

DOCTRINA

## Crítica al diseño institucional de la Fiscalía Nacional Económica: ¿Órgano de la Administración o persecutor autónomo?

*Critique of the Institutional Design of the National Economic Prosecutor's Office:  
Organ of the Administration or Autonomous Prosecutor?*

Carolina Andrea Serrano Herrera 

*Universidad de Santiago de Chile*

**RESUMEN** La persecución del ilícito de colusión es un fenómeno más reciente que la persecución penal y las sanciones administrativas. Alrededor del mundo, los órganos persecutores han recibido facultades investigativas concordantes, ya sea con el derecho administrativo sancionador o el derecho penal. Chile cuenta con la Fiscalía Nacional Económica, cuyo diseño institucional toma prestados elementos de ambos regímenes jurídicos, lo que genera problemas para el resguardo de los derechos fundamentales de las personas, especialmente por sus facultades intrusivas.

**PALABRAS CLAVE** Persecución de la colusión, Fiscalía Nacional Económica, garantías fundamentales, derecho administrativo sancionador, derecho penal.

**ABSTRACT** Collusion prosecution is a more recent phenomenon than criminal prosecution or administrative sanctions. Around the world, prosecutors' offices have been given investigative powers in accordance with Criminal Law or Administrative Law. Chile has the National Economic Prosecutor's Office, whose institutional design borrows elements from both legal regimes, which creates problems for the protection of people's fundamental rights, especially because of their intrusive investigative powers.

**KEYWORDS** Collusion prosecution; National Economic Prosecutor's Office; fundamental guarantees; Sanctioning Administrative Law; Criminal Law.

### Introducción

Los poderes de investigación de la Administración del Estado están muy ligados a su potestad sancionadora y cualquier perturbación a los derechos fundamentales de par-

ticulares debe ser acorde con los bienes jurídicos que se intentan proteger, más aún cuando se considera que «la Administración está institucionalmente involucrada con los resultados de los procedimientos administrativos» (Valdivia, 2018: 261). Por eso, la afectación se debe utilizar únicamente como medida excepcional y con una observancia de los procedimientos establecidos (Valdivia, 2018: 261).

Esta situación, sin embargo, puede ser llevada a casos extremos. De ahí la necesidad de un análisis a la Fiscalía Nacional Económica (FNE) para determinar si sus poderes de investigación, parte del sistema de defensa a la libre competencia, son acordes a su naturaleza de órgano de la Administración del Estado.

Creada por el Decreto Ley 211 del 17 de diciembre de 1973 (DL 211), la FNE es un órgano descentralizado de la Administración del Estado con facultades enfocadas principalmente en la investigación de posibles ilícitos anticompetitivos y la interposición de eventuales requerimientos ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC). En 2009, este cuerpo normativo sufrió una modificación con la Ley 20.361 del 13 de julio de ese año, que, entre otras cosas, le entregó facultades intrusivas a la FNE para investigar posibles casos de colusión.<sup>1</sup> Estas facultades de investigación le permiten a la Fiscalía restringir, limitar o privar temporalmente de ciertos derechos fundamentales a los sospechosos de haber cometido estos ilícitos o a terceros que pudieran tener información relevante en los casos establecidos por la ley.

Sin embargo, las facultades intrusivas suelen estar estrictamente reguladas de acuerdo al tipo de organismo que puede poseerlas, los procedimientos y los ilícitos en los cuales se pueden utilizar como diligencia investigativa. Las facultades entregadas a la FNE son muy inusuales cuando se consideran sus características.

Este artículo pretende analizar críticamente las facultades intrusivas de la FNE para la investigación de ilícitos de colusión. Nos enfocaremos especialmente en ver si el bien jurídico que se protege, junto con las características de la FNE, justifican su entrega; o si, por otro lado, es un signo de que el órgano persecutor que tenga facultades intrusivas debiera tener autonomía constitucional, como ocurre con el Ministerio Público.

## Las facultades intrusivas y la FNE

Después de la reforma al DL 211 por la Ley 20.361 de 2009, la FNE recibió grandes poderes para la investigación de delitos de colusión; estos poderes se conocen como *facultades intrusivas* y se definen como «medios indagatorios cuya práctica conlleva una vulneración de los derechos fundamentales y que requieren de autorización judicial previa» (Silva Salse, 2015: 75). Es importante mencionar que dichas afectaciones a los derechos fundamentales de los ciudadanos suelen utilizarse en el derecho procesal penal y únicamente para los delitos más repudiados por el sistema.

---

1. Antes de esta modificación, la FNE tenía poderes de investigación más modestos, como solicitar a particulares los antecedentes que estime necesarios, solicitar la colaboración a organismos o servicios públicos y exigirles a estos los antecedentes que estime convenientes.

Sin embargo, no fue sino hasta hace unos pocos años atrás que el ilícito de la colusión volvió a ser considerado como uno penal. Antes de la Ley 20.945 de 2016 tenía el mismo rango y tratamiento que los demás ilícitos anticompetitivos investigados y sancionados bajo las normas del derecho administrativo sancionador. Cabe preguntarse si la magnitud de estas facultades que limitan los derechos fundamentales se justifica por el bien jurídico que se intenta proteger o si no fue más que una maniobra publicitaria para que políticos capitalizaran la coyuntura.

En el 2005 y el 2009 hubo dos casos altamente mediáticos que establecieron el escenario ideal para que políticos de distintas bancadas propusieran endurecer la normativa vigente en materia de libre competencia, capitalizando la alta popularidad que tenían los que proponían solucionar definitivamente el problema.

Este patrón de comportamiento legislativo se repetirá en las diferentes modificaciones que sufrirá el DL 211, como menciona la abogada María Elina Cruz Tanhuz (2016: 1): «Como sucede con diversas propuestas legislativas en nuestro país, la modificación legal es el resultado directo de una casuística conformada por el resultado y la existencia de ciertos casos de colusión».

El primer caso que familiarizó a la opinión pública con los conceptos de libre competencia fue el *Caso Isapres*. Cinco de las más importantes isapres (instituciones de salud previsional) bajaron simultáneamente la cobertura que ofrecían sus planes, pero mantuvieron los precios. Ante esto, la FNE presentó un requerimiento en el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia alegando que ese comportamiento paralelo solo podía explicarse mediante colusión.

En la sentencia absolutoria, reafirmada después por la Corte Suprema, el TDLC dijo:

Sin embargo, y en opinión de este Tribunal, la aparente sincronía observada, en dicho período, en los cambios en las participaciones de mercado de uno y otro tipo de plan, en el caso de cuatro de las cinco isapres requeridas, no permite descartar la posibilidad de que tal sincronía temporal pudo haber sido resultado, simplemente, de un proceso de competencia estratégica y no necesariamente fruto de un acuerdo colusorio entre las requeridas (Sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, rol 57-2007, 2007: considerando centésimo noveno).<sup>2</sup>

Pese a las duras críticas que Agostini, Saavedra y Willington (2007: 6) hicieron al Tribunal y que argumentan que «nuevamente sorprende que el Tribunal descarte implícitamente la teoría económica básica», es innegable que si la Fiscalía hubiese contado con los medios para obtener una prueba directa sobre los hechos constitutivos de colusión, como sí es posible hacerlo hoy gracias a sus facultades intrusivas, la sentencia del TDLC hubiese sido muy distinta.

Aunque este caso ya evidenciaba las falencias del sistema acusatorio de libre competencia, fue para la «colusión de las farmacias» cuando la opinión pública empezó a exigir un cambio en la legislación y en el sistema de libre competencia. En este caso,

---

2. Fallo del 12 de julio de 2007. Texto disponible en <https://bit.ly/3Ci3CVx>.

la FNE presentó un requerimiento ante el TDLC alegando que existía un acuerdo entre las tres cadenas más grandes de venta de fármacos para fijar los precios de más de doscientos medicamentos. El Tribunal de la Libre Competencia (reafirmado posteriormente por la Corte Suprema) condenó a dos de las farmacias acusadas (Cruz Verde y Salcobrand) al máximo de multas que la legislación de ese entonces permitía (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, rol 2578-2012, 2012).<sup>3</sup> Farmacias Ahumada, en cambio, en un acuerdo extrajudicial que imita la figura de la delación compensada, figura que no se encontraba presente en el país en ese entonces, admite su culpabilidad, entrega pruebas para la persecución de la colusión, paga una multa menor a la que arriesgaba y se compromete a tomar medidas para evitar conductas contrarias a la libre competencia.<sup>4</sup>

Cuando la opinión pública se enteró de que el Ministerio Público trató (tras un breve conflicto de competencia con la FNE) de concretar una suspensión condicional del procedimiento acordando, entre otras cosas, que los imputados recibieran clases de ética (Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol 1953-2013, 2016),<sup>5</sup> la prensa pidió condenas de cárcel para los ejecutivos de las farmacias. Titulares como «Tribunal absolvió a los diez imputados por el caso colusión de Farmacias»,<sup>6</sup> «Ejecutivos aceptan clases de ética para evitar juicio en caso de colusión de farmacias»<sup>7</sup> y «Colusión en farmacias: ¿Las instituciones funcionan?»<sup>8</sup> lograron que el descontento de la población fuera más generalizado.

Este malestar llevó a la Ley 20.361 de reforma al DL 211 de 2009. En esta ley se introdujeron, entre otras cosas, la creación de la delación compensada, la ampliación de la definición de colusión que se encontraba en el artículo 3 de la ley, el aumento de multas y plazos de prescripción, y la entrega de facultades intrusivas a la FNE para la investigación de posibles ilícitos de colusión. Todo con el objetivo de obtener condenas eficaces para los infractores.

Las facultades intrusivas se consideran esenciales para lograr condenas por ilícitos de colusión establecidas en el DL 211 porque es increíblemente difícil encontrar evidencia directa de que han ocurrido. En este sentido, los acuerdos o prácticas concertadas que busquen afectar la libre competencia, la explotación abusiva de una posición dominante, las prácticas predatorias para obtener una posición dominante, y la participación simultánea en cargos ejecutivos en empresas competidoras son muy difíciles de

---

3. Fallo del 7 de septiembre de 2012.

4. José Troncoso, «Farmacias Ahumada confiesa colusión para subir precios y acuerda compensación con la fiscalía». *El Mercurio*, 25 de marzo de 2009, disponible en <https://bit.ly/3O6VBr3>.

5. Lo que fue posteriormente rechazado por el fallo referido del 30 de agosto de 2013.

6. Cooperativa.cl, «Tribunal absolvió a los 10 imputados por el caso colusión de Farmacias». *Cooperativa.cl*, 23 de junio de 2015, disponible en <https://bit.ly/3iqdFjq>.

7. Francisco Valenzuela, «Ejecutivos aceptan clases de ética para evitar juicio en caso de colusión de farmacias». *Bio-Bio Chile*, 8 de julio de 2013, disponible en <https://bit.ly/3yvniQy>.

8. Mauricio Becerra, «Colusión en farmacias: ¿Las instituciones funcionan?». *El ciudadano.com*, 7 de abril de 2009, disponible en <https://bit.ly/3jrMqEp>.

probar directamente. Muchos de estos ilícitos, con la excepción del último enumerado, tienen un componente subjetivo que los hace difíciles de demostrar. La prueba directa en la colusión, por ejemplo, necesita de comunicaciones no mediatas entre competidores donde se hable explícitamente de repartirse el mercado, lo que es casi imposible de lograr mediante las potestades investigativas normales que tienen los órganos de la Administración.

Normalmente, la prueba tendrá un carácter de indirecta que «es la que emplea el «comportamiento comercial de las firmas en el mercado» para hacer inferencias a partir del mismo» (Fuchs, 2017: 294). En teoría esta prueba serviría como base para presunciones judiciales, el problema es que, en materia de colusión, si bien se enmarca en el sistema probatorio del derecho administrativo sancionador (al menos en primera instancia ante el TDLC), presenta desafíos especiales: la prueba indirecta tiene el deber de demostrar que la posibilidad de que exista un acuerdo para repartirse el mercado es mayor que cualquier otra explicación que cumpla con el requisito de ser una actuación racional para las partes, y, por lo tanto, lícita. Ante esto, la normativa tiene que elegir entre dar al órgano encargado de la investigación potestades especiales en donde se sacrifiquen garantías fundamentales o aceptar que la mayoría de los casos, a menos que sean muy evidentes, queden impunes.

La legislación chilena ha optado por una solución intermedia entregándole potestades intrusivas a la Fiscalía Nacional Económica en el artículo 39 literal n) del DL 211 (como la de interceptar comunicaciones), pero únicamente para investigaciones sobre colusión en casos graves y calificados, y con la autorización del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y de un Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago.

Estas concesiones se entienden en el contexto de la rama del derecho en que se enmarcan. Por un lado, están los ilícitos anticompetitivos de carácter administrativo que son la regla general, y, por otro, el delito de colusión que tiene carácter penal, sancionado incluso con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo. Esta diferencia de estatutos no se expresa únicamente en las diferencias de facultades investigativas, sino también en el estándar probatorio que se exige.

En la sede penal, por una parte, el estándar probatorio para condenar a una persona como culpable de un delito es «más allá de toda duda razonable» que en sí es mucho más exigente que el utilizado en el derecho común. Sin embargo, el estándar probatorio utilizado en la libre competencia, que se enmarca dentro del derecho administrativo sancionador aunque existe discusión sobre este punto (Parejo, 2010),<sup>9</sup> es el estándar de prueba clara y convincente (Awad Cherit y otros, 2017: 47).

Lo curioso de la modificación legal que entrega facultades intrusivas a la FNE es que fue introducida al sistema jurídico cuando la colusión aún no estaba tipificada como un delito penal y, por lo tanto, significó un traslado de esta institución a una rama con lógicas diferentes. Sin embargo, siete años después el legislador introduce la figura de la colusión penal en la Ley 20.945 de 2016, zanjando la discusión de la naturaleza de

---

9. Ver esta referencia para conocer la posición contraria.

este ilícito.

En el artículo 39 literal n) se establecen cuatro facultades intrusivas de la FNE:

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

Si bien la normativa dentro del mismo DL 211 no es muy acabada, sí hay una remisión al Código Procesal Penal que da lineamientos para su uso en la práctica. Esas potestades estaban originalmente pensadas para que fueran utilizadas por el Ministerio Público, creado por el artículo 83 de la Constitución Política de la República (CPR), donde se establece como un organismo autónomo y jerarquizado que

dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley (Constitución Política de la República de Chile, 1980: artículo 83, inciso 1).

De acuerdo con Fernández (2005: 279), los órganos de rango constitucional comparten características básicas: la esencialidad para la existencia del Estado, posición suprema en la organización estatal, independencia recíproca con los demás órganos constitucionales, control realizado por órganos de la misma jerarquía, participación en el ejercicio de las funciones inherentes a la soberanía y autonomía organizativa.

El Ministerio Público, sin duda, cumple con estas características debido al rol que desarrolla. Tiene en sus manos la canalización del *ius puniendi* del Estado; presenta el caso ante los tribunales para que sea juzgado y, por lo tanto, es completamente necesario que tenga un estatus constitucional para que esté libre de toda presión política, resguardando los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Esta autonomía es indispensable para que pueda alcanzar sus fines específicos; para que exista una persecución penal eficaz es fundamental que el Ministerio Público esté libre de presiones externas en su funcionamiento. Este punto fue crucial en la historia fidedigna de la reforma constitucional que creó el Ministerio Público, ahí se establece que «es consubstancial a las funciones investigadoras» (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2018b: 19) y que «la persecución penal pública, que es materia trascendental de la política criminal, debe ser encomendada a una autoridad del máximo nivel profesional y técnico, que goce de verdadera independencia y autonomía» (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2018b: 47).

Esta autonomía constitucional contrasta con la configuración de la FNE en su propia ley orgánica. El DL 211 en sus artículos 1 y 2 establece que el objeto de la FNE es «promover y defender la libre competencia en los mercados.» Lo interesante de estos

artículos es que no solo se menciona el defender la libre competencia, entendiéndose por esto los medios tradicionales en donde se establecen sanciones a las prácticas ilícitas, sino que también se le entrega un mandato a la FNE para que actúe por los llamados «cauces informales» (Schmidt-Assman, 2012) para promover una cultura competitiva.

Por supuesto que estas disposiciones no son un permiso a la FNE para trabajar por fuera de los procedimientos formales establecidos por la ley, ni para ignorar lo que está establecido positivamente, más bien refieren a que la Fiscalía tiene un deber de guiar a los particulares para evitar prácticas anticompetitivas —como quedó demostrado en el «caso farmacias» donde se suscribe un acuerdo extrajudicial, que verdaderamente era una delación compensada, pese a que esta figura no existía en nuestro ordenamiento en ese entonces. Aun cuando su actuar esté bajo el amparo de la ley, siempre debe estar enfocado a la promoción (y no solo la defensa) del libre mercado, lo que dista mucho de la objetividad que debe tener un persecutor en sede penal.

Por otra parte, el primer inciso del artículo 33 del mismo DL 211 establece que

la Fiscalía Nacional Económica será un servicio público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, independiente de todo organismo o servicio, sometido a la supervigilancia del presidente de la República a través del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.

Es decir, la FNE es, ante todo, un servicio público y, por lo tanto, está sujeta a la normativa aplicable a este tipo de órganos de la Administración.

En particular, y a modo de ejemplo, la FNE está sujeta a los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República en cuanto a la validez de sus actos y la responsabilidad que emana de ellos. También es afectada por la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, en sus títulos primero y segundo, donde se establece quiénes están sujetos a la responsabilidad por falta de servicio y a los principios de probidad, transparencia, publicidad, participación ciudadana, entre otros. Por otro lado, sus actos administrativos se rigen por la Ley de Bases del Procedimiento Administrativo, además de estar sometidos al control de la Contraloría General de la República.

Pese a lo anterior, que el legislador haya establecido a la FNE como un órgano descentralizado e independiente, con todas las características que ello conlleva, implica una autonomía decisional frente al poder central. A mayor abundamiento, la normativa vuelve a reiterar esta idea en su artículo 39 donde se expresa que:

el Fiscal Nacional Económico, en el ejercicio de sus funciones, será independiente de todas las autoridades y tribunales ante los cuales actúe. Podrá, en consecuencia, defender los intereses que le están encomendados en la forma que estime arreglada a derecho, según sus propias apreciaciones (Decreto Ley 211, 1973: artículo 39, inciso 1).

Aunque la norma lo diga expresamente, es casi imposible que exista una independencia efectiva en el actuar de cualquier servicio público. La Administración del Estado es esencialmente política y la FNE, al estar bajo la supervigilancia del Ministerio de

Economía, queda sujeta a las políticas públicas, planes y programas del gobierno de turno, ya que su autonomía «no los margina de la estructura de la Administración Pública, de la cual siguen formando parte» (Bermúdez Soto, 2011: 310).

Además, los procedimientos para la designación del Fiscal Nacional y del Fiscal Nacional Económico evidencian una distinción en los grados de independencia. La cabeza del Ministerio Público, por un lado, tiene un largo proceso de designación en el cual participan representantes de todos los poderes del Estado,<sup>10</sup> mientras que el jefe de la FNE es elegido solamente por el presidente de la República de una terna conformada después de un concurso de Alta Dirección Pública (Ley 19.640, 1999: artículo 15; Ley 19.882, 2003: artículo 35 y ss.).<sup>11</sup> El sistema de Alta Dirección Pública ha sido criticado por su ineficiencia para limitar la discrecionalidad de los nombramientos (Camacho, 2018: 785). Aun sin estas críticas, es evidente que cuando confluyen representantes de los diferentes poderes del Estado hay menor riesgo de que los candidatos elegidos estén politizados.

Otra diferencia que puede causar un gran impacto en cómo se mueven estos órganos es la función que tienen expresamente en sus leyes orgánicas. El Ministerio Público tiene como función, de acuerdo al artículo 1 de su ley orgánica,

dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercer la acción penal pública en la forma prevista por la ley.

Este artículo establece el principio de objetividad del órgano que debe ser respetado al momento de empezar una investigación.

Cabe notar que la CPR, en su artículo 83, también establece que el Ministerio Público «dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito», lo que incluso podría generar un problema de constitucionalidad sobre la norma que le entrega a la FNE la titularidad exclusiva de la acción penal en materia de colusión.

Por otro lado, de acuerdo al DL 211, la FNE tiene como función proteger y promover la libre competencia. En la redacción de este artículo se puede ver que el legislador pensó en un rol más activo para la Fiscalía, en donde tuviera más discrecionalidad en sus decisiones e hiciera acciones positivas en pos de promover comportamientos de parte de los privados. Esto sería impensable para un órgano puramente persecutor como es el Ministerio Público, pero va totalmente en línea con la manera en que se comporta la Administración, como un medio de dirección.

Es así como las facultades y funciones de la FNE estaban acordes con las de un ente investigador en un proceso administrativo sancionador, pero la entrega de potestades intrusivas, que históricamente no han pertenecido a la Administración, y el posterior cambio de naturaleza del ilícito de colusión han generando un problema de legitimidad sobre el poder del Estado para limitar derechos fundamentales mediante el uso de

---

10. Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público.

11. Ley que Regula Nueva Política de Personal a los Funcionarios Públicos que Indica.

facultades intrusivas para la investigación de la colusión.

## Colusión y derechos fundamentales

La otra arista que pone en duda la legitimidad de las facultades intrusivas es si está justificada su utilización en investigaciones de colusión. Las facultades intrusivas fueron introducidas al DL 211 mediante la Ley 20.361 de 2009 y se tenían contempladas para la investigación de ilícitos de colusión que en ese entonces no tenían la naturaleza de penales. Además de ser utilizadas solo en procesos penales, también están pensadas, únicamente, para la investigación de delitos considerados especialmente repudiables por el ordenamiento jurídico.

¿Podemos comparar la colusión con delitos de narcotráfico, terrorismo, prostitución infantil, entre otros? Lo cierto es que los bienes jurídicos protegidos detrás de estos delitos son extremadamente importantes y el Estado ha decidido, considerando el principio de proporcionalidad, el limitar ciertos derechos fundamentales (pero nunca en su contenido esencial) para resguardar la integridad de la sociedad.

Tanto en la doctrina nacional como en la comparada no existe un acuerdo sobre cuál es exactamente el bien jurídico que se protege mediante el delito de la colusión. Sin embargo, la tesis mayoritaria en la actualidad se inclina por proteger la idea misma del libre mercado en un sentido amplio (Gagliano y Aracena, 2018).

En la historia de la Ley 20.945 se acepta esta posición para fundamentar la tipicidad penal del delito de colusión. En el mensaje presidencial con el cual se inició el proyecto de ley el 16 de marzo de 2015 se establece que:

las penas contempladas en esta propuesta han sido determinadas en proporción a los severos daños que estas conductas fraudulentas causan a una gran cantidad de personas al lesionarse la fe pública, la institucionalidad económica y el bien jurídico de la libre competencia (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2018a: 7).

La libre competencia es un concepto demasiado amplio que permite muchas interpretaciones y, a primera vista, no causa un reproche inmediato de parte de la opinión pública. Por eso, Santander presenta una nueva acepción que le da un contenido de justicia y valor social: «la libertad para emprender, en igualdad de condiciones, para el beneficio personal y social» (Santander, 2009).

La doctrina comparada va más allá y percibe a la colusión como una forma de delito contra la propiedad; una forma más sofisticada de robo que tiene más repercusiones sobre sus víctimas que, por ejemplo, el llamado *lanzazo* que ocurre en el centro de Santiago. Ante esto, Werden dice:

La actividad de los carteles es apropiadamente vista como un crimen a la propiedad, como un robo o un hurto, a pesar de que la actividad del cartel causa un daño económico mucho mayor. La actividad del cartel le roba a los consumidores y a los otros participantes del mercado de los beneficios tangibles de la competencia. La actividad de un cartel nunca es eficiente, o socialmente deseable; los participantes de los carteles

nunca pueden ganar más de lo que el público pierde (Werden, 2009: 23).

Aun con las discusiones doctrinales sobre el bien jurídico protegido de la colusión, es bastante aceptado, tanto interna como comparadamente, que la colusión debe ser considerada como un delito y que merece la utilización de facultades intrusivas para su investigación. Sin embargo, como toda actuación del Estado, esto no puede significar un cheque en blanco y debe contener los resguardos necesarios para que una investigación penal no se vea afectada por consideraciones extrajurídicas.

Dentro del esquema de una investigación y un proceso penal la mejor forma de proteger estos derechos es mediante la garantía del debido proceso, en donde se le aseguran al imputado toda una serie de mecanismos que están pensados para que el *ius puniendi* del Estado solo sea utilizado en los casos en que la sociedad estime completamente necesario. La misma CPR, en su artículo 19 número 3, establece las garantías para un procedimiento justo y racional. El debido proceso juega un rol fundamental en el uso de facultades intrusivas en las investigaciones de la FNE.

Sin embargo, esa no es la única herramienta con la que cuentan las personas para defender sus derechos fundamentales. El uso legítimo del poder del Estado va más allá de la simple conformidad con estándares positivos, sino que exige un análisis mayor de parte de los mismos tribunales.

Para saber si las facultades intrusivas realmente se justifican dentro del ordenamiento jurídico es necesario ver cómo se protege el debido proceso y si el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha sido eficaz al resguardar a las personas de privaciones arbitrarias de sus derechos fundamentales.

De acuerdo al jurista español Víctor Moreno Catena, la investigación penal es:

una serie de diligencias de carácter instrumental y previas al verdadero proceso penal, encaminadas a posibilitar una eventual celebración del juicio, precisamente cuando de su resultado se desprenda la comisión de un hecho delictivo y se hayan podido obtener los elementos de convicción suficientes para basar la acusación (Moreno Catena, 1988: 132).

Es decir, la investigación penal está al servicio de un proceso penal posterior en donde se intentará esclarecer la verdad. Siguiendo con esta lógica, y como dije anteriormente, las facultades intrusivas, después de la Ley 20.945 del 2016, vuelven momentáneamente<sup>12</sup> a ser una institución exclusivamente penal (Cavada Herrera, 2018) debido a que las limitaciones de derechos fundamentales deben estar acorde con el principio de proporcionalidad donde se exige que el fin que se persigue se condiga con la medida utilizada.

Si bien la colusión es un delito penal, su persecución ante tribunales penales es únicamente eventual, teniendo como presupuesto la condena del imputado en sede

---

12. Al año siguiente se publicaría la Ley 21.000 de 2017 que crea la Comisión para el Mercado Financiero que entrega facultades intrusivas incluso mayores a este órgano.

de libre competencia y siendo competencia exclusiva de la FNE la de iniciar el proceso mediante querrela, esto por disposición de los artículos 62 y siguientes del DL 211.

Es así como se presentan, ante el TDLC, un tribunal que no tiene naturaleza penal, las pruebas obtenidas mediante el uso de facultades intrusivas en un procedimiento de libre competencia, y solo eventualmente en un proceso penal (Aydín y Figueroa, 2017: 98),<sup>13</sup> lo que genera un problema de legitimidad en las instituciones y desnaturaliza la finalidad verdadera de las facultades intrusivas.

Además, el TDLC no ha estado exento de críticas por sus inusuales potestades que ponen en duda la legitimidad de sus acciones; de acuerdo al artículo 5 del DL 211, «es un órgano jurisdiccional especial e independiente, sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, cuya función será prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia». Es decir, pese a ser un órgano especializado, está sujeto a las directivas que establezca la Corte Suprema.

Dentro de las atribuciones que tiene este tribunal, establecidas en el artículo 18 del DL 211, se pueden nombrar las de conocer y resolver las causas presentadas por la FNE o a petición de parte sobre infracciones al DL 211, potestades consultivas donde la parte o un interesado puede consultar si ciertos actos infringen las normativas de libre competencia, potestades normativas para dictar instrucciones de carácter general, proponer al presidente de la República modificaciones legales y reglamentarias, entre otras.

Estas potestades no jurisdiccionales han generado altos cuestionamientos sobre la real independencia que puede tener este tribunal al momento de decidir. Incluso la Corte Suprema presentó sus dudas durante la tramitación de la Ley 19.911, que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Tanto la Corte Suprema —por medio de un oficio—, como expertos invitados y varios diputados y senadores, hicieron presente en la discusión parlamentaria del proyecto de ley que creó el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, las inconsistencias que se producen al conferir a un órgano jurisdiccional atribuciones que tradicionalmente son asignadas a organismos administrativos (Velozy y González, 2011: 23).

Esta dualidad es llamativa cuando se recuerda que los grandes sistemas de protección a la libre competencia en el mundo se encuentran divididos entre aquellos con órganos sancionadores jurisdiccionales y órganos sancionadores administrativos. Es una constante batalla entre la independencia y la especialización en la cual Chile ha intentado encontrar un punto medio.

Otro punto que ha generado discusión en torno al TDLC es el tratamiento que este puede tener de las pruebas obtenidas mediante facultades intrusivas. Al existir la posibilidad de que las pruebas se hayan obtenido con una limitación ilegítima a los derechos fundamentales, la institución de la prueba ilícita ahora es aplicable a la libre competencia.

La prueba ilícita, una vez establecida su calidad de tal, tiene como presupuesto que

---

13. Lo que históricamente es probable que no ocurra, considerando que los tribunales chilenos son reticentes a establecer penas de cárcel en crímenes de cuello y corbata.

la sanción sea la inadmisibilidad porque «resulta imposible pretender que el tribunal, después de conocido el elemento de prueba, no vea afectada su convicción por el solo hecho de haberse informado de la existencia de ese elemento» (Horvitz y López, 2002: 179), es decir, el tribunal no debiera en ningún caso conocer el contenido de estas diligencias para evitar que existan incentivos a obtener pruebas con infracción a los derechos fundamentales.

Según Oltra Gras (2015: 190), esta «contaminación» del tribunal ocurriría en sede de libre competencia, ya que, aun cuando el Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago de turno sea el encargado de revisar la prueba y determinar si esta es ilícita, al no haber una audiencia anterior la única manera que tiene el afectado de enterarse de las pruebas obtenidas en su contra es mediante la presentación del requerimiento ante el tribunal. Es así como «no existe seguridad en cuanto a que el TDLC no forme su convicción a base del medio probatorio ilícito presentado, el que podría influir inevitablemente en su decisión» (Oltra Gras, 2015: 190).

Pese a todas estas críticas, es justo señalar que la institucionalidad (entiéndase por esto la FNE y el TDLC) ha actuado intachablemente al momento de presentar y valorar este tipo de pruebas en la práctica, aun cuando el sistema de resguardo a los derechos fundamentales pudiese ser mejorado. De hecho, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), en su informe de 2010, reconoce la efectividad del sistema de libre competencia en Chile:

Aun cuando la ley de libre competencia en Chile es simple, y las reglas sustantivas son más generales que las encontradas en otras jurisdicciones, este informe encontró que mantiene una política y aplicación efectivas contra los acuerdos restrictivos y acciones concertadas, contra abuso de posición dominante, exclusión predatoria y fusiones anticompetitivas (OECD, 2010: 3).

No obstante, la regulación en torno a la colusión tiene grandes deficiencias que, si bien hasta hoy no han sido explotadas por personas inescrupulosas, sí representan un peligro latente en un sistema que se encuentra con una crisis en su diseño institucional entre lo penal y lo administrativo.

## **Conclusiones**

Si bien la reforma legislativa que entregó facultades intrusivas a la FNE fue impulsada por la coyuntura nacional, Chile tenía un gran déficit para enfrentar la colusión. Sin embargo, cuando se acepta la necesidad de un cambio hay que preguntarse si es el adecuado. Las facultades intrusivas, como se dijo, son usualmente entregadas a un órgano persecutor con una independencia garantizada, están sujetas estrictamente al debido proceso y solo deben ser usadas para los delitos más graves. Estos requisitos son una muestra del reconocimiento de lo delicado que es limitar derechos fundamentales.

Es deber del Estado, entonces, responder a las críticas que se le formulan. En primer lugar, sobre la independencia de la FNE, un servicio público que forma parte de la Ad-

ministración del Estado bajo la supervigilancia del Ministerio de Economía y que, por lo tanto, recibe directamente los planes, programas y políticas públicas del gobierno.

En este punto, Chile presenta una tensión que caracteriza a los sistemas de libre competencia en el mundo: un sistema administrativo consultivo y sancionatorio, y un sistema adversarial con sanciones penales. La FNE, parte de la Administración, es propia del primer modelo, pero si queremos que tenga un rol activo en un sistema criminal se debe reforzar su independencia, por ejemplo, al cambiar la elección del Fiscal Nacional Económico del Sistema de Alta Dirección Pública por un proceso más parecido al nombramiento del Fiscal Nacional.

Otra opción viable para este problema sería que la FNE, o al menos una parte de ella, se convirtiera en una sección especializada del Ministerio Público para los casos específicos de colusión, lo que permitiría un mejor resguardo del debido proceso y haría mucho más fácil la persecución penal efectiva que en la práctica es inexistente en Chile.

Por otro lado, está la duda de si la normativa del debido proceso es suficiente para el resguardo de los derechos fundamentales que se limitan. En este punto, la normativa chilena tiene bastante que avanzar, si bien el actuar de los órganos involucrados ha sido intachable hasta ahora, es imposible separar el debido proceso de su imparcialidad e independencia. El TDLC no puede tener facultades de promoción y consulta cuando estas son propias de la Administración, y la FNE debe encontrar formas de garantizar su independencia normativa, no solo de práctica.

Finalmente, la crítica que asegura que las facultades intrusivas, hechas únicamente para delitos penales, están siendo usadas casi exclusivamente en sede de libre competencia en el caso de la colusión. Para este punto se recomienda crear incentivos a la FNE para que la persecución penal sea eficaz, como permitir que ambos procesos se sustancien paralelamente y no solo después de que hayan pasado alrededor de seis años cuando las posibilidades de penas efectivas son mínimas, o devolver al Ministerio Público la titularidad de la acción penal.

Si bien este ha sido un proceso relativamente nuevo en la sociedad cuando se compara con otros delitos como el homicidio, es innegable que coartar la libertad de emprendimiento o el robo deliberado de los beneficios de la libre competencia es tanto o más repudiable para el ordenamiento jurídico.

Aún no existe un modelo efectivo y eficaz para detener a los carteles de colusión y a la vez prevenirlos. Los países que tienen éxito en esta lucha han pasado por un largo camino de ensayo y error en el que ahora se encuentra Chile. Es importante ser críticos de la legislación para poder contribuir a su mejoramiento en el futuro.

## Referencias

- AGOSTINI, Claudio, Eduardo Saavedra y Manuel Willington (2007). «Las fallas del Fallo Isapres». *Observatorio Económico Universidad Alberto Hurtado*, 9: 1-8. DOI: <https://doi.org/10.11565/oe.vi9.358>. Disponible en <https://bit.ly/37HxpZq>.
- AWAD CHERIT, Alejandro, Antonio Bascañán Rodríguez, Miguel Chaves Pérez y Mar-

- cos Contreras Enos (2017). *Informe en derecho: La interposición de querellas por el delito de colusión*. Disponible en <https://bit.ly/2Uf2zVa>.
- AYDÍN, Umut y Nicolás Figueroa (2017). «Capítulo III. Carteles: propuestas para un combate efectivo a la colusión». Centro de Políticas Públicas UC (compilador), *Propuestas para Chile. Concurso Políticas Públicas 2016*. Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile. Disponible en <https://bit.ly/3iCaHIB>.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2011). *Derecho Administrativo General*. 2.ª ed. Santiago: Legal Publishing Chile.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (2018). *Historia de la Ley 20.945 – Perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia*. Disponible en <https://bit.ly/2Ud5PQV>.
- . (2018). «Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, recaído en el proyecto de ley de reforma constitucional que crea el Ministerio Público». *Historia de la Ley 19.519 – Crea el Ministerio Público*. Disponible en <https://bit.ly/3xLOUCt>.
- CAMACHO CEPEDA, Gladys (2018). «Marco Jurídico para Resguardar la Probidad en la Función Pública en Chile». *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 68 (271): 763-788.
- CAVADA HERRERA, Juan Pablo (2018). «Regulación de las medidas intrusivas». Informe para asesoría técnica parlamentaria. Biblioteca Nacional del Congreso de Chile, Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones. Disponible en <https://bit.ly/3ACAtTb>.
- CRUZ TANHUZ, María Elina (2016). «El nuevo escenario de la colusión tras la modificación del año 2016». Working Paper. Centro de Derecho Regulatorio y Empresa UDD. Disponible en <https://bit.ly/3jSNDEQ>.
- FERNÁNDEZ, Miguel Ángel (2005). «La exclusividad de la función investigadora del Ministerio Público y su vinculación con el quehacer de la Defensoría Penal». *Estudios Constitucionales*, 3 (2): 277-307. Disponible en <https://bit.ly/3jOfPsr>.
- FUCHS, Andrés (2017). «Relevancia y admisibilidad de la prueba en libre competencia». *Reflexiones sobre el derecho de la libre competencia: Informes en derecho solicitados por la Fiscalía Nacional Económica*. Santiago: Ediciones de la Fiscalía Nacional Económica. Disponible en <https://bit.ly/3CLpitd>.
- GAGLIANO SILVA, José Antonio y Aracena Salgado, Pedro (2018). «Aproximación al tipo penal introducido por la Ley 20.945: Delito de colusión». *Revista de Estudios de la Justicia*, (29), 121-152. Disponible en <https://bit.ly/3B1KdZS>.
- HORVITZ, María Inés, Julián López (2002). *Derecho Procesal Penal Chileno. Volumen 2*. Santiago: Jurídica de Chile.
- MORENO CATENA, Víctor (1988). «Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal». *Poder Judicial*, n. especial II: 131-172. Disponible en <https://bit.ly/3ABi5Kl>.
- OECD (2010). *Accession Report on Competition Law and Policy*. Disponible en <https://bit.ly/3xGTh1R>.

- OLTRA GRAS, Ignacio (2015). «La prueba ilícita en materia de libre competencia». *Revista de Derecho* (Universidad Austral de Chile), 28 (2): 169-192. Disponible en <http://bit.ly/3AyyhyG>.
- PAREJO, Luciano (2010). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- SANTANDER, Boris (2009). «El injusto anticompetitivo y las restricciones verticales». *Revista Anales Derecho UC: Temas de Libre Competencia*, 5 (Sección Primera, Tercera Jornada de Libre Competencia): 39-59.
- SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard (2012). «Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo. Necesidad de innovación y presupuestos metodológicos». *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*. Sevilla: Global Law Press. Disponible en <https://bit.ly/2VSyeMX>.
- SILVA SALSE, Manuel (2015). «Diligencias de investigación limitativas de derechos fundamentales o intrusivas otorgadas a la fiscalía nacional económica». *Revista de Filosofía y Ciencias Jurídicas* (Universidad de Valparaíso) 4, (7): 73-101. Disponible en <https://bit.ly/37CpqNl>.
- VALDIVIA, José Miguel (2018). *Manual de Derecho Administrativo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- VELOZO, Javier y Daniela González (2011). «Reflexiones en torno a algunas de las facultades extrajurisdiccionales del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia». *La libre competencia en el Chile del bicentenario*. Santiago: Thomson Reuters Puntotex. Disponible en <https://bit.ly/3goBnBg>.
- WERDEN, Gregory (2009). «Sanctioning Cartel Activity: Let the Punishment Fit the Crime». *European Competition Journal*, 5 (1): 19-36 (1-21). Disponible en <https://bit.ly/3sfLxTw>.

## Agradecimientos

Este artículo surge de la memoria de título para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales: «Mirada Crítica a las Facultades de la Fiscalía Nacional Económica», guiado por la profesora Gladys Camacho Cepeda y aprobada el 2020.

## Sobre la autora

Carolina Andrea Serrano Herrera es abogada, licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Actualmente es abogada asesora de la Secretaría General de la Universidad de Santiago de Chile. Su correo electrónico es [carolina.serrano@ug.uchile.cl](mailto:carolina.serrano@ug.uchile.cl).  <https://orcid.org/0000-0002-2420-1689>.

## REVISTA DE DERECHO PÚBLICO

---

La *Revista de Derecho Público* es publicada desde 1963 por el Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Aparece dos veces al año. Su propósito es la difusión de los avances del derecho público nacional e internacional y la socialización de artículos de investigación inéditos de la comunidad académica nacional e internacional.

### DIRECTORA

Ana María García Barzelatto

### SECRETARIO DE REDACCIÓN

Felipe Peroti Díaz

[fperoti@derecho.uchile.cl](mailto:fperoti@derecho.uchile.cl)

### SITIO WEB

[revistaderechopublico.uchile.cl](http://revistaderechopublico.uchile.cl)

### CORREO ELECTRÓNICO

[publico@derecho.uchile.cl](mailto:publico@derecho.uchile.cl)

### LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial  
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo  
estuvieron a cargo de Tipografía

[www.tipografica.io](http://www.tipografica.io)