penales de la colusión es especialmente importante en el contexto del principio de secuencialidad, atendida la peculiar situación en que se encontrarán las partes en el juicio contravencional, debatiendo acerca del acaecimiento de hechos que pueden ser relevantes para efectos de la persecución de una responsabilidad -la penal- que no se hace efectiva en dicho juicio.

Las consideraciones anteriores son consistentes con la finalidad perseguida por la FNE al elaborar la Guía Guía Interna sobre Delación Compensada en Casos de Colusión, tal como lo manifestó el FNE en su presentación:

Nuestro propósito es dar certeza jurídica a los que busquen beneficiarse de la delación compensada y acotar los espacios de discrecionalidad que la norma confiere a la autoridad.¹⁵

La elaboración de una guía interna sobre esta materia es también conveniente desde un punto de vista más general. Existiendo un interés público en el establecimiento de la responsabilidad penal de los intervinientes en la celebración e implementación de acuerdos colusorios delictivos, dependiendo la satisfacción efectiva de ese interés de una decisión del FNE y estando esa decisión sujeta a disposiciones legales que generan dudas o remiten la decisión a criterios discrecionales, la FNE se convierte en el centro del escrutinio que hace la opinión pública de la capacidad del Estado de realizar ese interés colectivo. La exposición pública de los criterios a los que la FNE se sujetará en su interpretación de las disposiciones legales respectivas así como de los criterios que seguirá para fundar su decisión de no deducir la querrela, es una demostración de responsabilidad institucional. Clarifica su posición como órgano del Estado que controla el inicio de la investigación penal y ratifica su compromiso con la aplicación del nuevo régimen penal de la colusión.

Finalmente, la elaboración de una guía interna sobre el ejercicio de la facultad de deducir querrela por el delito de colusión contribuye a generar un espacio adecuado para el entendimiento y coordinación de funciones entre la FNE y el MP.

¹⁵ Fiscalía Nacional Económica, Guía Interna sobre Delación Compensada en Casos de Colusión, marzo de 2017 (disponible en: http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Guia_Delacion_Compensada-3.pdf; última visita: 19.12.2017), p. 6.

III. LA FACULTAD Y EL DEBER DEL FNE DE INTERPONER UNA QUERRELLA POR EL DELITO DE COLUSIÓN

1. *La aparente indeterminación regulativa*

Conforme al principio de la secuencialidad es claro que la FNE no tiene competencia para interponer una querrella por el delito de colusion, previsto y sancionado en el art. 62 DL 211 mientras no se haya establecido la existencia del acuerdo colusorio respectivo por sentencia definitiva ejecutoriada del TDLC. Tal como lo dispone el inciso primero del art. 64 sólo “una vez que” se encuentre cumplida esa condición la FNE “podrá interponer [la querrella]”.

El ejercicio de esta atribución por la FNE está regulado por los incisos segundo y tercero del art. 64:

El Fiscal Nacional Económico deberá interponer querrella en aquellos casos en que se tratare de hechos que comprometieren gravemente la libre competencia en los mercados.

El Fiscal Nacional Económico deberá emitir una decisión fundada en caso que, habiéndose cumplido los requisitos establecidos en el inciso primero, decidiere no interponer querrella por los hechos señalados en el inciso primero del artículo 62.

Estas dos disposiciones pueden leerse de dos maneras opuestas.

Conforme a una primera lectura, el FNE no tiene un espacio de decisión acerca de la procedencia de la querrella. Si se está en alguno de los casos en que los hechos comprometen gravemente la libre competencia en los mercados, entonces el FNE se encuentra bajo el deber de interponer la querrella. Si no se está en alguno de esos casos, entonces el FNE debe emitir una decisión fundada absteniéndose de interponer una querrella. Según esta lectura, la ley calificaría el delito de colusión como hecho grave o menos grave con ocasión del ejercicio de la acción penal y reservaría la persecución penal exclusivamente para el hecho grave. Por eso la relación entre ambos incisos sería binaria o disyuntiva: el FNE o bien debe interponer querrella (hecho grave) o bien debe abstenerse de interponer querrella (hecho menos grave).

Conforme a una segunda lectura, el FNE tiene por regla general un espacio de decisión acerca de la procedencia de la querrella. Esta regla se encuentra consagrada en el inciso primero del art. 64, que expresamente le permite la interposición de querrella si se cumple la condición del principio de secuencialidad. Si decide interponerla, funda su decisión en el escrito respectivo conforme lo dispone el art. 113 CPP. Para el caso que decida no interponerla, el art. 64 inciso tercero lo obliga a emitir una decisión fundada.

Ese espacio de decisión se ve excepcionalmente restringido si se está en alguno de los casos en que los hechos comprometen gravemente la libre competencia en los mercados. En esos casos la FNE se encuentra bajo el deber de interponer la querella. Por eso la relación entre el inciso primero y el inciso segundo sería de género a especie: la facultad genérica de interponer o no interponer querella, consagrada en el inciso primero y reconocida en el inciso tercero para el caso en que se decida no interponerla, tiene una excepción en el hecho grave, respecto del cual se está bajo un deber de interponer querella¹⁶.

Como se puede apreciar, respecto del deber de interponer querella hay plena coincidencia entre ambas lecturas. Las diferencias se refieren a las atribuciones de la FNE cuando no está bajo el deber de interponer querella: si tiene en este caso la facultad de interponerla (lectura diferenciada) o si carece de esta facultad y debe emitir una decisión fundada de abstención de querellarse, dando meramente cuenta de su falta de atribuciones (lectura binaria).

En lo que sigue se demostrará que la interpretación correcta es la que corresponde a la lectura que diferencia entre la regla general (facultad de interponer o no una querella) y la situación excepcional (deber de interponer querella). Con tal efecto, primero se ofrecerá antecedentes relativos a la historia fidedigna del establecimiento de la Ley 20.945 y luego serán expuestas las razones sistemáticas que avalan la corrección de la interpretación. Por ahora basta con señalar que la primera lectura incurre en una falacia cuando infiere de la negación del deber del FNE de interponer una querella una prohibición para él de interponerla. Quien no está obligado a realizar una acción está facultado para realizarla o no realizarla, al menos en el sentido más simple de que no le está mandado ni prohibido hacerlo¹⁷.

2. Análisis de la historia fidedigna del establecimiento de la Ley 20.945

Desde la regulación que el mensaje presidencial proponía introducir en el Código Penal hasta la fijación del texto del art. 64 DL 211 por la Comisión Mixta el proyecto de ley que se convirtió en la Ley 20.945 (Boletín N° 9.950-03) siempre confirió a la FNE atribuciones relativas al control del inicio de la

¹⁶ Por cierto, una excepción no es un caso especial de aplicación de una regla. La relación género-especie entre la regla general y la regla excepcional se encuentra en la habilitación legal exclusiva del FNE para interponer la querella: una habilitación de interponerla o no interponerla (regla general) y una habilitación para cumplir el deber de interponerla (regla especial de habilitación y excepción al ejercicio discrecional de la potestad).

¹⁷ Naturalmente, tratándose de un órgano de la Administración del Estado, conforme al art. 7° CPR es necesario que una ley le otorgue la competencia para realizar la acción que no tiene un deber de realizar. Esa competencia es otorgada por los arts. 39-r) y 64 inciso primero DL 211.

investigación penal por el delito de colusión con el fin de que ella no interfiriera con la investigación y el juicio destinados al establecimiento de la responsabilidad contravencional por la colusión como infracción. Con todo, el modo como esa atribución le era conferida varió significativamente durante la tramitación del proyecto.

2.1. Del ejercicio discrecional de la atribución al deber de fundar la decisión de no interponer querella

El mensaje presidencial proponía introducir una norma para sancionar penalmente la colusión en un nuevo art. 286 bis del Código Penal y regular el ejercicio de la acción penal en un nuevo art. 286 quáter, del siguiente tenor:

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

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

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

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

Si no se hubieren proporcionado los antecedentes sobre este delito, la Fiscalía Nacional Económica los solicitará al fiscal del Ministerio Público que tuviere a su cargo el caso, con la sola finalidad de decidir si interpondrá querella.

De rechazarse la solicitud, la Fiscalía Nacional Económica podrá concurrir ante el respectivo juez de garantía, quien decidirá la cuestión mediante resolución fundada.”.

Como se puede observar, en el diseño originario del gobierno, el FNE controlaba el inicio de la investigación penal en la medida en que ello estaba subordinado a la interposición de una querella por su parte. Además el FNE poseía una competencia discrecional para interponerla, ya sea con el respectivo requerimiento ante el TDLC, con posterioridad a éste, o en ausencia de requerimiento. En otras palabras, el mensaje presidencial combinaba el control del ejercicio de la acción penal por la FNE con un

principio discrecional de *simultaneidad o secuencialidad facultativas*, o bien de opción por un único procedimiento.

Aunque el texto legal propuesto por el gobierno en nada limitaba las atribuciones discrecionales del FNE sobre este punto, es interesante observar que el mensaje presidencial asumía una cierta lógica para la persecución penal, conforme a la cual la decisión del FNE de interponer la querrela criminal habría de fundarse en la gravedad del hecho, medida por consideración a sus efectos en los mercados¹⁸.

Esa es, por cierto, la base de la lectura binaria. La presencia de esta idea en el mensaje es demostrativa ya en sus inicios de lo que cabe considerar como el defecto básico de la regulación penal de la colusión introducida por la Ley 20.945, a saber, tipificar la colusión como un delito de resultado cortado y peligro abstracto, lo que es consistente con su consideración como infracción *per se*, y sin embargo asociar el ejercicio de la acción penal a la constatación de un resultado lesivo o un peligro concreto de producción de ese resultado. Ese es un déficit, o bien de la definición del merecimiento de pena del delito de colusión en la ley, o bien de la sinceridad de la política criminal declarada por el gobierno mediante el texto de la ley¹⁹.

¹⁸ “En el caso en que los hechos constitutivos del delito de colusión pudieren ser sancionados por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, el Fiscal Nacional Económico podrá interponer la respectiva querrela y/o presentar requerimiento ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Es decir, corresponderá exclusivamente al Fiscal Nacional Económico decidir en qué casos de eventuales colusiones corresponde perseguir a los infractores por la vía infraccional, criminal o ambas conjuntamente. *La lógica que debiera imperar en estas materias es que en aquellos casos de alto impacto para los mercados*, en que la Fiscalía Nacional Económica reúna evidencia relativa a la existencia de una colusión, valiéndose de las facultades especiales de investigación contempladas en el literal n) del artículo 39 de la Ley de Defensa de la Libre Competencia, o de la información brindada por medio de la delación compensada establecida en el artículo 39 bis del mismo cuerpo normativo, *presente un requerimiento ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en contra de las empresas que se han coludido y, a su vez, una querrela criminal en contra de las personas naturales que han celebrado, implementado, ejecutado u organizado la colusión, a fin de que se sancione a los responsables con la severidad que en derecho corresponda.*” (HL 20.945, p. 8/1001, reiterado por el Informe de la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados en op. cit. p. 61/1001, así como en el Informe de la Comisión de Economía del Senado, op. cit. p. 299/1001).

¹⁹ Cabe señalar que en la Comisión de Economía de la Cámara el diputado Jaime Bellolio propuso restringir el tipo del delito de colusión “a los actos colusorios que afecten la competencia en el mercado relevante” (HL 20.945, p. 111/1001). La sugerencia fue objetada por el Ministro de Economía con las siguientes palabras: “[e]n cuanto a la necesidad de que el acuerdo colusorio produzca un daño efectivo en el mercado para ser sancionado penalmente, trajo a colación lo señalado en su momento para justificar el haber suprimido la exigencia contenida en la ley vigente en orden a que el acuerdo debe conferir poder de mercado a los agentes económicos involucrados, insistiendo en que la gravedad de la conducta la hace merecedora de ser castigada *per se*” (op. cit. p. 112/1001). Los especialistas avalaron la posición del Ministro: Nicole Nehme (p. 152-154/1001) y Juan Pablo Mañalich (p. 158/1001).

La Cámara de Diputados aprobó el proyecto en los términos del mensaje, con variaciones menores²⁰, salvo en lo que respecta a la oportunidad para el ejercicio de la acción penal. Manteniendo intacto el carácter discrecional de la decisión de la FNE de interponer o no querrela criminal (inciso segundo del art. 286 quáter), la Cámara reemplazó el principio de la simultaneidad o secuencialidad facultativas por un principio de *simultaneidad obligatoria* en los siguientes términos (art. 286 quáter inciso tercero):

En caso de que el Fiscal Nacional Económico decida interponer querrela en relación con hechos constitutivos del delito establecido en el artículo 286 bis y presentar requerimiento ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, deberá hacerlo simultáneamente una vez terminada la investigación respectiva.

Curiosamente, la nueva redacción provino de una respuesta a la sugerencia de introducir el principio de la secuencialidad, que fue rechazada incluso por el FNE²¹. La razón para aprobar el principio de la simultaneidad obligatoria fue la consideración del interés en “no dejar en suspenso la posibilidad de querrellarse criminalmente por parte de la fiscalía, evitando la presión que podría generarse en la opinión pública para que ésta ejerza la acción penal”²². Como se ha dicho, aparte de restringir la oportunidad procesal para la interposición de la querrela criminal, la Cámara mantuvo el carácter discrecional del ejercicio de la facultad exclusiva del FNE para dar inicio a la investigación penal.

Durante su tramitación en el Senado el proyecto de ley experimentó dos variaciones significativas, primero en el Segundo Informe de la Comisión de Economía y luego en el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento.

²⁰ HL 20.945, p. 260-263, 275-276/1001.

²¹ La proposición, que provino de una indicación formulada por el diputado Felipe Kast (HL 20.945, p. 49-50, 115-116/1001), recibió la siguiente apreciación de parte del FNE: “El Fiscal Nacional Económico argumentó que las indicaciones parlamentarias en comento tendrían la virtud de evitar los problemas que pueden acarrear los procesos paralelos y de descomprimir el debate público que se produce cuando, una vez terminada una investigación, la FNE acusa penalmente a un cartel. Sin embargo, por otro lado restringirían las posibilidades de combinar las distintas acciones que la fiscalía puede ejercer, contra las empresas y contra las personas naturales involucradas, tanto ante el TDLC como ante la justicia criminal. Otro inconveniente que plantean es el transcurso de un tiempo demasiado prolongado para desarrollar las investigaciones y llevar a cabo los procedimientos ante los órganos jurisdiccionales correspondientes, tanto así que en ambas indicaciones se contempla una norma que suspende o interrumpe el plazo de prescripción de la acción penal por todo el tiempo que duren los procesos ante el TDLC. Por lo demás, esta suspensión truncaría la posibilidad de que el Ministerio Público inicie oportunamente una investigación, con el riesgo de que se pierdan pruebas o sea difícil encontrarlas por haber sido requeridos los imputados antes en sede de libre competencia. En tal sentido, consideró sano hacer coincidir ambos procedimientos cuando la FNE estime que existen antecedentes para acudir al TDLC y al Ministerio Público.” (HL 20.945, p. 116/1001).

²² Intervención del FNE en apoyo de la indicación formulada por la diputada Maya Fernández (HL 20.945, p. 116-117/1001).

La Comisión de Economía del Senado mantuvo la regulación del delito de colusión en el Código Penal y su tipificación²³. Sin embargo, en su Segundo Informe modificó las reglas sobre ejercicio de la acción penal por la FNE introduciendo el principio de la secuencialidad en los siguientes términos:

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

Sólo en caso que los hechos constitutivos del delito establecido en el artículo 286 bis hubiesen sido, mediante sentencia firme y ejecutoriada, sancionados con las medidas contempladas en el artículo 26 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2004, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, de 1973, el Fiscal Nacional Económico podrá interponer la respectiva querrela.

La circunstancia de haberse terminado el procedimiento ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia por requerimiento del Fiscal Nacional Económico, será requisito necesario para que éste pueda interponer querrela en relación con hechos constitutivos del delito establecido en el artículo 286 bis.²⁴

El principio fue propuesto ante la Comisión, ya en su Primer Informe, por la Confederación de la Producción y el Comercio²⁵, el Presidente del TDLC²⁶ y la Sociedad de Fomento Fabril²⁷, y recogido por la indicación 90, del Senador Iván Moreira, quien invocó la finalidad de “evitar que por un mismo hecho los acusados deban defenderse en dos procesos paralelos con distinta tramitación y estándares probatorios y que, eventualmente, puedan culminar con fallos contradictorios”²⁸. Aunque la introducción del principio de la secuencialidad enfrentó reparos de parte del Ministro de Economía²⁹, fue avalada por Eduardo Engel³⁰ y ahora por el FNE³¹. En todo caso, una vez

²³ A excepción del N° 4 del art. 286 bis que se proponía introducir en el Código Penal, que fue modificado acogiendo la indicación 81, de la Presidenta de la República (HL 20.945, p. 434, 479/1001).

²⁴ HL 20.945, p. 493/1001.

²⁵ Representada por Alberto Salas (Presidente) y Cristián Acuña (Presidente de la Comisión de Libre Competencia) (HL 20.945, p. 316-320/1001).

²⁶ Tomás Menchaca, denominando el principio como “prejudicialidad” y sosteniendo que la admisibilidad de procedimientos paralelos daña el sistema institucional chileno (HL 20.945, p. 348-352/1001).

²⁷ Representada por el abogado Ricardo Riesco (HL 20.945, p. 353-361/1001).

²⁸ HL 20.945, p. 482/1001. La misma regla había sido propuesta por la indicación 89, de los Senadores Moreira, Coloma y Larraín, que fue retirada (HL 20.945, p. 482/1001).

²⁹ HL 20.945, p. 483/1001.

³⁰ HL 20.945, p. 482-483/1001.

³¹ HL 20.945, p. 483-484/1001.

cumplida la condición exigida por el principio de secuencialidad, el ejercicio de la atribución del FNE mantuvo su carácter facultativo³².

La discusión del proyecto de ley ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento estuvo precedida por una indicación de la Presidenta de la República, que propuso introducir un nuevo Título V en el DL 211 y regular allí el delito de colusión (art. 61), las reglas sobre determinación de su pena (art. 62) y su régimen de acción penal (art. 63)³³. Las reglas que interesan son las siguientes:

Artículo 61.- El que celebre u ordene celebrar, ejecute, organice o implemente acuerdos que involucren a dos o más competidores entre sí, para fijar precios de venta o de compra de bienes o servicios en uno o más mercados; limitar su producción o provisión; dividir, asignar o repartir zonas o cuotas de mercado; o afectar el resultado de licitaciones realizadas por empresas públicas, privadas prestadoras de servicios públicos, u órganos públicos; cuya existencia haya sido establecida por sentencia definitiva ejecutoriada del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.

(...)

Artículo 63.- Las investigaciones de los hechos señalados en el inciso primero del artículo 61 y en el inciso sexto del artículo 39 bis sólo podrán iniciarse por querella formulada por la Fiscalía Nacional Económica.

(...)

Como salta a la vista, la indicación proponía consagrar el principio de la secuencialidad mediante el establecimiento de una condición objetiva de punibilidad en el art. 61³⁴ y en lo demás mantener el control de la investigación penal en manos del FNE y el carácter facultativo del ejercicio de su atribución de interponer la querella. La Comisión, que había aprobado con anterioridad

³² La eliminación del adverbio “discrecionalmente” en el contexto del inciso segundo no es expresiva de un cambio regulativo en este sentido. La indicación 91, de los senadores Tuma, Navarro y Ossandón, preveía la obligación de presentar querella para el caso en que el FNE solicitare medidas intrusivas en la investigación contravencional (HL 20945, p. 485/1001). La propuesta, que no fue acogida, encontró la oposición del Ministro de Economía: “El señor Ministro de Economía, Fomento y Turismo consideró conveniente que, al subsumir el contenido de la indicación en la propuesta votada precedentemente, se mantenga el carácter discrecional de la decisión de incoar una querella por parte de Fiscal Nacional Económico y no se transforme en una exigencia.” (loc. cit.).

³³ HL 20.945, p. 524-525/1001.

³⁴ Desde un punto de vista gramatical se trataba más bien un elemento del tipo. Pero dado que es imposible considerar ese hecho como circunstancia de la acción y que carece de sentido considerarlo como un resultado objetivo y subjetivamente imputable al autor, sistemáticamente sólo puede ser considerado como condición objetiva de punibilidad. Es importante observar que a diferencia del texto aprobado por la Comisión de Economía del Senado la indicación requería la existencia de una sentencia contravencional y su condición ejecutoriada, pero no suponía su carácter condenatorio. Este es el origen de la fórmula que en definitiva pasó a la ley.

un proyecto de ley iniciado por moción que penalizaba la colusión³⁵, aceptó el principio de secuencialidad aunque discutiéndolo extensamente³⁶.

Ante la Comisión, el Ministro de Economía expuso la indicación como el producto de un acuerdo entre la FNE y el MP³⁷ y ambas instituciones lo respaldaron³⁸. En lo que respecta el carácter facultativo del ejercicio de la acción penal por parte de la FNE, fue justificado atendiendo a dos clases de consideraciones. La primera consiste en afirmar que no toda colusión constitutiva de infracción es por ello sin más merecedora de pena³⁹. Este argumento asume la lógica binaria de la gravedad del hecho asociada al resultado y pone de manifiesto su déficit de racionalidad sistemática. Pues el filtro de relevancia jurídico-penal de la colusión constitutiva de infracción está

³⁵ Boletín 6454-017, que exigía querrela o denuncia de la FNE para el inicio de la investigación penal.

³⁶ HL 20.945, p. 628-679/1001.

³⁷ HL 20.945, p. 632, 637/1001. Con esta caracterización se superaba el inconveniente surgido en la Comisión de Economía, donde el MP manifestó su oposición al control de la acción penal por el FNE (HL 20.945, p. 345-348/1001).

³⁸ HL 20.945, p. 632, 637/1001. Frente a la proposición de suprimir la exigencia de un fallo ejecutoriado del TDLC y dejar simplemente entregado a la FNE el momento oportuno para interponer la querrela, el FNE sostuvo que eso implicaría “ha[cer] recaer toda la presión en el Fiscal Nacional Económico”, por lo que “[e]nfaticó que es partidario que este Tribunal dicte la sentencia respectiva, y luego de que ello ocurra, se abra la posibilidad que el Fiscal Nacional Económico presente una querrela” (HL 20.945, p. 637/1001). El Fiscal Nacional (S) Andrés Montes destacó la importancia de que la FNE “asum[al] un rol activo en lo que es la investigación penal y la persecución del delito de colusión en sede penal, en los casos en que estime plausible perseguir dicho delito” (HL 20.945, p. 635, 651/1001).

³⁹ “[El FNE finalmente, consignó que en primer lugar se produce la investigación en la Fiscalía Nacional Económica, unida a la delación compensada, lo que permite potenciar a esta última. Añadió que se dicta sentencia y surgen dos alternativas, demandar indemnización de perjuicios, y la otra, *en los casos más graves*, seguir un procedimiento penal en la medida que exista una querrela.” (HL 20.945, p. 635/1001) “A continuación, volvió a intervenir el Ministro [del TDLC] señor Vergara, quien planteó que *no toda* sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia debería dar lugar a un proceso penal posterior. Indicó que ello debería ocurrir solo en los *casos más graves*, que importan daños extensos a la población y que fueron cometidos a través de las modalidades más reprobables de colusión.” (HL 20.945, p. 645/1001) “Por su parte, el Honorable Senador señor Larraín notó que comparte la observación planteada por el Ministro señor Vergara, en el sentido que *no toda* sentencia condenatoria debiera dar lugar a la presentación de una querrela de la Fiscalía Nacional Económica, pues ese órgano debería ser capaz de discernir cuáles son los *casos más graves* y accionar solo contra ellos.” (HL 20.945, p. 645/1001) “Por su parte, el Honorable Senador señor Larraín (..) [a]ñadió que la lógica de establecer que la Fiscalía Nacional Económica tendrá el monopolio de la acción penal apunta a que hay casos de prácticas reñidas con la libre competencia que requieren ser enmendadas por medio de una multa, pero *no ameritan* una sanción penal.” (HL 20.945, p. 648/1001) “[El FNE m]anifestó que la Fiscalía Nacional Económica y el Ministerio Público comparten, cada uno en su área de acción, una característica constitutiva básica: ambos son órganos netamente persecutorios. Expresó que ese elemento común les ha permitido conversar sobre este tema, y aunar como criterio básico que la primera parte de la investigación de los carteles debe ser técnica, privativa de la Fiscalía Nacional Económica, y sujeta a las reglas y estándares infraccionales -y no penales- que actualmente se cumplen en el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, y que luego de dictada la sentencia condenatoria, pasen a la instancia penal *los casos más graves*.” (HL 20.945, p. 650/1001)

dado por la tipificación de la colusión como delito (el art. 61 DL 211 propuesto por la indicación presidencial), sin que el resultado de grave afectación de la libre competencia en los mercados sea un elemento del tipo. La segunda consideración consiste en que la prueba suficiente para el juicio contravencional no es necesariamente suficiente también para el juicio penal⁴⁰. Esta es una apreciación más consistente con el carácter facultativo del ejercicio de la atribución del FNE, pues se abre a una variedad de consideraciones que pueden incidir en la adopción de una decisión institucional responsable.

La Comisión aprobó excluir del art. 61 propuesto la condición objetiva de punibilidad para tratarla como una condición de procesabilidad del delito de colusión⁴¹, por lo que el gobierno presentó la siguiente propuesta para el inciso primero del art. 63:

Artículo 63.- Las investigaciones de los hechos señalados en el inciso primero del artículo 61 y en el inciso sexto del artículo 39 bis sólo serán iniciadas por querrela formulada por la Fiscalía Nacional Económica, quien podrá interponerla discrecionalmente una vez que la existencia del acuerdo haya sido establecida por sentencia definitiva condenatoria ejecutoriada del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sin que sea aplicable, para estos efectos, lo dispuesto en el artículo 166 del Código Procesal Penal.⁴²

La asunción del cargo de Fiscal Nacional del MP por Jorge Abbott trajo consigo una nueva controversia en relación con el control de la investigación penal por el FNE⁴³, y el Fiscal Regional Metropolitano Centro Norte, Andrés Montes, se opuso a la propuesta, sugiriendo la posibilidad de que el MP pudiera ejercer la acción penal en caso de omisión de que el FNE no ejerciera su facultad de deducir querrela, ya sea por su propia iniciativa o impetrande alguna medida para revisar la decisión del FNE. En este punto advirtió la posibilidad de

⁴⁰ Tácitamente, el Fiscal Nacional (S), Andrés Montes: “[E]l Fiscal Nacional Económico tiene la facultad de presentar querrela, con lo cual dicha Fiscalía asume un rol activo en lo que es la investigación penal y la persecución del delito de colusión en sede penal, *en los casos que estime plausible perseguir* dicho delito.” (HL 20.945, p. 635/1001). Explícitamente el senador Harboe, haciéndose cargo de la tesis de que el fallo de TDLC hacía innecesaria la decisión de la FNE acerca de deducir o no una querrela: “Seguidamente, intervino el Honorable Senador señor Harboe, quien expresó que este asunto es de suyo complejo, porque por muy acreditado que quede en la sentencia firme del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que un acto colusivo tuvo lugar, esa conclusión surge de un proceso que tiene reglas distintas a las que dan lugar a una condena en sede penal. Sobre este punto, observó que muchas de las pruebas recopiladas en ejercicio de facultades legales de la Fiscalía Nacional Económica no son necesariamente compatibles con las que tiene el Ministerio Público.” (HL 20.945, p. 645/1001) Advirtiendo la dificultad, el FNE “indicó que incluso en los casos en que se opte por ejercer la acción penal, la labor del Ministerio Público va a ser difícil, porque los antecedentes que se utilizaron en sede administrativa para la sentencia infraccional previa no son automáticamente replicables en el proceso posterior, ni necesariamente cumplen sus estándares.” (HL 20.945, p. 650/1001)

⁴¹ HL 20.945, p. 647-649/1001.

⁴² HL 20.945, p. 669-670/1001.

⁴³ HL 20.945, p. 650/1001.

discutirse en la Comisión “algunos criterios generales que permitan identificar qué casos ameritan la persecución penal y cuáles no”⁴⁴. Esta sugerencia fue recibida con escepticismo por el FNE, observando “que hay que dilucidar cuál es el mecanismo preciso para pasar de un tipo de proceso judicial al otro, lo que en principio no parece que pueda ser abordado por unos criterios generales que queden predeterminados en la ley, pues es imposible que esos baremos contengan todas las características relevantes de todos los casos posibles que hagan aconsejable seguir la persecución penal o limitar el asunto a la imposición de multas”⁴⁵. La posición del FNE fue compartida por el Ministro de Economía, quien señaló que “a juicio del Gobierno, el órgano persecutor económico está en la mejor posición para dilucidar qué casos ameritan una persecución criminal posterior y cuáles quedan suficientemente resueltos en el ámbito infraccional, en vista de la gravedad de la situación, de las posibilidad de lograr una sentencia condenatoria y, sobre todo, ante la necesidad de generar para todos los actores económicos señales claras de qué cosas no se pueden hacer en materia de libre competencia, al punto que el infractor arriesga una persecución segura hasta las últimas consecuencias”⁴⁶. Estas dos últimas intervenciones se avienen con una lógica diferenciada, pues asumen que hay multiplicidad de razones que inciden en la decisión responsable de interponer o no una querrela. La idea de que una norma legal simple no podría regular de manera cabal y satisfactoria la variedad de criterios

⁴⁴ HL 20.945, p. 670/1001.

⁴⁵ HL 20.945, p. 670/1001. Sobre el punto se extendió en los siguientes términos: “Indicó que la experiencia muestra una larga lista de casos anticompetitivos graves que, por su lógica interna, se prestan mucho mejor para aplicarles una sanción económica, tanto desde el punto de vista infraccional como indemnizatorio, y que en cambio no parece recomendable una persecución penal que pueda resultar efectiva o que brinde resultados retributivos y preventivos apropiados. / Recalcó que también hay que tener en vista las infracciones que cometen actores económicos que son menos relevantes en términos de tamaño, en las que se plantea de lleno el tema de la proporcionalidad de la sanción que aplica el Estado; o cuando se trata de acuerdos torpes que no se materializan completamente, respecto de los cuales se configura claramente el tipo infraccional de cartel, pero puede no justificar una sanción penal. / Señaló que partiendo de este escenario, el único camino para resolver este asunto es establecer un mecanismo que se active automáticamente cuando se configure un concepto que necesariamente será indeterminado -como la gravedad de la conducta concreta-, o crear una regla segura que le entregue al órgano persecución económico la llave para aquilatar con los antecedentes concretos del caso si procede la persecución penal o no. / Añadió que el derecho comparado también está lleno de malas experiencias en estas materia, en las que se arregló una situación de convivencia forzosa entre la persecución infraccional y penal, que terminó con órganos públicos distintos que se echaban mutuamente la culpa por no poder resolver los casos que se presentaban de forma adecuada. / Finalmente, afirmó que la opción que adopta el proyecto -que es entregarle la atribución discrecional a la Fiscalía Nacional Económica para iniciar la acción penal- también importa un peso institucional relevante, y obliga a la institución que dirige a desarrollar criterios para dilucidar cuando se sigue la persecución criminal y cuando no, pues la experiencia internacional también indica que juega un rol fundamental a la hora de disuadir conductas colusivas la percepción que tengan los actores económicos de que ante infracciones de cierta envergadura, arriesgan una pena corporal segura. (HL 20.945, p. 670-671/1001).

⁴⁶ HL 672/1001.

relevantes para orientar a la FNE en su decisión fue afirmada expresamente por el FNE⁴⁷. La misma idea fue respaldada por el Ministro de Economía⁴⁸.

Acogiendo una sugerencia del Senador De Urresti, en orden a obligar al FNE a fundar la decisión de no interponer una querrela⁴⁹ el Ministerio de Economía propuso a la Comisión dos opciones de redacción del art. 63 (64 del DL 211):

Alternativa 1 ⁵⁰	Alternativa 2 ⁵¹
<p>Artículo 63.- Las investigaciones de los hechos señalados en el inciso primero del artículo 61 sólo podrán iniciarse por querrela formulada por la Fiscalía Nacional Económica, quien podrá interponerla discrecionalmente 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 será aplicable lo dispuesto en el artículo 166 del Código Procesal Penal.</p>	<p>Artículo 63.- Las investigaciones de los hechos señalados en el inciso primero del artículo 61 sólo podrán iniciarse de oficio por el Fiscal Regional que designe el Fiscal Nacional del Ministerio Público 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 querrela alguna, salvo lo dispuesto en la letra r) del artículo 39. Para estos efectos, no se aplicará lo dispuesto en el artículo 166 del Código Procesal Penal.</p>

⁴⁷ “[E]n estos casos el peso de los hechos se impone, porque la evidencia demuestra que sin delación compensada asegurada no hay procesos infraccionales exitosos, y sin procesos infraccionales exitosos no se terminan los carteles que operan en la economía, que son la principal fuente de perjuicio para los consumidores. Explicó que esta misma lógica opera en el capítulo de salidas alternativas del proceso penal, que deja disponible fórmulas prácticas que no importan necesariamente una sanción efectiva, pero que sí logran el objetivo principal, que es darle una solución plausible a un conflicto. / Manifestó que si se parte de la perspectiva anterior [i.e. necesidad de procesos exitosos], se impone necesariamente la obligación de establecer un punto donde se pueda apreciar discrecionalmente la necesidad de iniciar una persecución criminal o contentarse sólo con el castigo pecuniario, en vista de las circunstancias de cada caso y del perjuicio global involucrado. Y ese punto implica que el Fiscal Nacional Económico decida si interpone o no la querrela correspondiente, porque todo indica que esa autoridad es la que está en mejor condición para tomar esta decisión.” (HL 20.945. p. 673/1001).

⁴⁸ “A continuación, intervino el señor Ministro de Economía, quien indicó que detrás de esta decisión se deberían considerar tres principios que informan a los sistemas de defensa de la libre competencia. Por un lado, que los actores económicos tengan la percepción que el sistema es capaz de detectar las infracciones aunque no haya cooperación de su parte. En segundo lugar, que se perciba que el infractor que colabore con la investigación, delate a los demás partícipes del acuerdo, y cese en su práctica, será protegido. Y, en tercer lugar, que todos entiendan que está en juego la aplicación de penas drásticas. / Explicó que la tercera idea importa no solo la certeza de que tendrá lugar un procedimiento judicial para buscar la imposición de una sanción, sino que los tribunales impondrán efectivamente una sanción drástica. Aseveró que la evidencia actual indica que la institución que está en mejor condición para seleccionar los casos en que la sanción drástica tendrá lugar es la Fiscalía Nacional Económica, y ello justifica, al final de cuentas, la opción del Ejecutivo.” (HL 20.945. p. 674/1001).

⁴⁹ HL 20.945. p. 673/1001. El senador De Urresti observó con razón que los fundamentos de la decisión de interponer la querrela se entienden suficientemente expresados en la querrela misma.

⁵⁰ HL 20.945, p. 674-675/1001.

⁵¹ HL 20.945, p. 675/1001.

<p>El Fiscal Nacional Económico deberá emitir una decisión motivada en caso que, habiéndose cumplido los requisitos establecidos en el inciso anterior, decidiere no interponer querrela por los hechos señalados en el inciso primero del artículo 61. (...)</p>	<p>Con todo, el Fiscal Regional del Ministerio Público podrá no iniciar la investigación cuando se tratare de hechos que no comprometieren gravemente la libre competencia en los mercados. Para estos efectos, el Fiscal Regional deberá emitir una decisión motivada, la que someterá a aprobación del Juez de Garantía. (...)</p>
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Aquí se encuentran los orígenes de la redacción definitiva del art. 64 DL 211. Como es evidente, la Alternativa 1 consagraba la regla básica de la lectura diferenciada, consistente en otorgar al FNE la facultad de interponer o no interponer querrela, debiendo fundar sólo la decisión de omitir interponerla. La redacción del inciso primero y el inciso segundo es estructuralmente idéntica a la actual redacción de los incisos primero y tercero del art. 64 DL 211. Por su parte, la Alternativa 2 consagraba -para el MP- una regla equivalente a la lectura binaria, pero invertida, esto es, en una formulación negativa: sometía por regla general al MP al principio de legalidad (“iniciarse de oficio”) y excepcionalmente lo autorizaba para omitir interponer la querrela en caso de “hechos que no comprometieren gravemente la libre competencia en los mercados”. Salvo por la estructura negativa de la regla, se trata de la expresión legal que pasó a formar parte del inciso segundo del art. 64 DL 211 más adelante en la tramitación del proyecto.

La redacción de las alternativas fue hecha con la participación de la FNE y el MP. El MP favorecía la Alternativa 2⁵². La FNE favoreció la Alternativa 1 y el Ministerio de Economía la apoyó⁵³. Los miembros de la Comisión manifestaron mayoritariamente su preferencia por la Alternativa 1. El Senador Harboe, porque consideró que la apreciación de la gravedad de la colusión requería una competencia técnica de la que el MP carecía⁵⁴. El Senador Larraín, porque consideró que la injerencia de un ente externo -el MP- podía poner en peligro el éxito de la labor de la FNE⁵⁵. El Senador Prokurika, porque consideró que era más promisorio el desempeño de la FNE que del MP⁵⁶. La Comisión aprobó por unanimidad la Alternativa 1, eliminando el adverbio “discrecionalmente” y sustituyendo el adjetivo “motivada” por “fundada”⁵⁷. La regulación propuesta por la Comisión de Constitución fue aprobada, como arts. 62 (crimen), 64 (acción penal) y 65 (prescripción de la

⁵² HL 20.945, p. 676/1001.

⁵³ HL 20.945, p. 676-677/1001.

⁵⁴ HL 20.945, p. 677/1001.

⁵⁵ HL 20.945, p. 677/1001.

⁵⁶ HL 20.945, p. 678/1001.

⁵⁷ HL 20.945, p. 678, 679/1001.

acción penal) por el Senado⁵⁸. El sentido de la nueva regulación queda bien expresado por la intervención del senador De Urresti al fundar su voto favorable:

“[L]a formulación alcanzada fue la mejor solución posible que se obtuvo después de un arduo trabajo conjunto entre la Fiscalía Nacional Económica y el Ministerio Público. Expresó que el texto aprobado pone especial énfasis en la especialización institucional de ambos órganos prosecutors, y establece la responsabilidad del Fiscal Nacional Económico para iniciar la acción penal correspondiente, cuando existan los antecedentes que lo justifiquen, o en su defecto el deber de justificar por qué no se iniciaron las acciones penales correspondientes.”⁵⁹

2.2. Del ejercicio fundado de la facultad al ejercicio obligatorio en casos graves de colusión

En la discusión ante la Cámara de Diputados del proyecto aprobado por el Senado, el Ministro de Economía defendió el principio de la secuencialidad y la facultad del FNE de interponer o no querrela con posterioridad a la sentencia ejecutoriada del TDLC⁶⁰, pero declaró la disposición del gobierno “a clarificar y a hacer las precisiones que se requieran, en las instancias que correspondan, en la eventualidad de que la Cámara de Diputados así lo decidiera”⁶¹. La Cámara acogió la propuesta y no aprobó el art. 64 que se proponía introducir en el DL 211⁶².

Al iniciarse la discusión en la Comisión Mixta, el Ministro de Economía explicó una vez más el proyecto aprobado por el Senado con las siguientes palabras:

[R]ecordó que también la Cámara de Diputados discutió a fondo los criterios que se debían tener en cuenta para que una causa sea traspasada desde la judicatura que persigue los atentados a la libre competencia al sistema de persecución penal. Señaló

⁵⁸ HL 20.945, p. 780-782/1001.

⁵⁹ HL 20.945, p. 679/1001.

⁶⁰ “El diseño institucional aprobado en el Senado, y que hoy hemos venido a presentar a la Cámara, tiene tres elementos esenciales. / En primer lugar, la secuencialidad. El proyecto propone que la acción penal sea ejercida a través de una querrela formulada por la Fiscalía Nacional Económica, que solo podrá interponerla en la medida en que exista una sentencia condenatoria firme del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. (...) / En segundo lugar, la discrecionalidad en el inicio de la acción penal, que obedece a una lógica: no todos los casos deben terminar en sede penal. Considerando que para estos casos existen penas de cárcel efectivas de al menos un año, los acuerdos de muy breve duración, como entre un par de ferreterías de una ciudad, no necesariamente van a ser llevados a sede penal, a diferencia de los casos que revistan mayor gravedad. / Esto es muy lógico, puesto que el Ministerio Público tiene la facultad de ejercer el principio de oportunidad para no iniciar la persecución penal cuando se trate de un hecho que no compromete gravemente el interés público. / (...)” (HL 20.945, p. 803/1001).

⁶¹ HL 20.945, p. 804/1001.

⁶² Rechazándolo por 67 votos contra 39 votos a favor (HL 20.945, p. 833/1001).

que en este aspecto no hay posturas absolutas, y es posible que en definitiva la ley opte por uno u otro criterio. Con todo, puntualizó, que la experiencia ha demostrado que hay que tener cuidado con la implementación de mecanismos que supongan toma de decisiones por órganos distintos e independientes entre sí, porque la complejidad de estos casos impone la necesidad de una colaboración permanente entre instituciones para que los procesos penales terminen con una sentencia condenatoria. Explicó que es muy importante no crear falsas expectativas en la ciudadanía, porque aunque en principio todas las condenas del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia podrían ser llevadas al juicio oral, en la práctica el Ministerio Público siempre requerirá el apoyo decidido de la Fiscalía Nacional Económica para sostener su acción. Probablemente, agregó, la práctica demostrará que algunos casos no reúnen todos elementos para considerarlos relevantes o no cumplen con los requisitos para sostener una pretensión penal con posibilidades reales de éxito.

Indicó que aunque en principio el Gobierno se inclina por el texto despachado por el Senado, está dispuesto a perfeccionar dicha disposición con una regla que establezca la necesidad de la persecución penal para aquellos casos que comprometan gravemente la competencia en el mercado.⁶³

El diputado Espejo identificó una inconsistencia en este planteamiento⁶⁴, pero el resto de los miembros de la Comisión se limitó a discutir si convenía o no establecer la interposición imperativa para casos graves y la idoneidad de la FNE o el MP para apreciar la gravedad en cada caso concreto⁶⁵.

El Fiscal Nacional del MP hizo llegar a la Comisión un oficio por el cual insistía en disociar el principio de la secuencialidad del control discrecional de la acción penal por la FNE. A su juicio, la única justificación racional de la querrela por parte de la FNE es asegurar su vinculación al proceso penal como compensación de los efectos de la secuencialidad. Con todo, el MP reconoció la relevancia de la cuestión planteada por el tratamiento de las “colusiones de bagatela” y para eso ofreció dos soluciones alternativas. La primera solución

⁶³ HL 20.945, p. 838/1001.

⁶⁴ “A continuación, hizo uso de la palabra el Honorable Diputado señor Espejo, quien manifestó que en la discusión habida en el primer trámite constitucional se tuvo muy en cuenta los problemas de coordinación que pueden surgir en un esquema de persecución, en que intervienen dos agencias públicas que son independientes entre sí. En esa línea, indicó que la idea de secuencialidad que acordó el Senado es razonable, porque da una respuesta adecuada al requerimiento de coordinación antes señalado, y es una buena solución para proteger el mecanismo de la delación compensada. / Con todo, expresó que de la idea de secuencialidad no se sigue, necesariamente, que se tenga que establecer la regla que el ejercicio de la acción penal pública sea una atribución exclusiva y excluyente de la Fiscalía Nacional Económica. Indicó que el Ministerio Público tiene las competencias necesarias para evaluar si en un caso concreto hay suficientes antecedentes para emprender la acción penal pública con éxito, o desestimar esta vía y contentarse con la sanción establecida por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. / Planteó que la fórmula bosquejada por el Ministro de Economía contiene los mismos elementos híbridos que fueron considerados inadecuados, porque mantiene la discrecionalidad del ejercicio de la acción en un organismo que no es el llamado por la Carta Fundamental a sostenerla, e impone un criterio de querrela obligatoria en ciertos casos, aunque no existan los antecedentes necesarios para sostener con éxito una pretensión penal.” (HL 20.945, p. 838/1001).

⁶⁵ HL 20.945, p. 838, 843/1001.

consistía en establecer la acción penal pública a cargo del MP con intervención forzosa de la FNE y una norma de suspensión condicional para colusiones menos graves⁶⁶. La segunda solución consistía en establecer la acción penal pública a cargo del MP con intervención forzosa de la FNE y una norma restrictiva del tipo penal a colusiones graves⁶⁷. Frente a esa propuesta del MP, el Ministro de Economía presentó a la Comisión el siguiente texto:

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

El Fiscal Nacional Económico deberá interponer querrela en aquellos casos en que se tratare de hechos que comprometieren gravemente la libre competencia en los mercados.

El Fiscal Nacional Económico deberá emitir una decisión fundada en caso que, habiéndose cumplido los requisitos establecidos en el inciso primero, decidiere no interponer querrela por los hechos señalados en el inciso primero del artículo 62.

(...)

⁶⁶ Nuevos incisos penúltimo y último del artículo 62: “Sin perjuicio de lo consignado en los incisos precedentes, el Ministerio Público podrá aplicar la suspensión condicional del procedimiento, cuando la pena que pudiere imponerse al imputado no excediere de presidio menor en su grado máximo y el acuerdo ilícito no hubiere afectado gravemente a los mercados”. / “Para estos efectos, el Fiscal del Ministerio Público deberá contemplar como condición necesaria, al menos, aquella dispuesta en la letra e) del artículo 238 del Código Procesal Penal. Al mismo tiempo, podrá contemplarse en dicho acuerdo la obligación de implementar programas de cumplimiento de las normas de libre competencia, los que deberán ser visados por la Fiscalía Nacional Económica y otras medidas que tiendan a evitar riesgos futuros de un comportamiento empresarial que no se ajuste a las normas que protegen la libre competencia. Finalmente, podrán imponerse otras medidas tendientes a la reparación de los consumidores”. / Nuevo artículo 64 inciso primero: / “Artículo 64.- Las investigaciones de los hechos señalados en el inciso primero del artículo 62 solo se podrán iniciar una vez que la existencia del acuerdo haya sido establecida por sentencia definitiva ejecutoriada del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de oficio por el Ministerio Público o por querrela formulada por la Fiscalía Nacional Económica, la que deberá interponerla sin que sea admisible denuncia o cualquier otra querrela”. (HL 20.945, p. 841-842/1001)

⁶⁷ Nuevos incisos primero y segundo, del artículo 62 del proyecto de Ley: “Artículo 62- El que celebre u ordene celebrar, ejecute u organice un acuerdo que involucre a dos o más competidores entre sí, para fijar precios de venta o de compra de bienes o servicios de primera necesidad en uno o más mercados; limitar su producción o provisión; dividir, asignar o repartir zonas o cuotas de mercado; o afectar el resultado de licitaciones realizadas por empresas públicas, privadas prestadoras de servicios públicos, u órganos públicos, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo. / Para efectos de lo dispuesto en el inciso anterior, se entenderán como bienes v servicios de primera necesidad aquellos que inciden en la salud, alimentación, educación, comunicaciones v transporte de la población.” / Nuevo inciso primero del artículo 64 del proyecto: / “Artículo 64.- Las investigaciones de los hechos señalados en el inciso primero del artículo 62 solo se podrán iniciar una vez que la existencia del acuerdo haya sido establecida por sentencia definitiva ejecutoriada del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de oficio por el Ministerio Público o por querrela formulada por la Fiscalía Nacional Económica, la que deberá interponerla sin que sea admisible denuncia o cualquier otra querrela”. (HL 20.945, p. 842/1001).

Como resulta evidente, este es el texto que terminó incorporándose a la Ley 20.945. Es el texto aprobado por el Senado con un nuevo inciso segundo, que recoge la fórmula de la Alternativa 2 sugerida en su oportunidad por el MP a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, pero invirtiéndola como supuesto (positivo) que hace imperativa la interposición de la querrela. La justificación de esta regulación que dio el Ministro fue la siguiente:

En relación con esta materia, recordó que el Gobierno ha propuesto que la titularidad de la acción penal para perseguir el delito de colusión esté radicada en la Fiscalía Nacional Económica (FNE) a través de una querrela criminal que se interpondrá una vez que exista sentencia condenatoria firme del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), en el procedimiento infraccional previo en que se persiguen atentados a la Ley de Defensa de la Libre Competencia. Agregó que la FNE tendrá el deber de querellarse cuando se comprometa gravemente la libre competencia en los mercados.

Puntualizó que en los demás casos, la FNE podrá querellarse sin tener la obligación de hacerlo, pero si opta por una actitud pasiva, deberá emitir una decisión fundada en que dará cuenta de las razones por las que no presentó querrela. A su vez, la decisión, en uno u otro sentido, deberá tener lugar a más tardar en el plazo de seis meses contado desde que se encuentre ejecutoriada la sentencia definitiva pronunciada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.⁶⁸

Tal como se puede apreciar, la concepción que el Ministro tiene de la regulación corresponde íntegramente a la lectura diferenciada: el FNE puede interponer o no la querrela cuando no hay grave compromiso de la libre competencia, estando obligado fundar la decisión de no hacerlo, y debe interponerla si hay compromiso grave de la libre competencia.

⁶⁸ HL 20.945, p. 844/1001. Aunque no puede desconocerse que la oposición binaria entre hecho grave y hecho menos grave, atendido el efecto sobre la libre competencia, siguió siendo la consideración más importante en la concepción del Ministro, su intervención final ante la Comisión Mixta mantuvo la idea de la variedad de elementos que deben ser considerados para decidir acerca de la interposición de la querrela: “[E]l señor Ministro de Economía reiteró que el mejor mecanismo en este caso es que la decisión sobre la persecución penal quede en manos de quien esté en mejores condiciones para tomarla. En esa línea, recordó que las circunstancias que rodean los atentados a la libre competencia son de una complejidad relevante, e indudablemente el órgano que está más capacitado para analizarlos y formarse un juicio completo es la Fiscalía Nacional Económica. / Manifestó que es muy relevante para el nuevo sistema que las causas penales que se inicien terminen en sentencias condenatorias, con carteles desbaratados y responsables detenidos, y no en procesos que no concluyan en nada o respecto de los cuales se absuelve a los acusados, pues ello van en directo detrimento del efecto disuasivo que pretende la institucionalidad económica en esta materia. (...)” (HL 20.945, p. 847/1001). Estas consideraciones explicitan la idea afirmada por el Ministro al inicio del debate en la Comisión Mixta en el sentido de que puede haber casos que “no cumplen con los requisitos para sostener una pretensión penal con posibilidades reales de éxito” (*supra*, nota 63).

La Comisión aprobó el texto propuesto por el Ministro de Economía⁶⁹ y su propuesta fue aprobada por la Cámara de Diputados⁷⁰ -a pesar de la oposición del diputado Espejo- y por el Senado⁷¹.

2.3. Balance del examen de la historia fidedigna del establecimiento de la Ley 20.945

El examen de la historia fidedigna del art. 64 conduce a la conclusión de que el texto de la ley es el resultado de un proceso más bien de acumulación de ideas regulativas que de articulación reflexiva de un diseño sistemático.

A la idea originaria del control exclusivo de la investigación penal por la FNE, que es la única regla del mensaje sobre la materia y que se mantuvo inalterada durante toda la tramitación, pese a la oposición reiterada del MP, se sumaron otras tres ideas regulativas: (i) el principio de secuencialidad, introducido por la Comisión de Economía del Senado en sustitución del principio de simultaneidad obligatoria que había sido introducido por la Cámara de Diputados, (ii) la obligación del FNE de fundar la decisión de no interponer querrela, introducida por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado y (iii) el deber del FNE de interponer querrela en los casos en que los hechos comprometieren gravemente la libre competencia en los mercados, introducido por la Comisión Mixta de diputados y senadores. Las tres ideas adicionales obedecieron a indicaciones del gobierno. La primera contó con el apoyo del Presidente del TDLC y del FNE, y las otras dos presiguieron como objetivo neutralizar la resonancia que tuvieron las críticas del MP al proyecto.

La característica más notable de la discusión del Congreso es la relativa insignificancia asignada a la tipificación del delito de colusión como filtro formal de la relevancia jurídico-penal de la colusión. Salvo por contadas excepciones, el discurso del Ministro de Economía y del FNE y las intervenciones de los diputados y senadores giraron sobre el supuesto de que la colusión constitutiva de infracción -esto es, aquella cuya existencia se encuentra acreditada en una sentencia ejecutoriada del TDLC- no es merecedora o necesitada de pena sin más, sino que esta constatación requiere un análisis concreto y que el órgano mejor calificado para constatarlo es la FNE. Esta premisa, que se expresó en las dos obligaciones impuestas al FNE en relación con el ejercicio de su atribución de interponer una querrela, se

⁶⁹ HL 20.945, p. 848/1001.

⁷⁰ HL 20.945, p. 870/1001.

⁷¹ Por 25 votos a favor y 2 en contra (HL 20.945, p. 898/1001).

encuentra en tensión con la decisión del legislador de tipificar la conducta como crimen, además la infracción administrativa.

La manera sistemáticamente correcta de manejar esa tensión es entender que el deber de interponer la querrella refuerza el programa punitivo del legislador expresado en el art. 62 DL 211, restringiendo la facultad del FNE de no presentar querrella. La alternativa, es decir, entender *a contrario sensu* que lo restringe o condiciona, implica relativizar la penalización de la colusión por la Ley 20.945 de un modo que carece de fundamento en la norma que tipifica y sanciona penalmente el delito.

3. *La regla general: la facultad de interponer o no interponer querrella*

El art. 39-r) DL 211, introducido también por la Ley 20.945, dispone que es atribución y eventualmente deber del FNE interponer querrella criminal por los delitos establecidos en el artículo 62 y en el inciso sexto del artículo 39 bis⁷². El inciso primero del art. 64 DL 211 sujeta la atribución conferida por el art. 39-r a la condición de la existencia del acuerdo colusorio haya sido establecida por sentencia definitiva ejecutoriada del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (principio de la secuencialidad).

Al mismo tiempo, el art. 64 inciso primero hace de la interposición de la querrella por el FNE la condición de procesabilidad del delito de colusión disponiendo: (i) que las investigaciones de los hechos consitutivos de ese delito -los señalados en el inciso primero del artículo 62- sólo podrán ser iniciadas por querrella formulada por el FNE, (ii) que no es admisible denuncia o cualquier otra querrella respecto de ese delito, y (iii) que para estos efectos no es aplicable lo dispuesto en el artículo 166 del Código Procesal Penal⁷³.

En consecuencia, conforme a lo dispuesto por la Ley 20.945, cada vez que una sentencia ejecutoriada del TDLC establece la existencia de un acuerdo colusorio, la FNE debe constatar la subsumibilidad de los hechos respectivos -que son constitutivos de la infracción de colusión bajo el art. 3° DL 211- bajo el supuesto de hecho del art. 62 DL 211. Si los hechos son constitutivos del delito de colusión conforme a esa disposición, el FNE tiene competencia para interponer una querrella criminal por esos hechos. Conforme al inciso primero

⁷² El inciso sexto del art. 39 bis, introducido asimismo por la Ley 20.945 sanciona con pena de presidio menor en su grado máximo a “quien alegue la existencia de la conducta prevista en la letra a) del artículo 3°, fundado a sabiendas en antecedentes falsos o fraudulentos con el propósito de perjudicar a otros agentes económicos acogiéndose a los beneficios de este artículo”.

⁷³ El inciso segundo del art. 166 CPP obliga al MP a promover la persecución penal cuando tome conocimiento de la existencia de un hecho que revistiere caracteres de delito, sin que pueda suspender, interrumpir o hacer cesar su curso, salvo en los casos previstos en la ley.

del art. 64 DL 211, en el ejercicio de esa competencia el FNE no está sometido al principio de legalidad que pesa sobre el MP conforme al art. 166 inciso segundo CPP. Por regla general, cumplida la condición requerida por el principio de secuencialidad, la ley simplemente lo habilita -más bien, le otorga la habilitación exclusiva- para interponer una querella.

La decisión del FNE de no interponer querella a pesar de cumplirse la condición requerida por el principio de secuencialidad, no está sometida a procedimiento alguno de control de validez *ex ante* o *ex post* administrativo o judicial. Con todo, el inciso tercero del art. 64 impone al FNE el deber de emitir una decisión fundada. La fundamentación de esta decisión se sujeta a dos órdenes de consideraciones⁷⁴:

(i) necesariamente, debe exponer las razones que justifican la apreciación del FNE de que no está bajo el deber de interponer la querella en el caso concreto, esto es, que el acuerdo cuya existencia fue establecida en la sentencia ejecutoriada del TDLC no corresponde a hechos que comprometan gravemente la libre competencia en los mercados;

(ii) contingentemente, puede tomar en consideración una amplia variedad de razones, desde la ausencia de gravedad del hecho en un sentido semejante pero no idéntico al grave compromiso de la libre competencia, hasta la evaluación de la insuficiencia de la prueba disponible y de producción probable relativa al hecho punible y a la responsabilidad de personas naturales bajo los estándares del proceso penal.

El espíritu de la ley, claramente manifestado en la historia fidedigna de su establecimiento, consiste en orientar la persecución penal a los casos más graves de colusión y para eso utiliza dos criterios. El primero es la relevancia formal de la colusión conforme al supuesto de hecho configurado por el inciso primero del artículo 62 del Decreto Ley 211, cuyo supuesto de hecho es manifiestamente más estrecho que el supuesto de hecho del inciso primero del art. 3° DL 211 y de la letra a) de su inciso segundo⁷⁵.

⁷⁴ Estos dos órdenes presuponen que se encuentre cumplida la condición del inciso primero del art. 64. La constatación de la concurrencia de los presupuestos legales que habilitan al FNE para interponer una querella es, por supuesto, el primer orden de las consideraciones que éste puede hacer valer para justificar la decisión de no interponer una querella.

⁷⁵ Los casos de discordancia lingüística entre la formulación de la norma punitiva en el art. 62 y la formulación de la norma de comportamiento del art. 3° deben interpretarse bajo el principio sistemático de la fragmentariedad de la punibilidad de la infracción administrativa. Es decir, debe asumirse como principio sistemático de interpretación que ningún hecho puede ser considerado como un caso subsumible en el supuesto de hecho del art. 63 si no lo es también en el supuesto de hecho del art. 3°-a).

El segundo criterio es la relevancia material de la colusión atendido el grave compromiso de la libre competencia en los mercados. Por esta razón la falta de relevancia material en un sentido equiparable a la ausencia de compromiso grave de la libre competencia puede ser una consideración suficiente para justificar la decisión de no interponer una querella. Por ejemplo, es posible que un hecho no satisfaga todos los requisitos que la FNE estime copulativamente constitutivos de compromiso grave para la libre competencia. La cuestión de si los demás requisitos se encuentran o no satisfechos, y en qué medida, podrá resultar entonces relevante para justificar la decisión de deducir o no la querella.

En todo caso, la existencia de un grave compromiso de la libre competencia en los mercados no es una condición necesaria para interponer querella. Las condiciones necesarias para su interposición son las establecidas en el inciso primero del artículo 64 del Decreto Ley 211 y dentro de ellas se encuentra sólo la relevancia formal de la colusión como delito. Por esta razón, la ausencia de grave compromiso de la libre competencia no es una razón que impida al Fiscal Nacional Económico deducir la respectiva querella. La decisión del FNE de deducir querella se funda simplemente en su habilitación conforme al art. 64 inciso primero. En lo demás, la querella debe ser fundada por el FNE del modo señalado por el art. 113 CPP y queda sujeta a control de admisibilidad por el juez de garantía conforme al art. 114 CPP.

El hecho de que el FNE esté sujeto al deber de fundar su decisión de omitir la deducción de querella genera un escenario institucional en el cual pasa a ser relevante la identificación de los distintos criterios contingentemente relacionados con esa decisión. Dada la condición binaria de esta decisión institucional -deducir o no deducir querella- el repertorio de criterios puede ser formulado de modo positivo o negativo. La formulación negativa, es decir, como razones para no deducir querella, es la que se aviene más simplemente con la posible fundamentación del FNE. Pero la formulación positiva es igualmente pertinente. Formulados de modo positivo, es decir, como razones para deducir querella, la no concurrencia de las circunstancias sobre las que esas razones se basan deviene en un criterio justificativo de la decisión fundada de omitir la deducción.

4. La regla especial: el deber de interponer querella

El inciso segundo del art. 64 DL 211 establece que el FNE debe interponer querella en aquellos casos en que se tratare de hechos que comprometieren gravemente la libre competencia en los mercados. Esta regla explícita la consideración que desde el punto de vista de la representación del legislador

es la más relevante para justificar la interposición de una querrela, y le asigna el peso de una razón que excluye las eventuales consideraciones opuestas, confiriéndole el carácter de un imperativo legal. Las principales interrogantes que plantea esta norma son dos.

En primer lugar, se plantea la cuestión de cómo debe interpretarse la expresión legal “comprometer gravemente la libre competencia en los mercados”. Independientemente de los criterios fácticos que quepa asociar copulativa o alternativamente a la gravedad de la afectación de la libre competencia, desde un punto de vista sistemático la principal duda interpretativa consiste en resolver si por “comprometer” debe entenderse solamente el hecho de producir un resultado lesivo de la libre competencia o también el hecho de generar un peligro de producir ese resultado.

Conforme a un criterio interpretativo lingüístico es posible atribuirle también el sentido de referirse a la puesta en peligro de la libre competencia, ya que la segunda acepción de la palabra “comprometer” según el Diccionario de la Lengua Española es “poner en riesgo a alguien o algo en una acción o caso aventurado”.

Conforme a un criterio sistemático la corrección de la interpretación lingüística depende de cómo se interprete la norma que tipifica el delito de colusión. Si se lo interpreta como un delito de peligro abstracto, entonces también puede justificarse la interpretación antedicha de la expresión “comprometer”, en la medida que la constatación de un peligro concreto o al menos de un peligro hipotético rebasa materialmente el umbral requerido por el tipo para la subsunción del comportamiento en el supuesto de hecho.

Con todo, como se pudo apreciar en las secciones 2.1 y 2.2, la consideración de la historia fidedigna del establecimiento de la Ley 20.945 apoya una interpretación más restrictiva, consistente en requerir la producción de un resultado lesivo de la libre competencia. Esta interpretación restrictiva es lingüística y sistemáticamente inobjetable, pues la obstrucción (“embarazo”) de la libre competencia se entiende como su “compromiso” según la tercera acepción admitida por el Diccionario de la Lengua Española, y la lesión del interés legalmente protegido por la prohibición de un comportamiento es su caso más grave de afectación. Por lo demás, bajo la lectura del art. 64 que diferencia entre la regla general y la excepción no hay obstáculo en admitir una interpretación restrictiva del deber de interponer la querrela. Pues en los casos en que el FNE no se encuentre bajo ese deber, siempre mantiene la atribución de interponerla facultativamente. La constatación de un peligro hipotético o concreto para la libre competencia, aunque no haga imperativa la

interposición de la querella, puede ser apreciada como una razón de peso para interponerla.

En segundo lugar, se plantea la interrogante de cuán absoluto es el deber legal de interponer la querella para el FNE, esto es, si admite o no ser contrarrestado por consideraciones que desaconsejen la interposición de la querella, aun en caso de haberse comprometido gravemente la libre competencia en los mercados.

La obligación que la ley impone al FNE no se reduce a elaborar un escrito, firmarlo y presentarlo ante el juez de garantía competente. La ley lo obliga a asumir la posición de querellante en la investigación y el juicio y en tal calidad a promover la acción penal, sosteniendo la acusación y procurando la obtención de sentencia condenatoria. El cumplimiento de la obligación de interponer querella implica por lo tanto la destinación de recursos institucionales considerables a la investigación y el juicio respectivos y podría exponer la condena eventualmente obtenida en el juicio contravencional al descrédito en caso de dictarse sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria en la investigación o juicio penal. Asimismo, en esos últimos casos expondría a la FNE a soportar el pago de las costas del juicio. Las consideraciones anteriores pueden tener tal peso en el caso concreto que contrarresten la consideración de la gravedad del hecho.

La procedencia de la argumentación anterior es evidente en un régimen de ponderación discrecional, como el que preveía el proyecto de ley hasta su trámite ante la Comisión Mixta de diputados y senadores. Sin embargo, la diferenciación formal introducida por el establecimiento de un deber legal de interponer querella más bien excluye estas consideraciones del ámbito de apreciación del FNE.

Si bien no tiene sentido negar categóricamente por anticipado la posibilidad de que en un caso grave de colusión parezca tan improbable el éxito de la querella que la única decisión institucionalmente responsable sea abstenerse de interponerla, tampoco puede asumirse como actitud rutinaria correcta la disposición del FNE a ponderar la apreciación de la gravedad del hecho con consideraciones de índole estratégico-procesales. Más bien, la ley obliga a asumir como regla del ejercicio de esta atribución que en caso de compromiso grave de la libre competencia en principio dejan de ser relevantes estas consideraciones estratégicas.

En consecuencia, desde un punto de vista sistemático cabe entender al compromiso grave de la libre competencia como un efecto (resultado) lesivo

y cabe entender que en principio el deber de deducir la querella es incondicional.

Es importante tener presente que en tanto presupuesto del que depende el deber de interponer la querella, la apreciación del grave compromiso de la libre competencia ha de referirse a los hechos constitutivos del acuerdo colusorio cuya existencia fue establecida en la sentencia definitiva ejecutoriada del TDLC. No se trata de un efecto que haya de ser objeto de prueba posterior juicio penal, a menos que el MP o el FNE como querellante basen sobre él la apreciación del mal causado como criterio invocado para la determinación judicial de la pena.

IV. LOS CRITERIOS PARA FUNDAR LA DECISIÓN DEL FNE DE NO INTERPONER UNA QUERELLA

1. La facultad de interponer querella como ámbito de discrecionalidad

Conforme a lo dicho en la sección anterior, la facultad de interponer querella constituye un ámbito de discrecionalidad de la FNE expresamente configurado por la ley para llevar adelante con libertad y consistencia un programa punitivo en el marco de su política de *enforcement* de la legislación que protege la libre competencia.

Allí donde se haya acreditado la existencia un acuerdo colusorio por sentencia definitiva ejecutoriada del TDLC que a juicio de la FNE realiza el tipo penal del artículo 62 del DL 211, pero que no corresponde a un hecho que comprometa gravemente la libre competencia en los mercados, se abre un espacio de discrecionalidad para la FNE. Se trata del reconocimiento por parte del legislador de la potestad de la FNE para seleccionar responsablemente los casos de colusión en que sea manifiesto el merecimiento y la necesidad de pena y que además tengan un buen pronóstico de terminar en una sentencia penal condenatoria. En este punto la FNE debe articular un conjunto de criterios para procurar que la persecución penal sea funcional a su responsabilidad como garante del resguardo de la libre competencia en los mercados obteniendo una justa sentencia condenatoria.

Conforme a lo dicho en la sección II.4 resulta aconsejable que la FNE formule de manera anticipada y con carácter general y abstracto los criterios conforme a los cuales seleccionará los casos más significativos dentro dentro de aquellos que no obligan a deducir querella, donde la participación de futuros

querellados sea relevante y en que haya prueba de calidad disponible y/o susceptible de producirse en el procedimiento penal, de modo de contar con una buena expectativa de obtener la justa sanción penal que el delito merece y/o necesita.

Formulados positivamente, estos mismos criterios proporcionan a la FNE los fundamentos de su decisión de no interponer querrela, cumpliendo con ello su deber legal de emitir una decisión fundada. Por cierto, el FNE nunca estará obligado a demostrar la concurrencia de todos y cada uno de estos criterios para presentar la querrela respectiva. A la inversa, tampoco estará obligado a demostrar la falta de concurrencia de todos ellos para fundar su decisión de no interponerla. Se trata, más bien, de explicitar el conjunto de los criterios con recurso a los cuales evaluará, caso a caso, si deducir o no una querrela, allí donde los hechos no comprometiesen gravemente la libre competencia en los mercados.

A este respecto cabe considerar que en tanto deber de sujeción a la ley el principio de legalidad cumple una función sistémica de legitimación. Esa función se traduce en que la autoridad administrativa debe realizar el programa político-criminal diseñado por el legislador. En el sistema penal chileno rige como regla general dicho principio en la forma establecida en el artículo 166 inciso segundo CPP: “Cuando el ministerio público tomare conocimiento de la existencia de un hecho que revistiere caracteres de delito, con el auxilio de la policía promoverá la persecución penal [...]”.

El art. 53 CPP establece que “la acción penal pública para la persecución de todo delito que no esté sometido a regla especial deberá ser ejercida de oficio por el ministerio público”. Una de esas reglas especiales es la del artículo 64 inciso primero del DL 211, que en conjunto con la regla el inciso tercero configura una excepción al principio de legalidad en sentido sistémico. Aunque se trate de un ámbito de discrecionalidad del FNE, precisamente por su condición de excepción al principio de legalidad en sentido sistémico el ejercicio de la facultad de no querrellarse está sometida por la ley a un deber de justificación.

Esta justificación puede fundarse tanto en consideraciones de carácter sustantivo, es decir, referidas al hecho punible y a las personas responsables por su intervención en él, como en consideraciones de carácter adjetivo o procedimental, basadas en la evaluación de la calidad de la prueba actual o eventualmente disponible

2. *Consideraciones de carácter sustantivo*

Las consideraciones sustantivas pueden referirse o bien al hecho punible o bien a la responsabilidad de los intervinientes.

2.1. *Consideraciones relativas al hecho punible*

El art. 62 DL 211, introducido por la Ley 20.945, es del siguiente tenor:

Art. 62. El que celebre u ordene celebrar, ejecute u organice un acuerdo que involucre a dos o más competidores entre sí, para fijar precios de venta o de compra de bienes o servicios en uno o más mercados; limitar su producción o provisión; dividir, asignar o repartir zonas o cuotas de mercado; o afectar el resultado de licitaciones realizadas por empresas públicas, privadas prestadoras de servicios públicos, u órganos públicos, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.

Desde el punto de vista de su estructura típica, el delito de colusión es un delito de mera actividad, es decir, el comportamiento descrito por la norma como delito no presupone la producción de un resultado en sentido causal, es decir, de un evento (el efecto) espacio-temporalmente distinguible del comportamiento (la causa). En particular, la norma no exige como elemento del delito la producción de un efecto impeditivo, restrictivo o entorpecedor de la libre competencia, o la creación de un riesgo relevante de producir ese efecto.

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

En su calidad de filtro formal de relevancia jurídico-penal, el art. 62 cumple la función de excluir del tipo penal, en relación con las conductas prohibidas por el art. 3° DL 211, el universo de comportamientos consistentes en: (i) acuerdos colusorios cuyo objeto consiste en afectar el resultado de procesos de licitación convocados por entes privados que no son prestadores de servicios públicos, (ii) acuerdos colusorios cuyo objeto consiste en determinar condiciones de comercialización o excluir actuales o potenciales competidores, (iii) prácticas concertadas.

La norma que establece el deber de deducir querrela agrega a ese umbral de relevancia jurídico-penal la concurrencia de un elemento cuya mejor interpretación según lo afirmado en la sección III.4 es al de un resultado de lesión de la libre competencia. Entre la mera satisfacción del umbral formal del art. 62 y la satisfacción adicional de la circunstancia que hace imperativa la deducción de la querrela existe una variedad de consideraciones que permiten apreciar la mayor o menor gravedad material del hecho. Tales son, como mínimo:

- (i) la masividad de la afectación actual o potencial a la población por parte del ilícito,
- (ii) la extensión del ámbito geográfico afectado actual o potencialmente,
- (iii) la sustituidad de los productos afectados actual o potencialmente,
- (iv) la magnitud de los beneficios económicos efectivamente obtenidos o potencialmente obtenibles,
- (v) la extensión temporal de la implementación del acuerdo colusorio.

Es importante observar que a diferencia del compromiso grave de la libre competencia en los mercados como circunstancia que hace imperativa la deducción de querrela, los criterios de gravedad material de la colusión no tienen que restringirse a un resultado efectivamente lesivo de la libre competencia, sino que pueden abrirse a la creación de un peligro serio de producir ese resultado.

La consideración de la falta de concurrencia de alguna(s) de estas circunstancias permite justificar que un caso de colusión no reviste la gravedad suficiente para que la FNE asuma una posición de querellante después de obtener la condena contravencional respectiva.

Tal como se dijo respecto del compromiso grave de la libre competencia (sección III.4), la base para la apreciación de la falta de gravedad del hecho punible se encuentra en los antecedentes relativos al acuerdo colusorio cuya existencia fue establecida en la sentencia definitiva ejecutoriada del TDLC.

2.2. Consideraciones relativas a la responsabilidad de los intervinientes

A diferencia de lo que ocurre tratándose de la responsabilidad por infracciones contrarias a libre competencia, en lo que respecta al delito de colusión solo puede perseguirse la responsabilidad de personas naturales. Así lo establece la regla general del artículo 58 inciso segundo CPP. El régimen excepcional de la Ley 20.393, que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto de ciertos delitos, no contempla al delito de colusión como uno de ellos.

Por otra parte, aplicando supletoriamente al art. 62 el sistema de *numerus clausus* del Código Penal chileno, se tiene que la responsabilidad penal por la intervención en el delito de colusión requiere imputación del la comisión del hecho a dolo, siendo impune la imputación a imprudencia (arts. 1°, 2° y 10 N° 13 CP)⁷⁶.

Finalmente, aplicando supletoriamente los arts. 14, 15 y 16 del Código Penal y su aplicación por la jurisprudencia conforme a las categorías elaboradas por la doctrina, se tiene una clasificación de las posibles formas de intervención en el hecho como principales (autoría directa, autoría mediata, coautoría) y accesorias (inducción, complicidad)⁷⁷.

Atendiendo a estas consideraciones, es posible señalar como criterio general que la intervención dolosa -con la clase de dolo que eventualmente se estime exigido por la norma- en calidad de autor directo o mediato, o coautor, en un hecho grave desde un punto de vista material (IV.21), reviste esa misma gravedad. La equiparación al autor que el Código Penal hace de la pena aplicable al inductor deja como criterio justificatorio de la prescindencia de querrela por la menor gravedad de la modalidad de intervención dos situaciones:

- (i) la complicidad, y
- (ii) la autoría directa como “hombre de adelante” en circunstancias de exoneración o atenuación de responsabilidad por el control de la situación ejercida por el autor mediato o el inductor como “hombre de atrás”.

En todo caso, la relevancia de esas dos situaciones depende de que la FNE opte por deducir una querrela nominativa. Es probable que esta cuestión, esto es, la determinación precisa del ámbito de individuos abarcados por el ejercicio de la acción penal esté llamada a constituirse en la principal dificultad práctica del principio secuencialidad. Pues a la luz de las reglas sobre exención de responsabilidad penal por colaboración relevante en la investigación y juicio (la “delación compensada”) por una la FNE tendrá interés en cautelar que la persecución penal no alcance al círculo de personas relacionadas con los colaboradores mediante la interposición de una querrela nominativa, pero

⁷⁶ Es importante señalar que la distinción entre dolo e imprudencia propia del derecho penal no reproduce la distinción entre dolo y culpa del art. 44 del Código Civil: en el derecho penal el dolo se extiende al dolo eventual, que no supone una “intención positiva” de realizar el comportamiento típico. La cuestión de en qué medida el delito de colusión admite imputación a dolo eventual depende de la relevancia que se asigne a la expresión “para fijar/limitar/asignar o repartir/afectar” en el contexto del art. 62, es decir, si limita o no la responsabilidad al dolo directo de primer grado, equivalente al dolo civil.

⁷⁷ Es una cuestión por determinar hasta dónde la formulación de la norma punitiva por el art. 62 implica alguna particularidad en relación con estas reglas generales, en la medida en que describe intervenciones de individuos en actuaciones de organizaciones de personas (los competidores).

por otra parte no resulta razonable que la FNE clausure el círculo de personas individualmente responsables al inicio de la investigación penal.

Aparte de este escenario, la consideración de la mayor gravedad de la responsabilidad por la intervención individual, y también de la necesidad intensificada de pena –en particular de la pena de inhabilitación especial prevista por el inciso segundo del art. 62 DL 211-, puede compensar la relativa falta de gravedad material del hecho conforme a los criterios señalados en II.2.1. La relevancia jerárquica de la persona en la organización de los competidores involucrados, el ejercicio de coacción sobre competidores reacios a coludirse y el hecho de haber intervenido antes en otras infracciones contra la libre competencia, son consideraciones que pueden justificar el merecimiento o necesidad individual de pena a pesar de la menor gravedad del hecho globalmente considerado.

Dado que ninguno de los hechos sobre los cuales se basa la atribución de responsabilidad penal individual como interviniente en la colusión requiere constar en el juicio contravencional previo, y dado que todos ellos son materia de prueba en el juicio penal, la apreciación del FNE sobre este punto podrá basarse tanto en antecedentes reunidos durante la investigación contravencional como en una prudente anticipación de la prueba que probablemente pueda ser producida en el juicio penal.

3. Consideraciones procedimentales (probatorias)

Como se pudo apreciar en la sección III de este informe, en la representación del legislador los criterios sustantivos relativos a la gravedad de los hechos, o más bien, a su falta de gravedad, no son las únicas consideraciones que la FNE debe tener presente al momento de decidir fundadamente si deducir o no deducir querrella dentro de su ámbito discrecional. La historia fidedigna del establecimiento de la Ley 20.945 abunda en intervenciones referidas a la relevancia de consideraciones relativas a la capacidad de prosperar de la querrella⁷⁸.

Las razones que según se dijo no tienen peso suficiente para contrarrestar el deber legal de deducir la querrella en caso de tratarse de hechos que comprometan gravemente la libre competencia en los mercados (III.4) adquieren plena relevancia tratándose de ponderación flexible que el espacio de discrecionalidad concede al FNE. El compromiso de los recursos institucionales para el cumplimiento de las cargas que conlleva la asunción de la posición de parte querellante, el riesgo de descrédito de la condena

⁷⁸ *Supra*, notas 40, 46, 47, 48, 63, 64 y 68.

contravencional que podría conllevar un sobreseimiento definitivo o una sentencia absolutoria penal y la eventual condena en costas de la FNE son todos aspectos que deben incidir en la deliberación que precede la adopción de una decisión responsable.

La viabilidad de la querrela ha de ser considerada por el FNE al momento de tomar su decisión. La situación procesal en que él se encuentra no tiene equivalente en el proceso penal.

La decisión del FNE de no deducir querrela por su falta de viabilidad no es asimilable a la facultad del MP para no iniciar la investigación. De acuerdo al artículo 168 CPP tal facultad se puede ejercer cuando los hechos denunciados no son constitutivos de delitos o cuando la responsabilidad penal se encuentra prescrita. En el caso de la decisión del FNE, en cambio, el presupuesto de su ejercicio consiste en que el hecho sea al menos *prima facie* constitutivo de delito y actualmente perseguible.

La decisión del FNE de no deducir querrela por falta de viabilidad tampoco es asimilable al ejercicio del principio de oportunidad del MP. Conforme al artículo 170 CPP éste se puede ejercer “cuando se tratarare de un hecho no comprometiére gravemente el interés público”. Desde un punto de vista sistemático, dicho compromiso siempre se presenta en casos de colusión, dada la pena de crimen que la ley asigna al delito⁷⁹.

La institución que más similitudes presenta con la decisión del FNE de no deducir querrela por falta de viabilidad es la decisión de no perseverar que puede adoptar el MP. Conforme al art. 248 CPP, una vez cerrada la investigación el fiscal puede comunicar “la decisión del ministerio público de no perseverar en el procedimiento, por no haberse reunido durante la investigación los *antecedentes suficientes* para fundar una acusación”. Esta norma debe interpretarse en concordancia con lo establecido por la letra b) del mismo artículo que señala que el fiscal -en la misma ocasión- podrá formular acusación “cuando estimare que la investigación proporciona *fundamento serio* para el enjuiciamiento del imputado.” De este modo, la falta

⁷⁹ No obstante, el origen de la regla que establece para el FNE el deber de interponer la querrela se encuentra en una asociación hecha por el gobierno entre el principio de oportunidad y la ausencia de compromiso grave de la libertad en los mercados al formular la Alternativa 2 para la redacción del art. 63 originario por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado (*supra*, nota 51). El uso de la terminología derivada del principio de oportunidad (“no comprometer gravemente el interés público/la libre competencia en los mercados) era expresivo de una inconsistencia de la política criminal del gobierno en este punto: tipificaba la colusión como un crimen sin requerir la producción de un resultado lesivo para su consumación y proponía considerar como bagatela el crimen consumado si faltaba ese resultado lesivo. La lectura binaria propicia la misma inconsistencia en la medida en que pretende inferir *a contrario sensu* la no procesabilidad de los casos con ausencia de compromiso grave de la libre competencia.

de antecedentes suficientes para fundar acusación debe entenderse como falta de fundamento serio. De modo semejante, la querrela interpuesta por el FNE debe contar con fundamento serio, esto es, antecedentes suficientes (o conducir previsiblemente a ellos) de modo que la investigación del MP no termine en una decisión de no perseverar. Así como el MP hace una prognosis de éxito, la que desemboca (cuando ella es negativa) en una decisión de no perseverar, el FNE hace lo mismo al adoptar la decisión de no querellarse.

Sin embargo, dicha prognosis no se fundamenta del mismo modo. El FNE tiene un umbral de fundamentación más alto que el MP. Ello se explica porque las decisiones de no querellarse y de no perseverar pueden asimilarse pero no identificarse. Mientras la decisión de no perseverar se ejerce una vez finalizada la investigación penal (“cerrada”), la decisión de no querellarse se ejerce cuando ésta aún no se ha iniciado, porque la querrela es justamente el modo de iniciarla. Si bien es cierto que el FNE adopta su decisión de no deducir querrela una vez cerrada la investigación y terminado el juicio contravencional, desde el punto de vista del juicio penal aún no se han practicado las diligencias propias de la investigación penal para obtener antecedentes adicionales. Por esta razón, la decisión del FNE tiene que basarse tanto en la insuficiencia de la prueba producida en el juicio contravencional como en la improbabilidad de la producción de nueva prueba en el juicio penal.

La constatación de la existencia de antecedentes (serios) suficientes no es una cuestión meramente cuantitativa. Por cierto, es posible que durante el transcurso del tiempo entre la producción de la prueba en el juicio contravencional y la apertura de la investigación penal ocurran hechos que acarreen como consecuencia la pérdida de elementos probatorios. Pero fuera de esos casos, para constatar la existencia de antecedentes suficientes habrá que considerar: (i) el estándar probatorio del juicio penal, (ii) las garantías involucradas en la investigación y el juicio penal.

(i) La diferencia de estándar probatorio en el procedimiento sancionatorio administrativo y el procedimiento penal

El horizonte de referencia para apreciar la suficiencia o insuficiencia de los antecedentes es el que configura el estándar de convicción propio del proceso penal, que es la convicción “más allá de toda duda razonable” para condenar (art. 340 inciso primero CPP). Este estándar es más exigente que el que opera en materia de libre competencia, que es o bien el estándar general de la prueba en ausencia de valoración legal, esto es, la preponderancia de evidencia (art. 428 del Código de Procedimiento Civil), o bien una intensificación de sus exigencias, en el sentido del estándar de prueba clara y convincente. Por esta

razón, resulta fácil entender que habrá casos en los que la entidad de la prueba será suficiente para alcanzar el estándar de convicción para efectos de la imposición de la multa impuesta por el TDLC pero no el de una sentencia penal condenatoria.

(ii) Las distintas garantías involucradas en los procedimientos sancionatorio administrativo y penal

Es una cuestión conocidamente controvertida cuál sea la medida –“por regla general”, “con matices”⁸⁰- en que las garantías que operan como principios limitadores de la potestad punitiva del Estado operan también como limitaciones de su potestad sancionatoria administrativa. Con todo, en tanto la pena privativa de libertad representa un grado de afectación de derechos fundamentales (básicamente, la libertad ambulatoria y la vida privada) cualitativamente incomparable con las sanciones administrativas es plausible sostener que existe un núcleo de garantías relativas a la formulación de la ley penal y a las condiciones del procedimiento en que es impuesta la pena que no son transferibles a la sanción administrativa, o no lo son con la misma intensidad.

En todo ese ámbito de garantías exclusivamente penales puede ocurrir que la obtención de sentencia condenatoria en el juicio contravencional suponga la producción de prueba obtenida con infracción a garantías exclusivamente penales. Eso pone a la FNE en el dilema de asegurar la probabilidad de la sanción administrativa a costa de debilitar la probabilidad de la sanción penal. La asunción de este costo se expresa una como razón de peso para omitir la deducción de la querrela.

Sin duda, la regla de conversión o validación de la prueba establecida en los incisos quinto y sexto del art. 64 DL 211 resuelve buena parte de estos problemas. Pero no puede descartarse que subsista respecto de otras actuaciones de la FNE en la investigación y el juicio contravencional. En esa medida, puede subsistir también un margen de apreciación justificada para no interponer la querrela criminal.

⁸⁰ STC Rol N° 244-96 (26.08.1996), 480-06 (27.07.2006), 1518-09 (21.10.2010), 2346-12 (16.01.2014), 2648-14 (07.09.2015) y 2682-14 (230.10.2014).

V. CONCLUSIONES

Tomando en consideración lo expuesto en las secciones anteriores, es posible concluir lo siguiente:

1. La Ley 20.945 subordinó el inicio de la investigación penal por el delito de colusión (art. 62 DL 211) a la interposición de una querrela por el FNE, y subordinó esa querrela a la existencia de una sentencia definitiva ejecutoriada del TDLC que estableciera la existencia del respectivo acuerdo colusorio. Estas dos reglas de subordinación conforman el principio de secuencialidad. Su finalidad es evitar la existencia de procedimientos paralelos relativos al mismo acuerdo colusorio y entregar a la FNE la apreciación de los casos en que la colusión merezca y/o necesite sanción penal además de la sanción administrativa.
2. El FNE está por regla general facultado para interponer o no interponer la querrela (art. 64 inciso primero DL 211) y dispone de un plazo de 6 meses contados desde que queda ejecutoriada la sentencia del TDLC para interponerla (art. 64 inciso cuarto). Si decide no interponerla, debe emitir una decisión fundada (art. 64 inciso tercero).
3. Excepcionalmente, el FNE está obligado a interponer querrela por el delito de colusión cuando se trata de hechos que comprometen gravemente la libre competencia en los mercados (art. 64 inciso segundo DL 211).
4. Aunque algunos aspectos de las disposiciones legales citadas pueden plantear dudas interpretativas y la discrecionalidad entregada por regla general a la FNE puede generar incertidumbre, las reglas son operativas sin necesidad formal de una regulación complementaria.
5. El FNE tiene la atribución legal de dictar instrucciones para el ejercicio de las atribuciones conferidas por el art. 39, dentro de las cuales se encuentra la interposición de querrela criminal por el delito de colusión (art. 39-r). Estas reglas sólo son vinculantes para los funcionarios de la FNE.
6. Es conveniente que el FNE elabore una guía en ejercicio de su potestad normativa relativa a la interposición de querellas por el delito de colusión. La formulación anticipada de criterios generales y abstractos, tanto para la interpretación de la ley como para la orientación de su apreciación de la procedencia o improcedencia de la querrela, asegura la objetividad de la actuación de la FNE en su triple sentido de veracidad, legalidad e imparcialidad.

7. Un primer aspecto que esa guía tendría que contemplar -cuyo contenido no es materia de este informe- se refiere a la relación que cabe entender que existe entre la colusión como hecho punible -esto es, el comportamiento subsumible bajo el art. 62 DL 211- y el acuerdo cuya existencia ha de estar establecida en la sentencia definitiva del TDLC. Del examen de esa relación depende la comprobación de que se encuentre satisfecha la condición impuesta por el principio de secuencialidad para la procedencia de la investigación penal.

8. Un segundo aspecto que esa guía tendría que contemplar se refiere al sentido y alcance del concepto legal de “hechos que comprometieren gravemente la libre competencia en los mercados”. De la definición de este concepto depende el margen sustraído por la ley a la discrecionalidad del FNE en la apreciación de la procedencia de la querella.

9. La determinación precisa de las propiedades de un acuerdo colusorio que lo hacen un hecho que compromete gravemente la libre competencia en los mercados no es materia de este informe. Con todo, el examen de la correlación sistemática entre el deber del FNE de interponer la querella y su facultad de hacerlo o no hacerlo, permite formular dos consideraciones relevantes para su comprensión:

(i) que su mejor versión es la de graves efectos de impedimento, restricción o entorpecimiento de la libre competencia, y no simplemente de riesgo o peligro de esos graves efectos (“tender a producir[los]”, en la terminología del art. 3º DL 211);

(ii) que en su condición de presupuesto de un deber para el FNE, que no constituye elemento del tipo del delito de colusión, su verificación sólo puede referirse a antecedentes existentes al momento en que queda ejecutoriada la sentencia del TDLC; dado que el FNE no tiene el deber de probarlos ante un tribunal -salvo que los invoque para solicitar determinación judicial de la pena-, no procede que base su apreciación en la probabilidad de producir pueba al respecto en el juicio penal.

10. Un tercer aspecto que esa guía tendría que contemplar consiste en clarificar la relación sistemática entre la facultad del FNE de interponer o no interponer la querella, como regla general, y el deber del FNE interponerla, como regla especial. Esta comprensión se opone a la consideración de una relación disyuntiva entre ambas reglas, en el sentido de que la ley decidiría acerca de la procedencia de la querella, cuando el FNE está obligado a interponerla, o su improcedencia, cuando no está obligado a hacerlo. La sección III de este informe refuta esta segunda lectura. El compromiso grave

de la libre competencia en los mercados no es un elemento del tipo del delito de colusión, ni una condición objetiva de punibilidad del mismo, ni tampoco una condición de procesabilidad. El tipo del delito de colusión tiene la estructura de un delito de mera actividad y la condición de un delito de peligro abstracto. La condición de procesabilidad es la existencia de una sentencia definitiva ejecutoriada del TDLC que tenga por establecido el acaecimiento del acuerdo colusorio. Cumplida la condición y siendo el acuerdo colusorio subsumible bajo el art. 62 DL 211 el FNE se encuentra legalmente habilitado para interponer la querrela. El compromiso grave de la libre competencia en los mercados no es una condición necesaria para interponer la querrela, sino una condición suficiente para que su interposición sea imperativa.

11. La adopción de la lectura favorecida por este informe, y recomendada a la FNE como base para la elaboración de su guía, es la única manera de atribuir a la decisión adoptada por el legislador al momento de tipificar el delito de colusión la relevancia que tiene como expresión de la política criminal del Estado de Chile.

12. La adopción del enfoque sugerido por este informe lleva a considerar como cuarto aspecto que la guía tendría que contemplar la enunciación de los criterios conforme a los cuales el FNE adoptará la decisión de interponer o no interponer querrela en los casos en que no esté obligado a hacerlo. Esos criterios pueden ser formulados directamente como razones para abstenerse de deducir una querrela, o indirectamente como criterios para interponerla. En este segundo caso se entiende que operan negativamente, esto es, en caso que no concurran los hechos a los que ellos atienden, como fundamento de la decisión de no interponer la querrela.

13. Conforme a lo expuesto en la sección IV de este informe, los criterios aludidos en el punto anterior pueden clasificarse en:

(i) criterios sustantivos relativos al hecho punible, formulados indirectamente, es decir, como criterios de gravedad de la colusión, análogos al concepto de compromiso grave de la libre competencia en los mercados, pero no restringidos a la causación de ciertos efectos sino abiertos al peligro de causarlos;

(ii) criterios sustantivos relativos a la responsabilidad de los intervinientes, que pueden ser directamente pertinentes como compensación de la gravedad del hecho (intervenciones menos relevantes) o de la falta de gravedad del hecho (actuaciones graves o reincidentes);

(iii) criterios procedimentales relativos a la prueba, ya sea en consideración al estándar intensificado de valoración que impone el juicio penal, o en consideración al respeto de las garantías específicas del juicio penal.

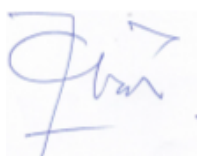
Es cuanto podemos informar.



Alejandro Awad Cherit



Antonio Bascuñán Rodríguez



Miguel Chaves Pérez



Marcos Contreras Enos