

Tipo de injusto monopólico: Ubicación sistemática y constitucionalidad

SEBASTIÁN DUFEU ABELIUK Y RODRIGO VALLEJO GARRETÓN*

I. Introducción: problemas y preguntas

La ley N°19.911, publicada en el diario oficial el 14 de noviembre de 2003, introdujo importantes modificaciones a la normativa de defensa de la libre competencia contenida en el D.L. N°211 de 1973, entre las cuales destacan la creación del tribunal de defensa de la libre competencia y la eliminación de la privación de libertad como sanción a la realización de actividades comprendidas en el tipo de injusto monopólico que establece el decreto ley en cuestión. Esta última modificación, que nos interesa especialmente, refleja cabalmente el motivo inspirador de la reforma, cual es el superar las deficiencias de que adolecía la anterior normativa. En efecto, el antiguo tipo de injusto monopólico¹ era particularmente controversial, por cuanto difícilmente podía sostenerse que satisfacía las exigencias del principio constitucional de tipicidad contenido en el artículo 19 N°3 inciso final de la Constitución².

Sin embargo, en nuestra opinión, tras la reforma subsisten al menos dos problemas. El primero, relativo a la ubicación sistemática del tipo de injusto monopólico: ¿estamos frente a un tipo de injusto de carácter penal, administrativo o frente a un tipo de injusto que no puede ser ubicado en ninguna de las categorías anteriores? El segundo, relativo a su constitucionalidad: ¿en qué medida la ubicación sistemática del tipo de injusto monopólico es relevante para el examen de su constitucionalidad? ¿Qué grado de aplicación reciben los principios constitucionales limitadores del *ius puniendi* del Estado respecto del mismo? Y finalmente: a la luz de este análisis, ¿es el tipo de injusto monopólico constitucional?

El presente trabajo pretende dar cuenta de estos problemas y sugerir ciertos criterios para su solución, con el objeto de aportar algunas consideraciones y argumentos al incipiente debate acerca de la ubicación sistemática y constitucionalidad del tipo de injusto monopólico.

* Estudiantes de Derecho, Universidad de Chile

¹ El artículo 1° del D.L. N°211 establecía: “El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que tienda a impedir la libre competencia dentro del país en las actividades económicas, tanto en las de carácter interno como en las relativas al comercio exterior, será penado con presidio menor en cualquiera de sus grados”.

² El artículo 19 N°3 inciso final de la Constitución establece: “Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”.

II. Primera parte: ubicación sistemática del tipo de injusto monopólico

A. Aproximación penal

Tras la reforma del estatuto de libre competencia, el tipo de injusto monopólico ha perdido todo carácter penal. A continuación expondremos brevemente los argumentos que sustentan esta opinión.

Desde un punto de vista orgánico-procedimental, cabe señalar que el antiguo artículo 31 del D.L. N°211 establecía que “los procesos criminales por los delitos penados en esta ley se sujetarán al procedimiento ordinario por crimen y simple delito de acción penal pública”. Es decir, la potestad de imponer sanciones penales por atentados contra la libre competencia estaba entregada exclusivamente a los tribunales del crimen, siguiéndose con ello la regla del ordenamiento jurídico chileno a este respecto. Pues bien, a partir de la dictación de la ley N°19.911, estos tribunales han perdido toda competencia para conocer de dichos atentados, quedando ésta radicada en el nuevo tribunal de defensa de la libre competencia. Lo anterior, que constituye un primer indicio de la pérdida del carácter penal de dicho injusto, sólo puede explicarse de forma satisfactoria si tomamos en cuenta la derogación de la pena de privación de libertad (pena paradigmática del Derecho Penal) del estatuto de libre competencia. En efecto, la correcta interpretación del alcance de la derogación referida a la competencia para conocer de los atentados contra la libre competencia supone también considerar el contexto de la misma, en el cual destaca la segunda derogación ya mencionada. En otras palabras, ambas derogaciones dan cuenta de una misma intención legislativa: despojar al tipo de injusto monopólico de las connotaciones deshonrosas y afflictivas que rodean a la regulación penal.

Por otro lado, podría sostenerse que las sanciones que puede imponer el tribunal de defensa de la libre competencia³, por expresa disposición del artículo 20 del Código Penal, no tendrían naturaleza penal⁴. Éstas constituirían más bien manifestaciones de la potestad (sancionatoria) gubernativa con que contaría dicho tribunal, que según la citada norma no se reputan penas⁵. Si bien este argumento sería concluyente para excluir el carácter penal de las sanciones que puede imponer el tribunal de defensa de la

³ El artículo 17 letra k del D.L. N°211 establece que: “El Tribunal podrá adoptar las siguientes medidas: a) Modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de la presente ley; b) Ordenar la modificación o disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado que hubieren intervenido en los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos a que se refiere la letra anterior; c) Aplicar multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente a veinte mil unidades tributarias anuales”.

⁴ El artículo 20 del Código Penal establece: “No se reputan penas [...] ni las multas y demás correcciones que los superiores impongan a sus subordinados y administrados en uso de su jurisdicción disciplinal o atribuciones gubernativas”.

⁵ Así, por ejemplo, Rodríguez Collao señala que la potestad sancionatoria de la administración “puede asumir dos formas: la primera tiene por objeto el castigo de aquellas infracciones que cometen las personas que están unidas al ente administrativo por un vínculo jurídico especial, y se denomina comúnmente potestad disciplinaria; la segunda se refiere al castigo de las infracciones que comete cualquier miembro de la comunidad social, y recibe el nombre de potestad gubernativa. Las sanciones que se aplican en ejercicio de una y otra reciben también la denominación de penas disciplinarias y penas gubernativas, respectivamente. Esta distinción es universalmente aceptada por la doctrina y en nuestro país la acoge el artículo 20 CPCh, cuando excluye del ámbito criminal ‘las multas y demás correcciones que los superiores impongan a sus subordinados y administrados en uso de su jurisdicción disciplinal o atribuciones gubernativas’”. Rodríguez Collao, Luis, “Bases para distinguir entre infracciones criminales y administrativas”, en *Revista de Derecho UCV*, Tomo 11 (1987), p. 134 y 135.

libre competencia y, por tanto, del tipo de injusto monopólico que le sirve de fundamento, no compartimos la conclusión que de él se deriva en cuanto a que el tipo de injusto monopólico tendría una naturaleza administrativa⁶.

Por último, pensamos que una teoría que categorice el actual tipo de injusto monopólico como uno de carácter penal es incorrecta desde un punto de vista dogmático, por cuanto contiene una incompatibilidad insalvable con las disposiciones jurídicas vigentes al respecto⁷. En efecto, sostener lo anterior llevaría irremediablemente a considerar el tipo de injusto monopólico como inconstitucional por contravenir en forma abierta el estricto principio de tipicidad que rige en sede penal. Es más, dicha conclusión podría extenderse de forma generalizada a los sistemas jurídicos comparados que tratan esta materia, por cuanto éstos en su mayoría han regulado el tipo de injusto monopólico de manera muy similar al Derecho chileno⁸.

Estos argumentos nos permiten concluir que el tipo de injusto monopólico, tras las reformas introducidas por la ley N°19.911, ha perdido todo carácter penal.

B. Aproximación administrativa

La conclusión anterior podría llevarnos a considerar al tipo de injusto monopólico del D.L. N°211 como uno de carácter administrativo, consideración que se fundamentaría en la interpretación del artículo 20 del Código Penal ya enunciada más arriba⁹. Esta idea se ve reforzada por el hecho de que las sanciones que puede imponer el tribunal de defensa de la libre competencia son típicas manifestaciones del Derecho administrativo sancionador. Así, las multas son consideradas por la doctrina como la sanción administrativa por excelencia¹⁰. Otro tanto ocurre con las potestades de modificar o disolver personas jurídicas y de modificar o poner término a actos y contratos¹¹.

⁶ La cuestión se analizará en detalle en el apartado B.

⁷ Para Canaris: "Una teoría debe, en suma, calificarse como inconsistente cuando contiene una contradicción lógica, que lleve por sí misma a una contradicción valorativa insostenible o cuando permita excepciones infundadas de la regla en la que se basa. [...] Esto da lugar a la ulterior cuestión relativa a si –y cómo– se puede contrastar, a través de sus consecuencias, la corrección de una teoría jurídica. En efecto, como es sabido, en la ciencia jurídica constituye un procedimiento corriente contrastar una teoría con sus 'resultados' y rechazarla por su 'insostenibilidad'. Esta forma de proceder posee una semejanza evidente con el *falsacionismo*, tal como ha sido desarrollado sobre todo por Popper. [...] Puesto que como enunciados básicos ha de recurrirse, según se ha dicho, a enunciados sobre normas, una teoría jurídica está en todo caso falsada si es incompatible con un *precepto legal*". Canaris, Claus-Wilhelm, *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas*, Ed. Civitas (1995), p. 83 a 90.

⁸ Así, por ejemplo, en Estados Unidos, la primera sección de la Sherman Antitrust Act (1890) establece: "Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by [...]". A su vez, en España, la ley de defensa de la competencia (1989) establece en su artículo primero: "Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional".

⁹ Véase nota 5.

¹⁰ Para García de Enterría y Fernández Rodríguez: "[...] la medida sancionatoria administrativa por excelencia es la multa". García de Enterría, Eduardo y Fernández Rodríguez, Tomás Ramón, *Curso de Derecho administrativo*, Tomo 2, Ed.

(Continúa en pág. siguiente)

Sin embargo, un análisis más acucioso de la doctrina del Derecho administrativo sancionador nos lleva a concluir que esta teoría también es equivocada.

En efecto, el tipo de injusto monopólico no cumple con los diferentes requisitos o elementos que los administrativistas han enunciado como presupuestos de existencia de las sanciones de carácter administrativo.

En cuanto al llamado elemento subjetivo u orgánico, la doctrina sostiene que sólo son sanciones administrativas aquellas impuestas por un órgano de la administración. José Suay Rincón sostiene que “el primer elemento de las sanciones administrativas es el carácter administrativo de la autoridad de que emanan”¹². En el mismo sentido se pronuncian Adolfo Carretero Pérez y Adolfo Carretero Sánchez, al sostener como requisito esencial de la sanción administrativa el que sea “señalada por un órgano administrativo competente”¹³. Concluyente es la opinión de Enrique Cury Urzúa, quien señala que “se entiende por penas administrativas todas aquellas medidas sancionatorias que, de conformidad con el ordenamiento vigente, son impuestas directamente por una autoridad administrativa, sin intervención de los tribunales de justicia, no obstante su naturaleza punitiva o, por lo menos, su semejanza con las formas de pena criminal”¹⁴.

Pensamos que el tribunal de defensa de la libre competencia es un órgano jurisdiccional, que cabe dentro de la categoría de tribunal especial que no forma parte del poder judicial (artículos 73 inciso 4º de la Constitución y artículo 5º del Código Orgánico de Tribunales). De hecho, el propio artículo 7º del D.L. N°211 establece que “el tribunal de defensa de la libre competencia es un órgano jurisdiccional especial e independiente, sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la corte suprema [...]”. Además, dicho tribunal no aparece contemplado dentro del grupo de órganos que la ley N°18.575 considera como integrantes de la administración del Estado. Todo lo anterior nos permite afirmar que respecto del tribunal de defensa de la libre competencia no se cumpliría el requisito subjetivo u orgánico ya mencionado, pues se trata de un órgano que no puede calificarse de administrativo¹⁵.

En cuanto al elemento formal o procedimental, la doctrina señala que la aplicación de una sanción administrativa debe tener como presupuesto necesario un procedimiento administrativo. Suay Rincón

Civitas (1992), p. 186. La misma idea sostiene Santamaría Pastor, quien identifica a la multa como “sanción prototípica” del Derecho administrativo español. Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo*, Vol. 2, Colección Ceura, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces (1999), p. 391 a 393.

¹¹ Véase a modo ejemplar el fallo de “Colonia Dignidad” dictado por el tribunal constitucional, en el cual se sostuvo que el acto sancionador por el cual el Presidente de la República priva de personalidad jurídica a una persona jurídica es administrativo, y que al dictarlo el Presidente cumple con sus funciones de administrador de acuerdo a lo establecido en el artículo 24 de la Constitución. Tribunal constitucional, rol N°124, 18 de junio de 1991.

¹² Suay Rincón, José, *Sanciones administrativas*, Publicaciones del Real Colegio de España (1989), p. 54.

¹³ Carretero Pérez, Adolfo y Carretero Sánchez, Adolfo, *Derecho administrativo sancionador*, Ed. Revista de Derecho Privado (1992), p. 153.

¹⁴ Cury Urzúa, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, Tomo 1, Ed. Jurídica de Chile (1982), p. 73.

¹⁵ Esto no obsta a que un tribunal de justicia pueda excepcionalmente imponer sanciones administrativas en ejercicio de sus potestades disciplinarias de administración, lo que ocurre cuando sus subalternos han infringido algún deber funcional. Sin embargo, aquí claramente el tribunal no actúa como órgano jurisdiccional, sino que lo hace en virtud de su calidad de superior jerárquico. En consecuencia, lo anterior no constituye propiamente una excepción a la idea de que las sanciones administrativas sólo pueden ser impuestas por un órgano administrativo.

señala que “la sanción administrativa tiene lugar en el marco de un procedimiento administrativo”¹⁶. A su vez, Jorge Bermúdez Soto sostiene que “la sanción administrativa debe ser impuesta por una administración pública, previa tramitación del correspondiente procedimiento administrativo sancionador”¹⁷.

Pensamos que el procedimiento que se sigue ante el tribunal de defensa de la libre competencia es de carácter jurisdiccional y no administrativo. El artículo 18 de la ley N°19.880, al definir el procedimiento administrativo, establece que “es una sucesión de actos trámite vinculados entre sí, emanados de la administración y, en su caso, de particulares interesados, que tiene por finalidad producir un acto administrativo terminal”, enfatizando el carácter administrativo del órgano substanciador del procedimiento. Sin embargo, como vimos más arriba, el tribunal de defensa de libre competencia carece de dicho carácter.

Por otra parte, el propio D.L. N°211 contempla una remisión expresa a los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil como normas procedimentales de aplicación supletoria¹⁸. A su vez, el artículo 1° de dicho código, al definir su ámbito de aplicación, establece que sus disposiciones “rigen el procedimiento de las contiendas civiles entre partes y de los actos de jurisdicción contenciosa cuyo conocimiento corresponda a los tribunales de justicia”. Esto deja en evidencia el carácter jurisdiccional del procedimiento en cuestión. De tratarse de un procedimiento administrativo, la referencia a las normas procedimentales supletorias debió haberse realizado a aquellas contempladas en la ley N°19.880 de bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado. De esta manera, mal podría sostenerse que tanto el tipo de injusto monopólico como las sanciones que se desprenden de éste son manifestaciones del Derecho administrativo sancionador.

En resumen, de acuerdo a Alejandro Nieto, la potestad sancionadora de la administración supone una “actividad administrativa, pues quien sanciona es un órgano administrativo, que actúa conforme a un procedimiento administrativo, aplica normas administrativas y es controlado por tribunales contencioso-administrativos”¹⁹.

C. Conclusión: necesidad del desarrollo de una aproximación contravencional

Habiéndose demostrado que ni la aproximación penal ni la administrativa son procedentes, surge la pregunta, ya enunciada más arriba, acerca de cuál es la ubicación sistemática del tipo de injusto monopólico. En nuestra opinión, una respuesta adecuada debe comenzar por examinar el concepto de Derecho contravencional.

En primer lugar, y siguiendo en este punto a Claus Roxin y Günther Jakobs, debe aclararse que la infracción administrativa no es sino una clase de infracción contravencional. Es importante, sin embargo, no confundir el Derecho contravencional propiamente tal con el Derecho administrativo sancionador,

¹⁶ Suay Rincón, José, *Op. Cit.*, p. 56.

¹⁷ Bermúdez Soto, Jorge. “Elementos para definir las sanciones administrativas”, en *Revista Chilena de Derecho*, número especial (1998), p. 325.

¹⁸ El artículo 17 letra N del D.L. N°211 establece: “Las normas contenidas en los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil se aplicarán supletoriamente al procedimiento mencionado en los artículos precedentes, en todo aquello que no sean incompatibles con él”.

¹⁹ Nieto, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador*, Ed. Tecnos (1993), p. 159.

aun cuando ambos compartan el concepto de contravención. La infracción administrativa es una infracción contravencional, mas eso no implica que pertenezca al ámbito de competencia del Derecho contravencional. Esta aclaración sistemática es fundamental, pues permite abordar de forma más precisa el problema en cuestión.

El desarrollo científico del concepto de Derecho contravencional se produjo en Alemania²⁰. En un comienzo, la delimitación entre hechos punibles y contravenciones se realizó desde un punto de vista cualitativo, es decir, siguiendo la idea de que el Derecho penal protegía bienes jurídicos previamente dados, mientras que el Derecho contravencional sólo protegía intereses estatales referidos a las misiones públicas de orden y bienestar, y no bienes jurídicos propiamente tales²¹. Esta idea se encuentra hoy en día superada. Actualmente, se sostiene que la diferenciación entre ambas categorías dogmáticas debe realizarse desde un punto de vista cuantitativo, porque es claro que el Derecho contravencional protege también bienes jurídicos. La única diferencia radica en el menor disvalor del injusto contravencional²².

Ahora bien, si entendemos que el tipo de injusto monopólico tiene un carácter meramente contravencional, se nos presenta un nuevo problema. No parece ser que el bien jurídico protegido por la libre competencia sea uno de menor valor o entidad como para equipararlo con los bienes jurídicos que reciben usualmente protección contravencional, pues su objeto de protección es el funcionamiento adecuado y eficiente del mercado en la asignación de recursos, supuesto esencial de los distintos sistemas económicos y sociales que confluyen en las sociedades contemporáneas. Esto podría llevarnos a concluir que tampoco cabría catalogar al tipo de injusto monopólico como uno de carácter contravencional.

Sin embargo, lo anterior no considera las complejidades que presenta la categoría dogmática del Derecho contravencional. Como apunta Jakobs, “en algunos complejos regulados homogéneamente como contravenciones también pueden extraerse algunos grupos de supuestos comparables cualitativamente con infracciones penales, como ocurre con algunas infracciones de la ley contra limitaciones a la libre competencia. La distribución entre los ámbitos mencionados se haya determinada por cómo ha de verificarse en la práctica el tratamiento del procedimiento correspondiente [...] y por el hecho de si la multa tendrá efecto suficiente”²³.

Es por ello que consideramos que la respuesta a la pregunta acerca de la ubicación sistemática del tipo de injusto monopólico debe estar orientada hacia un mayor desarrollo dogmático de la aproximación contravencional a la problemática, teniendo en cuenta principalmente los importantes avances que la doctrina alemana ha llevado a cabo sobre la materia.

²⁰ Roxin señala que los autores que preelaboraron el concepto científico de Derecho contravencional fueron James Goldschmidt, Eric Wolf y Eberhard Schmidt. Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general*, Tomo 1, Ed. Civitas (1997), p. 53.

²¹ Véase Roxin, Claus, *Op. cit.*, p. 53 y Jakobs, Günther, *Derecho penal. Parte general*, Ed. Marcial Pons (1997), p. 63 a 66.

²² Jakobs es claro al señalar que “el derecho positivo se resiste a una delimitación cualitativa tajante de infracción penal y contravención”. Jakobs, Günther, *Op. cit.*, p. 67. En el mismo sentido se pronuncia Roxin, quien sostiene que “la diferencia entre hechos punibles y contravenciones es predominantemente de tipo cuantitativo, y no cualitativo”. Roxin, Claus, *Op. cit.*, p. 72.

²³ Jakobs, Günther, *Op. Cit.*, p. 67.

III. Segunda parte: análisis de la constitucionalidad del tipo de injusto monopólico

A. *Relevancia de la ubicación sistemática del tipo de injusto monopólico desde el punto de vista de los principios constitucionales limitadores del ius puniendi del Estado: su aplicación matizada y diferenciada*

Como primer presupuesto para el tratamiento del presente apartado, cabe señalar que no se discute el hecho de que tanto las penas como las sanciones administrativas y contravencionales son manifestaciones del *ius puniendi* del Estado²⁴. Ante ello surge una pregunta relativa a los principios constitucionales limitadores de dicho *ius puniendi*, diseñados fundamentalmente como garantías de los individuos en tanto particulares frente al poder represivo del Estado. Antes de formularla, cabe prevenir que dichos principios han sido desarrollados principalmente por la doctrina penal pensando en las formas más radicales de afectación legítima de derechos fundamentales. Por lo tanto, resulta razonable preguntarse con qué intensidad deben dichos principios aplicarse respecto de formas de ejercicio del *ius puniendi* distintas a la penal, como son las sanciones propias del Derecho contravencional.

La posición dominante en Chile, tanto jurisprudencial como doctrinaria, sostiene que dichos principios constitucionales se aplican con igual fuerza y sin diferencias respecto de todas las manifestaciones del poder punitivo del Estado. El tribunal constitucional, al ejercer el control constitucional respecto de una norma que permitía al Servicio Agrícola y Ganadero conocer y sancionar administrativamente las contravenciones a la ley N° 4.601 o a su reglamento (caso “ley de caza”), señaló que “los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al Derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del *ius puniendi* del Estado”²⁵. Por su parte, Rodríguez Collao sostiene que “las normas de la Constitución están orientadas a fijar los grandes principios por los cuales se rigen todos los sectores del ordenamiento jurídico, motivo por el cual no resulta lógico pensar que al referirse a las penas sólo ha querido aludir a aquellas que regula el Código Penal”²⁶.

Una posición contraria es la que propugna Alfredo Etcheberry Orthusteguy quien, al comentar el artículo 20 del Código Penal, sostiene que las sanciones que en él se describen no se reputan penas y por

²⁴ Alejandro Nieto, refiriéndose al Derecho administrativo sancionador, señala que “gracias a los supraconceptos, se ha podido crear un sistema de estructura piramidal de las sanciones, coronado por el *ius puniendi* del Estado. Esta es la cúspide en donde convergen las líneas ascendentes de todas las potestades represivas”. Nieto, Alejandro, *Op. cit.*, p. 125.

²⁵ Tribunal constitucional, rol N°244, 26 de agosto de 1996. En el mismo sentido, el voto de minoría de Eduardo Soto Kloss respecto del control de constitucionalidad del artículo 3A de la ley N°19.680 que modificó la ley de control de armas, en el cual sostuvo que “[...] al establecer el artículo 2 del mismo proyecto sanciones a aquellos que infrinjan la prohibición contenida en el inciso segundo del nuevo artículo 3A, de la ley N°17.798, tal previsión sancionadora ha de respetar la Constitución especialmente en lo referente a la legalidad y tipicidad de las sanciones, principios fundamentales e inexcusables a que está sujeto el legislador, por imperativo de los incisos 7° y 8° del N°3, del artículo 19, de la Carta Fundamental”. Tribunal Constitucional, rol N°306, 25 de abril de 2000.

²⁶ Rodríguez Collao, Luis, *Op. cit.*, p. 154. En el mismo sentido véase Aróstica Maldonado, Iván, “Algunos problemas del Derecho administrativo penal”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo 85, N° 1 (1988), p. 41 a 51.

tanto, no tratándose de condenas, la imposición de estas medidas no resulta sujeta a las prescripciones del artículo 19 N° 3 de la Constitución²⁷.

Por nuestra parte, rebatiendo la opinión de Etcheberry, pensamos que los principios constitucionales en análisis sí reciben aplicación respecto de formas de ejercicio del *ius puniendi* distintas de la penal. Esto pues tanto el Derecho administrativo sancionador como el Derecho contravencional, al no haber alcanzado el desarrollo dogmático del Derecho penal, han debido “tomar en préstamo” los principios garantísticos de dicho cuerpo normativo. En palabras de Nieto, en cuanto al primero: “El Derecho administrativo sancionador no renuncia a su nacionalidad de origen (el Derecho administrativo). Pero como desconfía de él, y de su autoritarismo tradicional, no ha buscado aquí los mecanismos de la protección y garantías de los interesados y ha preferido ‘tomarlas en préstamo’ del Derecho penal, que tiene una mayor experiencia a tal propósito”²⁸.

La justificación de dicho “préstamo” radica, de acuerdo a Nieto, en “la necesidad de garantizar los derechos fundamentales del ciudadano en un mínimo suficiente que impida una desigualdad intolerable de trato entre el procesado y el que es objeto de un procedimiento administrativo”²⁹. Nosotros, naturalmente, extendemos la referencia al Derecho contravencional.

Sin embargo, pensamos que las garantías en comento no deben ser aplicadas con la misma intensidad respecto de todas las formas de ejercicio del *ius puniendi* estatal.

Esta idea resulta consistente con la función sistemática del Derecho penal como *última ratio* del ordenamiento jurídico, que sólo hace razonable la aplicación irrestricta de los principios constitucionales limitadores del *ius puniendi* frente a las formas más intensas de afectación legítima de derechos fundamentales. Lo anterior, a nuestro juicio, no opera de la misma manera respecto de las conductas y sanciones meramente contravencionales, pues al suponer éstas respectivamente un menor disvalor de injusto y una menor invasión legítima en los derechos fundamentales de los individuos, no requieren ni justifican una aplicación tan rígida de los principios en cuestión.

Es por ello que adherimos a la posición que considera que los principios constitucionales limitadores del *ius puniendi* estatal establecidos en el artículo 19 N°3 de la Constitución sólo reciben una aplicación diferenciada y matizada respecto de los injustos y sanciones distintas de las penales³⁰.

Dicha posición se enmarca dentro de la llamada “posición ecléctica o matizada” a que aluden Carretero Pérez y Carretero Sánchez, la cual justifican en la existencia de características propias del Derecho

²⁷ Etcheberry Orthusteguy, Alfredo, *Derecho penal*, Tomo 2, Ed. Jurídica de Chile (1998), p. 131 a 144.

²⁸ Nieto, Alejandro, *Op. cit.*, p. 159. Eduardo Novoa Monreal ya había reparado sobre este punto, al señalar que “la proliferación actual de leyes penales administrativas y la mayor gravedad que gradualmente van asumiendo las sanciones que ellas establecen (las leyes sobre pesca y caza establecen penas privativas de libertad), hace aconsejable que el legislador se preocupe de rodear a la aplicación del Derecho penal administrativo de garantías semejantes a las que están incorporadas al Derecho penal, como forma adecuada para mantener el respeto por la dignidad y los derechos del hombre”. Novoa Monreal, Eduardo, *Curso de Derecho penal chileno. Parte general*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile (1960), p. 41.

²⁹ Nieto, Alejandro, *Op. cit.*, p. 159.

³⁰ Ya en las sentencias de amparo de 30 de enero y 8 de junio de 1981, el tribunal constitucional español había señalado que “los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución (artículo 25) y

(Continúa en pág. siguiente)

administrativo sancionador, que entendemos pueden extenderse al Derecho contravencional, tales como su especialidad y complementariedad³¹.

Sin embargo, es Nieto quien mejor ilustra esta idea, al señalar que “está fuera de duda que los principios del Derecho penal aplicables al Derecho administrativo sancionador no van a serlo en forma mecánica, sino ‘con matices’, es decir, debidamente adaptados al campo que los importa. Conste, por lo demás, que esta afirmación no es un mero desiderátum teórico ni una simple declaración jurisprudencial, sino que así es lo que realmente sucede [...]: ni la legalidad, ni la reserva de ley, ni la tipificación, ni la culpabilidad, ni el *non bis in idem*, ni la prescripción tienen el mismo alcance en el Derecho penal que en el Derecho administrativo. Lo difícil, con todo, es graduar con precisión la diferente intensidad de tales matices, para lo que no parece existir un criterio general”³². La justificación de dicha diferenciación, para Nieto, “es muy sencilla y radica en la diferencia ontológica de las dos clases de ilícitos, a la que ha de corresponder lógicamente una diferenciación de régimen”³³.

En nuestro país existe jurisprudencia que, de alguna manera, recoge lo anterior. Un buen ejemplo es el recurso de protección interpuesto por Javier Vial y otros en contra de la decisión de la superintendencia de bancos de revocar la autorización de existencia del Banco Hipotecario de Chile (BHC) y su liquidación forzosa, ya que en él se sometió la estricta aplicación del principio constitucional del debido proceso a criterios utilitarios; señaló el tribunal: “la urgencia de la medida adoptada por la Superintendencia no concuerda debidamente con la idea de un debate prolongado entre la autoridad que la dispone y los afectados. La decisión busca evitar dicho debate por su repercusión en el ambiente financiero y sus previsibles perjudiciales consecuencias debidas a su anuncio o la publicidad de la misma, tales como corridas bancarias, quiebras y otras”³⁴.

B. Alcances del principio de tipicidad con respecto al tipo de injusto monopólico

El artículo 3º del D.L. N°211 establece que “el que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado [...]”. Frente a dicha formulación, parece claro que una aplicación irrestricta del principio constitucional de tipicidad contemplado en el artículo 19 N°3 inciso final de la Constitución debiera llevarnos a considerar el precepto como inconstitucional, por no contener una descripción acabada de la conducta objeto de la sanción.

una muy reiterada jurisprudencia de nuestro tribunal supremo [...]”. Citado en García de Enterría, Eduardo, y Fernández Rodríguez, Tomás Ramón, *op. cit.*, p. 166. Aun más, en su sentencia de 26 de abril de 1990, insiste en ello: “la recepción de los principios constitucionales del orden penal por el Derecho administrativo sancionador no pueden hacerse mecánicamente y sin matices, esto es, sin ponderar los aspectos que diferencian a uno y otro sector del ordenamiento jurídico”. Citado en Nieto, Alejandro, *op. cit.*, p. 149.

³¹ Carretero Pérez, Adolfo y Carretero Sánchez, Adolfo, *op. cit.*, p. 106.

³² Nieto, Alejandro, *op. cit.*, p. 150.

³³ *Íd.*, p. 148.

³⁴ Corte de apelaciones de Santiago, 30 de marzo de 1983.

Sin embargo, como hemos analizado durante el curso del presente trabajo, el que dicho tipo de injusto haya perdido su carácter penal, siendo actualmente contravencional, hace que la aplicación del principio constitucional de tipicidad no sea tan intensa o exigente respecto del mismo. Y si bien podría criticarse su carácter de tipo abierto o indeterminado desde el punto de vista de la seguridad jurídica, ello no supone considerar a dicha disposición como inconstitucional.

Esto por cuanto consideramos que no le es posible al legislador definir exhaustivamente el tipo de injusto monopólico. En efecto, las características del tráfico económico y el principio de autonomía de la voluntad que subyace a la generalidad de las conductas objeto de control y sanción por parte del tribunal de defensa de la libre competencia hacen inverosímil pretender definir con precisión las conductas consideradas atentatorias contra la libre competencia.

C. Conclusión: constitucionalidad del tipo de injusto monopólico

En razón de lo expuesto, concluimos que el actual tipo de injusto monopólico debe ser considerado constitucional. Esto pues su carácter contravencional conlleva una menor exigencia en relación a la intensidad de la aplicación del principio de tipicidad, lo que permite obviar su evidente falta de precisión en la descripción de la conducta típica, que entendemos puede ser legítimamente criticada en términos académico-políticos, pero no por ello considerada antijurídica en sede constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

1. Aróstica Maldonado, Iván, "Algunos problemas del Derecho administrativo penal", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo 85, N° 1 (1988), p. 41 a 51.
2. Bermúdez Soto, Jorge, "Elementos para definir las sanciones administrativas", en *Revista Chilena de Derecho*, número especial (1998), p. 323 y ss.
3. Canaris, Claus-Wilhelm, *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas*, Ed. Civitas (1995).
4. Carretero Pérez, Adolfo y Carretero Sánchez, Adolfo, *Derecho administrativo sancionador*, Ed. Revista de Derecho Privado (1992).
5. Cury Urzúa, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, Tomo 1, Ed. Jurídica de Chile (1982).
6. Etcheberry Orthusteguy, Alfredo, *Derecho penal*, Tomo 2, Ed. Jurídica de Chile (1998).
7. García de Enterría, Eduardo y Fernández Rodríguez, Tomás Ramón, *Curso de Derecho administrativo*, Tomo 2, Ed. Civitas (1992).
8. Jakobs, Günther, *Derecho penal. Parte general*, Ed. Marcial Pons (1997).
9. Nieto, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador*, Ed. Tecnos (1993).
10. Novoa Monreal, Eduardo, *Curso de Derecho penal chileno. Parte general*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile (1960).
11. Rodríguez Collao, Luis, "Bases para distinguir entre infracciones criminales y administrativas", en *Revista de Derecho UCV*, Tomo 11 (1987), p. 117 y ss.
12. Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general*, Tomo 1, Ed. Civitas (1997).
13. Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo*, Vol. 2, Colección Ceura, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces (1999).
14. Suay Rincón, José, *Sanciones administrativas*, Publicaciones del Real Colegio de España (1989).