

LATINOAMÉRICA

EL RESGUARDO A LA INFORMACIÓN CONFIDENCIAL PROPORCIONADA EN EL MARCO DE UNA DELACIÓN COMPENSADA FRENTE A INVESTIGACIONES LLEVADAS A CABO EN OTRAS SEDES JURISDICCIONALES. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, ROL N.º 2934-15-CCO, 8 DE ENERO DE 2016

El resguardo a la información confidencial proporcionada en el marco de una delación compensada frente a investigaciones llevadas a cabo en otras sedes jurisdiccionales. Tribunal Constitucional de Chile, Rol N.º 2934-15-CCO, 8 de enero de 2016

Este artículo analiza la contienda de competencia suscitada entre el Ministerio Público y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia a propósito de la negativa por parte de este último a la solicitud formulada por el Ministerio Público para acceder a cierta información que fuera acompañada al proceso bajo confidencialidad. La contienda referida generó cierto grado de incertidumbre en cuanto al tratamiento que las autoridades pueden otorgar a la información recabada dentro de un proceso de delación compensada, situación que fue enmendada por la sentencia del Tribunal Constitucional de Chile y la reciente modificación legal acá comentadas.

PALABRAS CLAVE

Información confidencial, Delación compensada, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Ministerio Público, Contienda de competencia

The safekeeping of confidential information gathered within a leniency program with respect to different investigations carried out by other judicial authorities. Chilean Constitutional Court, Case N° 2934-15-CCO, January 8th, 2016

This article analyses the jurisdictional dispute occurred between the Public Prosecutor's Office and the Chilean Antitrust Tribunal regarding the refusal by the latter, at the request made by the Public Prosecutor's Office to access some information accompanied to the process under confidentiality. The mentioned dispute generated a certain degree of uncertainty in respect with the treatment that the authorities may give to the information gathered within a leniency program. This situation was amended by the decision issued by the Chilean Constitutional Court and the recent legal reform here commented.

KEY WORDS

Confidential information, Leniency program, Chilean Antitrust Tribunal, Public Prosecutor's Office, Jurisdictional dispute

Fecha de recepción: 15-9-2016

Fecha de aceptación: 30-10-2016

INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene por objeto analizar y comentar brevemente los principales argumentos sostenidos por las partes y por la decisión del Tribunal Constitucional («TC») que resolvió la contienda de competencia promovida por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia («TDLC») en contra del Ministerio Público, a propósito de la entrega de cierta información respecto de la cual el TDLC había decretado la confidencialidad.

La contienda de competencia referida se inserta en el contexto del proceso seguido por la Fiscalía Nacional Económica («FNE»), agencia encargada de defender y promover la libre competencia en Chile, en contra de las empresas CMPC Tissue S.A. («CMPC») y SCA Chile S.A. («SCA»), las cuales fueron requeridas por aquella, por la comisión de conductas colusorias consistentes en la asignación de cuotas de mercado y fijación de precios en el

mercado de la producción, comercialización y distribución de productos de papel *tissue*.

La cuestión, objeto del conflicto de competencias entre el TDLC y el Ministerio Público, se traduce en la posibilidad de acceso, por parte del Ministerio Público, a cierta información confidencial que las empresas coludidas entregaron en el marco de un proceso de delación compensada, para la realización por parte del ente persecutor penal de las investigaciones criminales tendientes a determinar la comisión y participación en delitos penales.

La sentencia en análisis resolvió la contienda de competencia a favor del TDLC confirmando que los antecedentes declarados confidenciales o reservados en el marco de un proceso de libre competencia solo pueden revelarse o entregarse en la forma y condiciones que establece el Decreto de Ley 211 («DL 211»), instrumento que a la sazón recogía la normativa de libre competencia en Chile, denegando así el acceso al Ministerio Público a la totalidad

de la información recabada por la FNE durante su investigación.

Esta decisión trajo aparejadas importantes consecuencias relativas al resguardo de la eficiencia y certeza de la institución de la delación compensada en nuestro país, pero al mismo tiempo plantea otras interrogantes cuya solución sigue pendiente.

LA CONTIENDA DE COMPETENCIA

En octubre de 2015, la FNE presentó un requerimiento en contra de las principales empresas productoras y comercializadoras de productos de papel *tissue* por la comisión de ilícitos colusorios. En este contexto, el TDLC, acogiendo la solicitud formulada por la FNE en virtud de los artículos 22 y 39 letra a) del DL 211 decretó la confidencialidad de ciertos antecedentes acompañados al proceso.

El artículo 22 del DL 211, en lo pertinente, dispone que, a solicitud de parte, el TDLC podrá decretar la confidencialidad de *«aquellos instrumentos que contengan fórmulas, estrategias o secretos comerciales o cualquier otro elemento cuya relevación pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular. Los instrumentos que tengan carácter reservado o confidencial en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo de la letra a) del artículo 39, deberán presentarse siempre en tal carácter por la Fiscalía Nacional Económica, y el Tribunal deberá mantener reserva o confidencialidad de los mismos»*.

Por su parte, el artículo 39 letra a) del DL 211 otorga la facultad a la FNE de disponer, de oficio o a petición del interesado, que ciertas piezas del expediente sean reservadas o confidenciales *«siempre que tengan por objeto proteger la identidad de quienes hayan efectuado declaraciones o aportado antecedentes en conformidad al artículo 39 bis, o que contengan fórmulas, estrategias o secretos comerciales o cualquier otro elemento cuya revelación pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular, o resguardar la eficacia de investigaciones de la Fiscalía»*.

Presentado el requerimiento, diputados de centroizquierda interpusieron una denuncia ante el Ministerio Público, por posibles delitos de adulteración fraudulenta de precios por parte de los ejecutivos de las empresas señaladas y todos quienes resulten responsables, de conformidad con los artículos 285 y 286 del Código Penal.

Señalan los artículos en cuestión: *«Los que por medios fraudulentos consiguieren alterar el precio natu-*

ral del trabajo, de los géneros o mercaderías, acciones, rentas públicas o privadas o de cualquier otras cosas que fueren objetos de contratación, sufrirán las penas de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales» (artículo 285 del Código Penal) y, *«cuando el fraude expresado en el artículo anterior recayere sobre mantenimientos u otros objetos de primera necesidad, además de las penas que en él se señalan, se impondrá la de comiso de los géneros que fueren objeto del fraude»* (artículo 286 del mismo cuerpo legal).

A modo de paréntesis y en relación con la aplicación de estos artículos a casos de libre competencia, cabe hacer presente que el Ministerio Público ha intervenido en recientes casos de colusión aplicando los artículos del Código Penal mencionados anteriormente que establecen sanciones para aquellos que por medio fraudulentos consiguen alterar el precio natural de un bien o servicio de primera necesidad, sin perjuicio de que en su origen se trata de artículos que fueron concebidos para otro tipo de delitos.

En este contexto, la Fiscalía Regional Metropolitana Sur solicitó al TDLC que se le remitiera copia del expediente, incluidos documentos, instrumentos y cualquier otro antecedente relacionado con el requerimiento presentado en contra de CMPC y SCA para los efectos de investigar, los mismos hechos que se les imputan a estas en relación con presuntas acciones ilícitas que pudieran configurar los delitos de adulteración fraudulenta de precios u otros.

El TDLC ordenó remitir copia del expediente y un disco compacto con las versiones públicas de los documentos acompañados bajo confidencialidad, denegando de esta forma la solicitud del Ministerio Público respecto de ciertos documentos acompañados por la FNE en mérito de lo dispuesto en los artículos 22 y 39 letra a) del DL 211.

Frente a ello, el Ministerio Público, estimando que la información denegada resultaba indispensable para el desarrollo y conclusión de la investigación penal, decidió acudir a la Corte de Apelaciones de San Miguel para solicitarle, en virtud de la herramienta prevista en el artículo 19 del Código Procesal Penal («CPP») que resolviera la controversia producida por la negativa del TDLC de proporcionar la totalidad de los antecedentes solicitados.

A este respecto, dispone el artículo 19 del CPP: *«Todas las autoridades y órganos del Estado deberán realizar las diligencias y proporcionar, sin demora, la*

información que les requieren el Ministerio Público y los tribunales con competencia penal. (...) Si la autoridad requerida retardare el envío de los antecedentes solicitados o se negare a enviarlos, a pretexto de su carácter secreto o reservado y el fiscal estimare indispensable la realización de la actuación, remitirá los antecedentes al fiscal regional quien, si compartiere esa apreciación, solicitará a la Corte de Apelaciones respectiva que, previo informe de la autoridad de que se trate, recabado por la vía que considere más rápida, resuelva la controversia».

Por su parte, el TDLC trabó una contienda de competencia ante el TC solicitando que se acogiera y que se declarase que el ente persecutor carece de atribuciones para exigir compulsivamente la entrega de información que tiene el carácter de confidencial o reservada. En subsidio solicitó además que se declarare que el Ministerio Público no puede forzar al TDLC a contravenir las disposiciones del DL 211.

LOS ARGUMENTOS DE LAS PARTES ANTE EL TC

Tanto el TDLC como la FNE y SCA, quienes se hicieron parte durante el proceso, argumentaron que acceder a la solicitud del Ministerio Público atentaba contra la eficacia y seguridad jurídica de las investigaciones llevadas a cabo por la FNE, sobre todo en materia de delación compensada.

Lo anterior debido a que la delación compensada constituye hoy en día una de las herramientas más eficaces para la detección y el combate de cárteles y tiene, como pilar fundamental, la garantía del secreto de la información que se otorga a aquel que se auto denuncia en sede de libre competencia, garantía que protege la identidad del delator, así como los secretos comerciales y fórmulas estratégicas cuya divulgación puede afectar el desenvolvimiento competitivo de su titular.

Dicha garantía, argumentaron las partes, se vería gravemente mermada si el Ministerio Público tuviese acceso a esta información, ya que la ley que regula a dicha institución no le permite asegurar a esta la reserva o confidencialidad de la información recabada por más de 40 días. En efecto, por regla general, el fiscal penal a cargo de una investigación no puede decretar la confidencialidad del expediente en cuestión, respecto de los demás intervinientes en el proceso penal, por un plazo mayor a los 40 días, lo cual en este caso particular conlleva

el riesgo de que competidores que sean intervinientes en el proceso penal tengan acceso a información de mercado estratégica respecto de las empresas coludidas.

En conjunto con lo anterior, se hicieron presentes también argumentaciones relativas a la afectación de principios constitucionales, como el de división de funciones entre los poderes del Estado, en virtud del cual el Ministerio Público no podría invadir el ejercicio de una función jurisdiccional como la que desempeña el TDLC y el de independencia de los tribunales de justicia, el cual se sería vulnerado por la pretensión del Ministerio Público de dejar sin efecto una resolución judicial firme.

En sentido contrario, el Ministerio Público argumentó que el único fundamento para entregar información con algún grado de resguardo se basaba en que la ley otorgue el carácter de secreto a la información, lo que en este caso no se cumpliría al ser la resolución de un tribunal la que ha decretado la reserva y confidencialidad.

Señaló además que la Corte de Apelaciones sería el órgano superior de justicia llamado a regular la negativa de un órgano del Estado a entregar la información requerida en el marco de una investigación penal, alegando de esta forma la falta de competencia del TC.

La decisión del TC

El TC acogió la contienda de competencia promovida por el TDLC y declaró que los antecedentes confidenciales o reservados en el proceso seguido ante el TDLC solo pueden revelarse o entregarse en la forma y condiciones que establecía el DL 211.

Entre otras cosas consideró que la pretensión del Ministerio Público de acceder a cierta información reunida y agregada a un proceso llevado conforme la legalidad prevista por el DL 211, acudiendo para esto a una normativa que resulta ajena a la institucionalidad de libre competencia, como es el artículo 19 del CPP, implicaría una intromisión en las funciones exclusivas que le asisten al TDLC, ya que lo obligaría a actuar en contra de lo que dispone el artículo 39 letra a) del DL 211, precepto legal que obliga imperativamente al TDLC en el pleno respecto al secreto o confidencialidad de los instrumentos declarados como tales.

Al respecto señaló que «el hecho de que el Ministerio Público haya recurrido ante la Corte de Apelaciones de

San Miguel en mérito de la disposición mencionada para que resolviera la controversia implica socavar una competencia que cautela la confidencialidad de la información obtenida mediante un procedimiento extraordinario como la delación compensada, ideada y construida por el legislador para otro tribunal y otros bienes jurídicos en juego. En tal sentido, este conflicto de funciones, en una de sus modalidades reguladas por el artículo 19 del Código Procesal Penal y que es de competencia de esta Magistratura, produce un daño lesivo a las atribuciones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia» (considerando decimocuarto).

Agregó además que en la especie no puede tener lugar la aplicación del artículo 19 del CPP atendido que el DL 211 prohíbe al TDLC, una vez decretada la confidencialidad de un documento, poner en conocimiento de terceros el referido documento precisamente para resguardar la eficacia de la institución de la delación compensada, así como la certeza jurídica respecto de aquello a lo que se podrán ver enfrentados los delatores que entregan antecedentes a la FNE.

Así, señaló que, de posibilitar el acceso de terceros a la información resguardada por el secreto y confidencialidad «(...) se produciría un resultado impredecible, originándose una potencial ineficacia de la delación compensada, contemplada en el estatuto jurídico de defensa de la libre competencia, afectándose, un valor fundamental como lo es la seguridad jurídica, la que forma parte de los elementos propios de un Estado de Derecho (...)» (considerando decimoquinto)

Con posterioridad a la dictación de la sentencia por parte del TC, la Corte de Apelaciones de San Miguel ratificó, con fecha 28 de marzo de 2016, lo señalado por el primero y declaró que *«los antecedentes considerados o que se considerarán confidenciales o secretos en los antecedentes C 299-2015, que se tramita ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, pueden solo entregarse o revelarse en la forma y condiciones ordenadas por el DL 211 de 1973 (...)».*

Comentarios

Es evidente que la trascendencia de este fallo radica en el resguardo que se da a la información obtenida por la FNE en el marco de las investigaciones que lleva a cabo mediante el mecanismo de delación compensada.

Esto por cuanto el TC resguarda debidamente la certeza jurídica que el DL 211 otorga a quienes se delatan, en cuanto a que la información que es

puesta a disposición de la FNE por parte de los delatores no será luego revelada de manera de afectar su desenvolvimiento en el mercado, cuestión esencial para la eficacia de esta herramienta de persecución de carteles.

En este sentido, una decisión en sentido contrario por parte del TC, es decir, facultando al Ministerio Público a hacerse con toda la información sensible entregada por quien se delató, hubiese generado muy probablemente el efecto práctico de disminuir los casos de colusión que son desbaratados mediante esta herramienta.

Sin embargo, y atendido el hecho de que posteriormente el Ministerio Público comunicó su decisión de no perseverar en la investigación, dada la falta de antecedentes que le permitieran fundar algún tipo de acusación seria, surge la duda respecto de la suficiencia de la información a la que tiene acceso el Ministerio Público para llevar a cabo la investigación penal, así como respecto de la oportunidad en la cual se lleva a cabo esta.

En relación con lo primero, podría argumentarse que el Ministerio Público cuenta con una serie de facultades investigativas que le dan las herramientas necesarias para reunir todos aquellos antecedentes que son necesarios para fundamentar una acusación y que, por tanto, la información derivada de otros órganos del Estado debiese ser solo el punto de inicio de la investigación penal, más aún en este caso en que el estándar probatorio y de convicción requerido en sede penal es más alto que el requerido en sede de libre competencia.

Sin embargo, hay que considerar también la posibilidad de que, atendido el tiempo transcurrido, el Ministerio Público no pueda llevar a cabo diligencias probatorias de manera eficiente, las que en caso de haber sido efectuadas por la FNE a propósito de una investigación por conductas colusivas podrían resultar relevantes y esenciales para el desarrollo de la investigación penal y la sanción de quienes resulten responsables, de manera tal de lograr que nuestro ordenamiento jurídico sea eficiente en la persecución y sanción de todos y cada uno de los ilícitos que se configuran por la comisión de un mismo hecho colusorio.

Sin perjuicio de ello, es necesario tener presente, a la hora de evaluar el acceso a cierto tipo de información por parte del Ministerio Público, que en el caso particular de una delación compensada, el o los delatores se encuentran en desventaja en comparación con aquellos agentes económicos que no

se acogieron al beneficio y que, por lo tanto, no aportaron antecedentes que los incriminan, por lo cual el acceso a la totalidad de la información reunida puede conllevar una vulneración al derecho constitucional de no autoincriminarse.

En relación con lo segundo, se produce el inconveniente de que, presentado un requerimiento por parte de la FNE por colusión, se generan una serie de denuncias por quienes de alguna u otra forman velan por los intereses de los consumidores afectados —diputados y senadores, municipalidades, asociaciones de consumidores, entre otros— tendientes a obtener una sanción de tipo penal para quienes maquinaron una conducta tan grave como la colusión.

El inconveniente se produce por la desconexión entre la normativa que regula la persecución y sanción de delitos penales y la que se encarga de regular la sanción de los ilícitos a la libre competencia. La falta de una regulación armónica que permita la convivencia ordenada y estructurada de ambas normativas genera, además de las complejidades jurídicas y roces entre instituciones como el aquí comentado, una incertidumbre jurídica que las debilita a ambas.

Tanto es así que, con posterioridad a este caso, y de manera muy reciente (agosto de 2016), este régimen legal fue objeto de una profunda reforma mediante la promulgación de la Ley 20.945 que perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia en Chile. En ella, el legislador, además de criminalizar la conducta de colusión, determinó que la investigación penal solo podrá iniciarse una vez que la existencia de la colusión haya sido establecida mediante una sentencia definitiva por parte del TDLC. A su vez, la acción penal quedó en manos exclusivas del Fiscal Nacional Económico, quien deberá interponer una querrela en el plazo de seis meses contados desde que se encuentre ejecu-

toriada la sentencia definitiva del TDLC. Adicionalmente, se facultó expresamente al Ministerio Público a solicitar al TDLC el alzamiento de la confidencialidad o reserva de determinadas piezas del expediente para su utilización en el proceso penal.

Con lo anterior, el legislador resuelve el problema comentado en este artículo. Por una parte, obliga a iniciar el procedimiento penal solo una vez que se tenga certeza respecto de la comisión del ilícito en sede de libre competencia, lo cual permite evitar el riesgo de sentencias contradictorias derivadas de procedimientos paralelos, y, por otra, deja expresamente en manos del TDLC la decisión de dar o no acceso al Ministerio Público a la información confidencial reunida por la FNE en el marco de un proceso de delación compensada, dando de esta forma el resguardo debido a dicha institución.

Valoramos positivamente la modificación, dado que permitirá prevenir contiendas de competencias como la aquí comentada y resguardará el principio de seguridad jurídica al prevenir también la dictación de sentencias que sean contradictorias.

De cualquier forma, resulta imperativo en la práctica encontrar el punto de equilibrio entre los procesos que se desarrollan en sede penal y de libre competencia, de modo tal de no dar pie a rangos indeseables de incertidumbre jurídica, sea respecto de la confidencialidad de la información recabada en el marco de una delación compensada —requisito indispensable para la eficacia de esta medida—, sea respecto de la oportunidad y legitimación para el inicio de los diversos procesos sancionatorios. Tanto los criterios utilizados por el Tribunal Constitucional en el caso comentado como los nuevos lineamientos de la reciente reforma son útiles y conducentes en esa dirección.

SOPHIE HELLMICH ARGOTE*

* Abogada senior, Área de Litigios de Philipipi, PrietoCarrizosa, Ferrero DU & Uría, oficina de Santiago de Chile.