

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DICTADA EN EL ROL NÚMERO 1.377- 2009. MODIFICACIÓN NORMAS SOBRE PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA. CONTROL PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDAD

VÍCTOR MANUEL AVILÉS HERNÁNDEZ

RESUMEN: El autor comenta un fallo de mayoría del Tribunal Constitucional, que, en su opinión, elude entrar al fondo del asunto en una materia donde se encuentran en juego, ni más ni menos, que la relación entre la soberanía, los derechos fundamentales y los poderes principales de los tribunales de justicia y el Ministerio Público. Así, el articulista plantea que más allá de la supuesta necesidad de contar con un sistema de delación compensada que, a su vez, requiere para ser eficiente de un pánico a la detección sorpresiva de colusiones (lo que presupone las Facultades Intrusivas que se otorgan), es constitucionalmente inaceptable que la pretendida eficiencia se lleve por delante garantías constitucionales incluso de terceros no involucrados.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Análisis de la modificación al DL 211 contenida en la ley 20.361 de 2009. 3. Descripción de la Resolución. 4. Análisis de la Resolución. 5. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Mediante resolución de 23 de junio de 2009, el Tribunal Constitucional se pronunció en un fallo de mayoría, declarando la constitucionalidad de determinadas normas del proyecto de ley que modifica el DFL 1 de 2005 sobre protección de la libre competencia (DL 211 de 1973 o, simplemente, el “**DL 211**”), en adelante la “**Resolución**”.

El proyecto de ley revisado por el Tribunal Constitucional fue ampliamente debatido antes de su aprobación en el Congreso, lo que

se tradujo en la polémica suscitada en la dictación misma de la resolución analizada. Ella consta de un fallo de mayoría, una prevención y dos disidencias.

Por la importancia para los derechos de las personas y su relación con políticas públicas de prevención de determinadas conductas atentatorias contra la libre competencia, aprovecharemos este espacio no solo para analizar la resolución del Tribunal Constitucional en cuestión sino que, además, para deslizar algunas críticas de fondo a la que hoy es ley de la República.

2. ANÁLISIS DE LA MODIFICACIÓN AL DL 211 CONTENIDA EN LA LEY 20.361 DE 2009

La modificación al DL 211 trató, entre otras, de materias tales como el reforzamiento de las labores de prevención de atentados a la libre competencia; la mejor tipificación de las conductas calificables como *colusivas* o de *cartelización*; ciertas normas relativas a los nombramientos de ministros del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sus incompatibilidades, remuneraciones, inhabilidades, causales de recusación, etc.; normas sobre el conocimiento de materias no contenciosas por el tribunal señalado; normas de prescripción especiales para los casos de colusión; regulación del procedimiento sancionatorio y multas aplicables; remoción del Fiscal Nacional Económico; reserva de los expedientes de investigación administrativa y otras facultades del funcionario señalado, además de ciertas facultades preventivas relativas a los cambios en la propiedad de los medios de comunicación social. No obstante ello, las materias centrales y más debatidas tuvieron relación con las herramientas para luchar en contra de los acuerdos entre competidores y, particularmente, las instituciones de la delación compensada y ciertas diligencias investigativas extremas. En el camino quedaron otras iniciativas que no podemos dejar de mencionar, particularmente, por el peligro que ellas entrañaban para ciertas garantías individuales. Entre ellas, la posibilidad de dirigir investigaciones previas, realizar estudios de mercados y formular recomendaciones.

Como se enunció, en lo medular, la última modificación al DL 211 fue precedida de una gran discusión interna, la que no fue más que una réplica de la discusión que se ha dado en otras latitudes que han adoptado las herramientas que ahora se incorporaron a nuestro

repertorio legal. En efecto, no es este un caso de creatividad criolla, sino que se trata de una importación más de aspectos aislados de los sistemas legales extranjeros, con lo que ello implica.

Así las cosas, sea por su importancia real –cantidad de conductas colusivas que se producen en Chile efectivamente– sea por la gravedad indudable de las mismas, nuestra autoridad de la libre competencia reclamó por años la necesidad de contar con herramientas que aumentaran la eficacia preventiva de la ley en base a las amenazas de fiscalización intrusiva. Por su parte, la prueba circunstancial y/o en base a presunciones de las conductas colusivas, en general, no fue suficiente para lograr su sanción efectiva pues la misma suele ser equívoca. Luego, era necesario acceder a documentación o antecedentes directos sobre la existencia de la colusión en un campo donde el paralelismo de precios o el seguimiento a un líder¹, como base de presunciones, podía llevar a errores particularmente injustos y contrarios al propósito de resguardar la libre competencia. En este contexto se explica el proyecto sobre el que se pronunció el Tribunal Constitucional.

Básicamente, el enfoque inicial que subyace tras el proyecto parte de la base de que la colusión es un buen negocio para todos los que la conocen y pactan, hasta que puede ser amenazada. Si la amenaza a la colusión es grave (no solo por la pena aplicable en abstracto a la misma sino que principalmente por el hecho de que hay riesgo cierto de que será detectada y sancionada), en algún punto resulta mejor “negocio”, delatarla. Luego, la delación compensada resulta, más que en un sistema de sanción, en un eficiente mecanismo de prevención de las colusiones solo en la medida que exista la amenaza de ser descubiertos dado el ejercicio de facultades de ingreso a lugares privados, de allanamiento y descerrajamiento, de registro e incautación de objetos, de interceptación de comunicaciones y obtención de los registros de las mismas de las empresas de dicho giro, todas ellas las **“Facultades Intrusivas”**. Solo si en cualquier momento la autoridad puede ejercer dichas facultades, existe un riesgo creciente para el privado bajo colusión, mismo que valorado conforme la entidad de la pena posible puede, en algún minuto, su-

¹ En efecto, dichos síntomas pueden ser tanto de una colusión como de un mercado extremadamente competitivo, donde existe permanente vigilancia mutua entre los actores.

perar económicamente al beneficio marginal de la colusión. Luego, si el sistema de delación compensada permite acotar dicho riesgo, se desestabiliza el acuerdo colusivo. Lo anterior requiere, además, que el sistema de delación compensada solo beneficie –o lo haga en mucho mayor medida– a quien primero delate el acuerdo colusivo y aporte antecedentes para su sanción. Ello permite, a su vez, que exista una “carrera” por denunciarse, que anticipe el freno a los efectos negativos de la colusión. Así las cosas, el mecanismo de la delación compensada sumada a las Facultades Intrusivas, desincentiva la cartelización (disuade), aumenta su castigo efectivo y abarata los costos administrativos de su persecución.

Todo este análisis es archiconocido para quienes ejercen y estudian la normativa de la libre competencia, especialmente en el derecho comparado. Las instituciones de los allanamientos (*dawn raids*) y de la delación compensada (*leniency*) tienen bastante arraigo en países europeos, aunque una muy remota aplicación en los países latinoamericanos, donde Brasil es la excepción.

La pregunta de fondo es si todos los evidentes beneficios de eficiencia que involucran la delación compensada –especialmente si se le dota de herramientas para que ella misma no sea una fuente de competencia desleal– y lo que al parecer es su costo asociado necesario –las Facultades Intrusivas– son permisibles bajo nuestro sistema constitucional, máxime si se violentan garantías constitucionales. En nuestra opinión, no lo son, especialmente por la necesidad de que exista una mínima proporcionalidad entre los bienes jurídicos que se quieren resguardar, el desvalor de la conducta que se quiere evitar o sancionar y el daño que se produce en el camino. En Chile la colusión no tiene sanción penal, es decir, el legislador no ha dado tal nivel de protección al bien jurídico subyacente. Además, la colusión no asocia, en su persecución, la plenitud de las garantías de las que debe gozar el investigado en una causa penal. Luego, se extrae de tal situación que el desvalor de la conducta no es de extrema gravedad (no lo creemos así) o, al menos, el bien jurídico no merece tal nivel de protección para el legislador (tampoco compartimos este aserto). La verdad, detrás de la no sanción penal de la colusión posiblemente existe otra razón práctica; su persecución no es posible en un esquema penal, donde se apliquen todas las garantías del caso, particularmente, en la descripción del tipo y el nivel de prueba y convicción. Luego, manteniendo una sanción

de falta, se permite una mayor eficacia de persecución por las tolerancias que la misma acepta en cuanto a la protección de las garantías del investigado.

Ahora bien, si esta ha sido la decisión del legislador, la misma no es conciliable con que en el camino se dote a la autoridad dependiente del Ejecutivo de Facultades Intrusivas que, sin lugar a duda, afectan derechos constitucionales. Importantes entidades dependientes del Ejecutivo pueden ser actores investigados y, en todo caso, siempre existe el riesgo de que las herramientas de libre competencia tiendan a usarse para fines regulatorios, más allá de lo aconsejable, o para implementar políticas públicas. Por su parte, las normas procedimentales establecidas en el DL 211 son del todo insuficientes y solo se explican por la pretendida efectividad buscada pero, de manera alguna, satisfacen los requerimientos propios de un racional y justo procedimiento. Razones de justicia, independencia e incluso efectividad en la protección de los mercados, que también puede ser afectada por servicios públicos, dan sustento a esta crítica.

Por su parte, la reforma en su integridad no considera elementos especiales de responsabilidad de los funcionarios y, lo que es más grave, de responsabilidad del Estado por la afeción de derechos individuales, con independencia de la existencia de dolo o culpa de parte de sus agentes. Ello pues debe recordarse que es perfectamente posible que se apliquen las Facultades Intrusivas a un tercero que no se encuentra sujeto a investigación alguna.

Asimismo, no compartimos que existiendo una diligencia practicada en ejercicio de las Facultades Intrusivas, que ha causado perjuicios a un particular y que eventualmente ha sido realizada en infracción de la propia autorización al respecto, el reclamo deba ser conocido en un proceso breve y sumario, donde sigue existiendo como sustrato de fondo la necesidad de contar con medidas urgentes de prevención o sanción de los carteles.

Por su parte, no creemos que el número 5 del artículo 19 de la Constitución Política de la República constituya una limitación absoluta a la incorporación razonable de instituciones como las Facultades Intrusivas. En efecto, la norma constitucional remite al legislador –estableciendo reserva de ley estricta al respecto– la facultad de determinar cuándo puede allanarse el hogar o interceptarse las comunicaciones privadas. Luego, debe ser un tribunal el que –bajo

un procedimiento racional y justo— dé aplicación a la voluntad legal al respecto. Así las cosas, existiendo una norma legal que señale “los casos y formas” en que procede realizar tales actividades *per se* dañinas, con suficiente densidad normativa no dejando más que espacio a la aplicación y no a la discreción, sí es posible implementar Facultades Intrusivas. El problema es que no es el caso de la norma del DL 211. La misma degrada la regulación de la materia, haciéndola pasar del legislador a un funcionario del Ejecutivo en cuyas manos deja la posibilidad de determinar la procedencia de dichas medidas. Lo anterior no se desfigura por un control breve y sumario de un tribunal y de un ministro de otro.

Por su parte, dentro del mecanismo de la delación compensada, se reconocen una serie de facultades al Fiscal Nacional Económico que limitan el rango normal de aplicación de sanciones de multa por parte del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Dichas atribuciones del funcionario indicado, en nuestra opinión, pugnan con la garantía relativa a la legalidad de las sanciones, contenida en el número 3 del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Ello, pues finalmente no es el juez quien, en calidad de intérprete, aplica la voluntad legal a modo de sanción desde que se interponen las valoraciones de parte del Fiscal Nacional Económico.

Otro aspecto que sin duda dará que hablar es la forma en que el escaudado sistema de protección de las garantías constitucionales y de la legalidad del que dota al afectado el DL 211 operarán, por ejemplo, en relación a la acción constitucional de protección. Es posible que se estime que existiendo un procedimiento especial de autorización y control del ejercicio de las Facultades Intrusivas del que se debe y puede hacer uso, no existe una situación de hecho fuera del amparo del derecho que amerite la procedencia de la acción de protección. Si bien dicha interpretación es inaceptable constitucionalmente, desde que el legislador no puede anteponer ni desconocer una acción constitucional, tal argumentación no es inverosímil ni desconocida en nuestro medio.

Finalmente, la reforma en cuestión recoge ciertos elementos del derecho comparado que, en el contexto en que han sido creados, van acompañadas de un conjunto de normas orgánicas que aseguran el mayor respeto de los derechos individuales. Dichas normas orgánicas y de responsabilidad del Estado y el funcionario no existen en el proyecto. En tal sentido, la reforma podría estimarse coja.

3. DESCRIPCIÓN DE LA RESOLUCIÓN

La Resolución contiene un fallo de mayoría, una prevención y dos votos de minoría.

El fallo de mayoría, en sus distintos considerandos, en resumen da cuenta e indica lo siguiente:

- Que mediante el respectivo oficio, la cámara de origen del proyecto de modificación del DL 211 remitió al Tribunal Constitucional el mismo, para el control preventivo de conformidad a lo dispuesto en el número 1 del artículo 93 de la Constitución Política de la República, indicando los preceptos que por su carácter de ley orgánica constitucional quedaban sujetos al trámite respectivo (considerandos primero y segundo).
- Que el artículo 77 de la Constitución Política de la República dispone que la Corte Suprema deberá pronunciarse previamente en relación a leyes orgánicas constitucionales relativas a la organización y atribuciones de los tribunales. En opinión de la mayoría, los preceptos sometidos a su consideración se refieren a esta materia (considerandos tercero y quinto).
- Se indican los preceptos sometidos al control preventivo del Tribunal Constitucional, los que se refieren a las siguiente materias: nombramiento de los suplentes del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia; las incompatibilidades de los ministros titulares o suplentes de dicho tribunal; las sanciones asociadas a la violación de tales normas y el procedimiento para su aplicación; ciertas causales de remoción del Fiscal Nacional Económico que requieren de un informe favorable de la Corte Suprema; la forma en que el Fiscal Nacional Económico puede ordenar a Carabineros o la Policía de Investigaciones, previo control judicial, el ingreso a lugares privados, el allanamiento y descerrajamiento, el registro e incautación de objetos, la interceptación de comunicaciones y la obtención de los registros de las mismas de las empresas de dicho giro (considerandos cuarto y octavo).
- Se señala que pese a no haber sido remitidos expresamente por el Congreso –cámara de origen– para su control constitucional preventivo, el Tribunal Constitucional debe pronunciarse además sobre otros preceptos, especialmente teniendo presente que los mismos se refieren a normas que previamente ya ha-

bían sido sometidas a dicho control (considerandos sexto y séptimo).

- Que en atención a que el ejercicio de las Facultades Intrusivas presuponen una aprobación previa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la autorización de un Ministro de Corte de Apelaciones, previa verificación de que existen antecedentes precisos y graves de una colusión, debiendo dicha autorización indicar las medidas concretas, el tiempo de su ejercicio, las personas afectadas y los demás requisitos y formalidades, así como el derecho de los afectados de reclamar ante el mismo Ministro de Corte de Apelaciones, se “satisfacen las exigencias constitucionales” en cuanto a “proteger adecuadamente la dignidad y derechos fundamentales de los afectados” (considerandos noveno y décimo).
- Que se ha cumplido con los quórums aplicables y con el trámite previo de escuchar a la Corte Suprema (considerandos undécimo y duodécimo).
- Que, concluyendo, las normas que en definitiva deben ser objeto del control preventivo del Tribunal Constitucional no son contrarias a la Carta Fundamental (considerando decimotercero y resuelvos primero y segundo).

La prevención fue formulada por el ministro señor Enrique Navarro Beltrán. En ella, a propósito de la declaración de constitucionalidad de las nuevas facultades del Fiscal Nacional Económico, desliza una crítica de fondo a la institucionalidad existente. Indica que mal puede haber una investigación racional y justa, conforme exige el artículo 19 número 3 de la Constitución Política de la República si, paralelamente, el Fiscal Nacional Económico queda sometido a la supervigilancia del Presidente de la República.

Por su parte, existe un primer voto disidente de los ministros señores José Luis Cea Egaña y Marcelo Venegas Palacios, quienes estuvieron por declarar la inconstitucionalidad de la nueva letra n) del artículo 39 del DL 211, norma referida a las Facultades Intrusivas del Fiscal Nacional Económico. Lo anterior, por los siguientes argumentos:

- El ministro de Corte de turno carecería de competencia para objetar la persona del “funcionario de la Fiscalía Nacional

Económica” indicado por el Fiscal Nacional Económico a efectos del ejercicio de las Facultades Intrusivas, las que afectan importantes derechos constitucionales. Lo anterior afectaría la independencia y autonomía que el artículo 76 de la Constitución Política de la República le reconoce al Poder Judicial (puntos 6 y 7).

- Adicionalmente, consideran los disidentes que la ley es inconstitucional en cuanto deja bajo la dirección de determinado funcionario de la Fiscalía Nacional Económica –organismo público descentralizado– a Carabineros y a la Policía de Investigaciones. Lo anterior, pese a que la propia Constitución Política de la República señala en su artículo 101 que tales organismos, que conforman las fuerzas de Orden y Seguridad Públicas, dependen del ministerio encargado de la Seguridad Pública. Hacen ver, por su parte, que la propia Constitución Política de la República cuando ha querido excepcionar de dicha dependencia y dirección a Carabineros y la Policía de Investigaciones, entregándola a un organismo diverso, así lo ha señalado expresamente. Tal es el caso del artículo 76 –que reconoce a los tribunales de justicia la facultad de impartir órdenes directas a las fuerzas indicadas– o del artículo 86, en cuanto al Ministerio Público, en el contexto de una investigación (punto 7).
- Finalmente, consideran los disidentes que el hecho que ante un reclamo de los afectados por el ejercicio de las Facultades Intrusivas, el ministro de la Corte de Apelaciones deba resolver de inmediato, en una sola audiencia, oyendo a las partes y sin forma de juicio, en una materia donde existen comprometidos importantes derechos constitucionales, no satisface el mandato constitucional del número 3 del artículo 19 de la Constitución Política de la República sobre que la ley debe establecer siempre las “garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos” (punto 8).

Finalmente, existe una segunda disidencia, presentada por el ministro señor Mario Fernández Baeza. La misma se puede resumir de la siguiente manera:

- Las normas sobre reserva o confidencialidad infringirían lo dispuesto en el artículo 8 de la Constitución Política de la Repú-

blica. El proyecto faculta al Fiscal Nacional Económico para, de oficio o a petición de parte, declarar la reserva de ciertas piezas del expediente para proteger la identidad de los declarantes en el mecanismo de delación compensada, resguardar la eficacia de la investigación o proteger secretos o fórmulas comerciales con efectos en la competitividad. En opinión del disidente, ninguna de estas causales cabe en las excepciones que expresamente indica el artículo 8 de la Constitución Política de la República, norma que sitúa la reserva como la excepción (puntos 1 y 2).

- La igualación de la Fiscalía Nacional Económica al Ministerio Público infringiría el artículo 83 de la Constitución Política de la República. En opinión del disidente, la nueva letra n) del inciso segundo del artículo 39 del DL 211, al señalar que las menciones del Código Procesal Penal a “fiscal” y “Ministerio Público” deben entenderse realizadas al “Fiscal Nacional Económico”, violaría lo dispuesto en el artículo 83 de la Constitución Política de la República puesto que en el extremo permitiría que este último funcionario pudiera investigar delitos y no simples faltas, en infracción de la exclusividad que al respecto ha dispuesto para el Ministerio Público la Carta Fundamental. Además, con graves efectos materiales y procesales, se entendería que las multas del DL 211 serían consideradas penas, derechamente. Igual efecto de inconstitucionalidad generaría la remisión que el proyecto hace, en general, al Código Procesal Penal en cuanto a los requisitos del ejercicio de las Facultades Intrusivas. En la misma línea, estima que sería inconstitucional la posibilidad de que, en definitiva, el funcionario de la Fiscalía Nacional Económica pudiese impartir instrucciones a Carabineros y la Policía de Investigaciones (puntos 3 a 6).
- Las Facultades Intrusivas violarían lo dispuesto en el número 5 del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Califica de exceso para un estado de derecho “y evidente inconstitucionalidad” las Facultades Intrusivas que se entregan al Fiscal Nacional Económico en la nueva letra n) del artículo 39 del DL 211. Ello, por lo indicado en el inciso segundo del artículo 5 de la Constitución Política de la República, que señala a los derechos esenciales que emanan de la persona

humana como un límite al ejercicio de la soberanía, lo que debiese aplicarse al legislador y a la autoridad administrativa. El proyecto, por aplaudido que sea, no puede violentar derechos fundamentales emanados de la persona humana, sean o no “esenciales” como innecesariamente indica el texto constitucional. El proyecto desconoce derechos esenciales contenidos en el número 5 del artículo 19, sobre inviolabilidad del hogar, las comunicaciones y documentos privados. Desde antiguo estos derechos han sido consagrados en nuestros ordenamientos constitucionales como “derechos de defensa”, precisamente frente a la actuación del Estado o incluso del legislador. Por su parte, no se cumplirían los requisitos que la doctrina exige para que la violación de derechos fundamentales fundamentada en bienes jurídicos relevantes transforme en no antijurídica una conducta que naturalmente lo es. En efecto, no existe proporción alguna que explique que la colusión, conducta sancionada en el artículo 3 del DL 211 como simple falta —es decir, no valorada a tal punto en su gravedad que amerite sanción penal en el sentido estricto—, permita en su investigación dañar derechamente otros bienes jurídicos relevantes, como la inviolabilidad reclamada. Por su parte, tampoco es aceptable que dicha afección a bienes jurídicos relevantes y protegidos constitucionalmente pueda tener como respaldo solamente la actuación de un Ministro de Corte de Apelaciones en un contexto sumario y sin haber dirigido investigación alguna, tanto para otorgar la autorización de proceder como para resolver los reclamos que se puedan presentar en contra de los excesos cometidos, lo que puede implicar infracciones a las garantías del debido proceso. Finalmente, indica que el control abstracto de constitucionalidad de una norma legal es amplio y no meramente formal.

4. ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN

Correctamente, el Tribunal Constitucional sigue el precedente de que no toda ley que contenga preceptos de rango orgánico constitucional son objeto de la revisión preventiva dispuesta en el número 1 del artículo 93 de la Constitución Política de la República. Luego, al interior del mismo proyecto, solo se deben analizar los preceptos determinados que por su materia posean dicho rango.

En la Resolución se hace un adecuado entendimiento en cuanto al alcance amplio de la expresión “la ley orgánica constitucional relativa a la organización y atribuciones de los tribunales...” contenida en el artículo 77 de la Constitución Política de la República. Lo anterior, sobre la base que no se trata de un cuerpo normativo único sino de una o más normas cualesquiera que, por su materia, deban tener dicho rango orgánico constitucional. Esto permite que se escuche a la Corte Suprema en el contexto de la tramitación de diferentes cuerpos legales que, en su contenido, refieran a la organización o atribuciones de los tribunales.

Algunos de los preceptos sometidos a la consideración del Tribunal Constitucional se refieren a calidades que deben tener los jueces, particularmente las que no deben tener, al regular las incompatibilidades. Si se tiene presente la redacción del inciso primero del artículo 77 de la Constitución Política de la República, se podría concluir que dicha materia no cabe dentro del concepto “organización y atribuciones de los tribunales”. Luego, interpretando de esta forma dicha noción, no sería necesario oír a la Corte Suprema en relación a las calidades que deben o no tener los jueces.

Parece, además, adecuado a la necesidad de velar por el interés en la supremacía de la Constitución Política de la República –norma que obliga directamente– que el Tribunal Constitucional incluya oficiosamente en el análisis aquellos preceptos del proyecto de ley que, pese a referirse a materias de ley orgánico constitucional, no fueron expresamente indicados en el oficio de la Cámara de origen que remite el mismo para el control preventivo.

Adicionalmente, nos parece acertado que el Tribunal Constitucional ejerza un control de la constitucionalidad en cuanto al fondo (respeto de la dignidad de los afectados y sus derechos fundamentales) así como a la forma, en lo relativo a los quórums y trámites constitucionales de aprobación del precepto.

La prevención del ministro señor Navarro desliza elementos que por sí mismos podrían fundar sobradamente un cuestionamiento a la constitucionalidad del precepto que, pese a ello, se declara constitucional con el voto de quien formula la prevención. En efecto, considera que no puede haber una investigación racional y justa si la misma es conducida por un funcionario que, aunque a la cabeza de un organismo descentralizado, se encuentra sometido a la super-

vigilancia de Presidente de la República a través del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. Esta prevención se funda en la doctrina expresada por Domingo Valdés Prieto, en *Independencia de la Fiscalía Nacional Económica: Una Proposición para Garantizarla*, revista *Ius Publicum* número 18, año 2007. Lo anterior se basa en la amplitud del inciso final del número 3 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, norma que indica que siempre el legislador debe establecer las garantías de un procedimiento e investigación racionales y justos. Ello, dado que atentaría contra dichas garantías el hecho de que no exista independencia del Poder Ejecutivo y precursor de las políticas públicas de quien, en calidad de Fiscal Nacional Económico, debe dirigir las investigaciones. La idea central que propone Valdés Prieto es que, conforme lo dispuesto en el número 22 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, el Estado y sus organismos, lo que incluye la Fiscalía Nacional Económica, deben dar un trato igualitario a todos los actores económicos, sean públicos o privados. Luego, si el Fiscal Nacional Económico es nombrado en un proceso de alta dirección pública conforme la ley 19.822 donde existe una intervención decisiva del Presidente de la República y, además, puede ser removido también con participación de la autoridad ejecutiva, la que además es la cabeza final de las empresas del Estado o con participación de este, mal puede considerarse que el diseño en cuestión otorga suficientes garantías en caso que, precisamente, los investigados y/o acusados sean personas ligadas al ente público o sus empresas². Entendemos que el ministro señor Navarro no haya asumido, derechamente, la inconstitucionalidad de la normativa, toda vez que los preceptos que concretamente se sometieron a la competencia del Tribunal Constitucional no se refieren medularmente a la dependencia de la Fiscalía Nacional Económica ni a sus facultades de investigación, sino más bien a determinadas atribuciones específicas que podrían ser utilizadas en la misma. No obstante ello, aún así, estimamos que la gravedad de dichas facultades, su capacidad cierta de afectar derechos individuales incluso de terceros no involucrados en los ilícitos investigados y la relación directa con la investigación de conductas, hacen necesario profundizar en el futuro esta línea de análisis.

² Sugerimos revisar este pensamiento en www.expansiva.cl/media/en_foco/documentos/07052007122105.pdf

En cuanto al voto disidente de los ministros señores Cea Egaña y Venegas Palacios, podemos señalar:

- Nos parece adecuado que se ponga acento en la importancia del funcionario que el Fiscal Nacional Económico nombre a efectos de ejercer las Facultades Intrusivas, puesto que las mismas afectan importantes derechos individuales. No obstante ello, en nuestra opinión, es un error y contrasentido declarar en una resolución que el ministro de la Corte de Apelaciones no podrá ponderar la calidad del funcionario propuesto, máxime si ministro puede derechamente denegar la autorización solicitada. Asimismo, no nos parece atendible el argumento de que la norma legal afecte la independencia y autonomía del Poder Judicial, toda vez que el mismo debe ejercer dicha facultad dentro del contexto de ejecutar las leyes. En todo momento, el ministro de Corte de Apelaciones puede rechazar la solicitud si por su contenido, lo que incluye el nombramiento del funcionario, no parece ser jurídicamente tolerable.
- En cuanto a la objeción relativa a poner bajo las órdenes de un funcionario de la Fiscalía Nacional Económica a personal de Carabineros o de la Policía de Investigaciones, creemos que la misma es atendible pero no insalvable. En efecto, la facultad de autorización que se otorga precisamente a un miembro de los tribunales de justicia –lo que podría entenderse amparado bajo lo dispuesto en el artículo 76 de la Constitución Política de la República– tiene un grado de especificidad tal que, en los hechos, dirigirá la actuación de las fuerzas de orden y seguridad. Así, en la aplicación práctica, por la vía de la especificidad que deberá tener la autorización entregada por el ministro de la Corte de Apelaciones, debiese superarse esta objeción.
- En cuanto a la objeción relativa a la falta de garantías procesales para tramitar los reclamos de los afectados ante el ejercicio de las Facultades Intrusivas, sin lugar a duda, la compartimos. No obstante ello, estimamos que esta objeción atraviesa íntegramente el proyecto en análisis, puesto que el solo ejercicio de las Facultades Intrusivas necesariamente ha de afectar derechos fundamentales incluso de personas que ni siquiera pueden estimarse involucradas en conductas ilícitas. En consecuencia, creemos que existe una inconsistencia en el argumento, en la medida de no aplicarse en toda su integridad al proyecto analizado.

En relación al voto disidente del ministro Fernández Baeza, podemos señalar lo siguiente:

- Coincidimos en cuanto a que la publicidad de los actos de los órganos del Estado y sus fundamentos son la regla general y que, por ello, la confidencialidad es excepcional, requiriendo norma expresa. No creemos que las causales de reserva indicadas en el proyecto de ley en análisis sean incompatibles con las del artículo 8 de la Constitución Política de la República, pues básicamente se protege la función del órgano y los derechos de terceros. Coincidimos, en todo caso, en que la materia debió ser resuelta por el legislador –con quórum calificado– y no remitida o degradada, transfiriendo la decisión en definitiva al Fiscal Nacional Económico.
- En relación a la supuesta violación del artículo 83 de la Constitución Política de la República, sobre exclusividad del Ministerio Público en la investigación de crímenes y delitos y en la facultad de instruir a Carabineros y a la Policía de Investigaciones, no compartimos el criterio del disidente. En efecto, haciendo una interpretación sistemática de la norma, estimamos que dicha remisión no es al Código Procesal Penal en su integridad sino que solo a las normas que expresamente indica el proyecto sobre requisitos y formalidades del ejercicio de Facultades Intrusivas. Dicha remisión, en nuestra opinión, busca resguardar los derechos y garantías de los posibles afectados, lo que opera en un sentido pro constitucional. Por su parte, siempre hemos entendido que constitucionalmente existe un solo estatuto de sanciones, que comprende por igual las multas y las sanciones corporales, todas las que se comprenden en el género pena. Luego, no vemos más que beneficios desde el punto de vista constitucional en dicha igualación.
- En cuanto a las objeciones de fondo a las Facultades Intrusivas, coincidimos con el disidente. En efecto, tal como lo adelantamos, nos parecen que las mismas son desproporcionadas considerando que no existe protección penal del bien jurídico que se intenta resguardar; que no distinguen entre posibles afectados partícipes de la colusión y simples terceros, a los que no se les reconoce derecho especial alguno; que no puede decidirse sumariamente sobre la afección de derechos fundamen-

tales, porque ello atenta contra el debido proceso; que, más grave aún, el mismo efecto tiene la tramitación sumaria de los reclamos por incumplimiento de los requisitos habilitantes de la autorización, conducta que además de afectar derechos individuales involucra además una actuación administrativa ilegal, con la gravedad que ello conlleva.

5. CONCLUSIONES

El fallo de mayoría del Tribunal Constitucional, en opinión de este comentarista, elude entrar al fondo del asunto en una materia donde se encuentran en juego, ni más ni menos, que la relación entre la soberanía, los derechos fundamentales y los poderes principales de los tribunales de justicia y el Ministerio Público.

Más allá de que, orquestada centralmente la supuesta necesidad urgente de contar con un sistema de delación compensada que, a su vez, requiere para ser eficiente de un pánico a la detección sorpresiva de colusiones (lo que presupone las Facultades Intrusivas que se otorgan), es constitucionalmente inaceptable que la pretendida eficiencia se lleve por delante garantías constitucionales incluso de terceros no involucrados.

El proyecto en análisis solo podría ser tolerable constitucionalmente en el contexto de la existencia de una sanción penal a las colusiones, lo que implica una adecuada y precisa descripción legal del tipo, entre otras garantías. En tal caso, además, debiese de todas formas establecerse un procedimiento judicial de autorización que cautelara adecuadamente los derechos de las personas involucradas y, aun más, un sistema especial de indemnización por parte del Estado a los particulares que, en calidad de terceros, terminen sopor-tando la afeción de sus derechos.

Por ello, el fallo en cuestión, no nos parece adecuado a lo que se espera de nuestro Tribunal Constitucional. En efecto, considerando que la Constitución Política de la República obliga directamente, que la soberanía misma –y su expresión legislativa– tiene por finalidad el resguardo de los derechos de las personas, los que además son sus límites, y que el control de constitucionalidad de una norma no es meramente formal, nos hubiese gustado ver un Tribunal Constitucional más oficioso al respecto.

Ya antes de la dictación del fallo en comento, el Tribunal Constitucional había sentado la doctrina de que el principio del racional y justo procedimiento según ley debía aplicarse no solo a los trámites propiamente judiciales sino también a los administrativos. Por ejemplo, entre otros muchos fallos, vale la pena recordar el de fecha 21 de abril de 2005, recaído en causa Rol N° 437.04-005, donde se señaló en su considerando decimoséptimo “*que, de lo razonado en los considerandos precedentes, fluye que los principios del artículo 19 N° 3 de la Constitución, en la amplitud y generalidad ya realizada, se aplican, en lo concerniente al fondo o sustancia de toda diligencia, trámite o procedimiento, cualquiera sea el órgano estatal involucrado, trátase de actuaciones judiciales, actos jurisdiccionales o judiciales, actos jurisdiccionales o decisiones administrativas en que sea, o pueda ser, afectado el principio de legalidad contemplado en la Constitución, o los derechos asegurados en el artículo 19, N° 3 de ella, comenzando con la igual protección de la ley en el ejercicio de los atributos fundamentales.*” (Tribunal Constitucional de Chile, Jurisprudencia Constitucional, tomo VII, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, pág. 283).

Luego, es innegable el efecto que para la inviolabilidad de las comunicaciones y el hogar, la vida privada e incluso el derecho de propiedad pueden tener el ejercicio de las Facultades Intrusivas las que, por su naturaleza, requieren además de la sorpresa en perjuicio del afectado. Ello obliga a concluir que lejos de bajarse el umbral de resguardo, traspasando el control a un solo ministro de Corte de Apelaciones, lo lógico habría sido elevarlo al conocimiento del Tribunal, en plenitud. En efecto, si por su naturaleza no es posible *ex ante* que concurra el potencial afectado en sus derechos fundamentales a defender su posición, debe existir a lo menos un doble resguardo, en cuanto a defender el interés del potencialmente afectado –una especie de defensor de ausentes– y en cuanto a la jerarquía de quien ha de finalmente decidir. No obstante ello, la ley en análisis, validada por el fallo en comento, establece un procedimiento sumario, sin un órgano que asuma la defensa del potencial afectado, y un tribunal de control que no se condice con el funcionamiento corriente de la Corte de Apelaciones en el ejercicio de sus facultades conservadoras. Esto es especialmente dramático si se tiene en cuenta que el afectado por el ejercicio de las Facultades Intrusivas puede ni siquiera encontrarse bajo investigación por colusión.

Finalmente, nos habría gustado que en el fallo en comento se hubiere analizado la relación del recurso de reclamación especial que se contempla con la acción constitucional de protección. Adicionalmente, que se hubiere al menos esbozado alguna duda en cuanto a la posibilidad de crearse un sistema de delación compensada, desde el punto de vista de la igualdad y la legalidad de las penas.