

Colusión en licitaciones públicas a la luz del artículo 287 del Código Penal: ¿Sanción o impunidad?

JORGE MERA SCHMIDT*

RESUMEN

Con ocasión de la profusa discusión ventilada en torno a la relación existente entre la conducta de colusión y el Derecho Penal, el presente ensayo busca justificar, primero que todo, por qué resulta plausible una sanción de tipo penal para dicho acto ilícito cuando se verifica en licitaciones públicas, para luego señalar la ausencia de la misma en nuestro repertorio penal. Lo anterior, atendido a lo álgido del bien jurídico en juego, cual es el Patrimonio Público o del Estado.

PALABRAS CLAVE

Colusión – licitación pública – Bid Rigging – Patrimonio Público.

ABSTRACT

With occasion of the profuse discussion about the connection between collusion behavior and Criminal Law this Essay try to prove why it is acceptable a punishment sanction for this illegal behavior when it occurs in public Biddings. Then it try to explain the deficiency of that punishment sanction in our criminal legislation. The reason of that explications is the important legal good in scene: the Public Heritage.

KEYWORDS

Collusion behavior – public Bidding – Bid Rigging – Public Heritage.

* Egresado, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
jorgeignacioms@gmail.com

I. INTRODUCCIÓN

La relación entre el Derecho Penal y la Libre Competencia en cuanto bien jurídico (al menos tutelado actualmente en sede administrativa) ha estado, durante los últimos años, constituyéndose como una de especial dinamismo. Lo anterior viene dado, en primer lugar, por la verificación de un conjunto de casos de colusión en distintos mercados, conjunto que si bien no es muy abultado, está integrado por casos que se insertan en mercados de especial relevancia social, como son el de medicamentos, transporte público y alimentos, por ejemplo, haciendo surgir a su vez un álgido cuestionamiento acerca del merecimiento de sanción para los protagonistas de estos hechos.

Dicha relación se analiza en virtud del ilícito de colusión para la fijación de precios, el cual corresponde a un acuerdo entre dos o más agentes del mercado, los cuales “...concertada o en cierta concurrencia conductual, producen el efecto de entorpecer, restringir o eliminar la libre competencia al interior de un mercado relevante.”¹ Esta afectación vendría dada en cuanto la colusión: “...perjudica el funcionamiento de una economía, pues anula los beneficios propios de la rivalidad y la competencia entre empresas, que es el mecanismo que permite que los consumidores gocen de menores precios, mayor variedad y mejor calidad en los bienes y servicios que consumen.”² Tal exclusividad, dentro del gran catálogo de conductas monopólicas y atentatorias contra la Libre Competencia, se interpreta por ser la colusión la que más dañosidad social representaría. No por nada la Corte Suprema ha sentenciado, con el siguiente párrafo, lo que se ha constituido como el baremo jurisprudencial con el cual tanto el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia³ como la misma Corte han juzgado estos ilícitos. Se señala que: “...la colusión constituye de todas las conductas atentatorias contra la libre competencia la más reprochable, la más grave, ya que importa la coordinación del comportamiento competitivo de las empresas. El resultado probable de tal coordinación es la subida de los precios, la restricción de la producción y con ello el aumento de los beneficios que obtienen los participantes.”⁴

En dicho contexto, los cuestionamientos desde la dogmática penal han apuntado a discurrir en torno al alcance del artículo 285 del Código Penal, que sanciona la alteración fraudulenta de precios, como eventual englobante típico de la conducta de colusión, pareciendo estar conteste con la conclusión

¹ VALDÉS PRIETO (2006), p. 517.

² GONZÁLEZ TISSINETTI (2011), p. 143.

³ En adelante también TDLC.

⁴ *Fiscalía Nacional Económica con Transportes Central y otros.*

de que la colusión no estaría sancionada en sede penal sino que sólo puede ser entendida como un ilícito que amerita sanción administrativa⁵.

Junto a esta antigua figura penal que data desde la época de dictación del Código y que, como se dijo, hoy vuelve a cobrar importancia, se encuentra, en el artículo 287, otra antigua figura, que sanciona a aquellos que de manera coactiva o fraudulenta logren alejar a los postores de subastas públicas, con el ánimo de alterar el precio de lo subastado.

Ambos tipos penales se relacionan a su vez con una conocida conducta para el Derecho Económico y de la Libre Competencia, aunque como se demostrará no para el Derecho Penal en Chile, cual es la colusión en las licitaciones públicas del Estado o *Bid Rigging*⁶. La trascendencia del cuestionamiento acerca de una posible sanción penal para dicha conducta viene dada en cuanto la misma no sólo lesiona la competencia entre los concurrentes al mercado, situación para la cual un análisis de legitimidad de la sanción penal es más que acertado, sino que además sanciona el bien jurídico patrimonio público, erario o hacienda pública, situación para la cual a su vez un análisis de legitimidad de la sanción penal debería arrojar, *a priori*, un voto en favor de la criminalización, de momento que, como se verá, tal bien jurídico se encuentra profusamente protegido en nuestra legislación penal.

Si se ha dicho, por tanto, que el artículo 285 CPCh no sancionaría la conducta de colusión en general ni tampoco la conducta de colusión en licitaciones o compras públicas en específico, cabe analizar a su respecto los alcances del artículo 287 CPCh para estimar tal sanción.

Bajo la intención de generar una opinión que involucre a su vez un estándar de idoneidad en cuanto a sancionar de manera penal tal ilícito de *Bid Rigging* se partirá por describir el bien jurídico patrimonio público y la gravedad que el mismo reviste, para luego explicitar en forma paralela los alcances de la conducta, ofreciendo finalmente un análisis del alcance de la figura del artículo 287 del Código Penal en cuanto supuesta comprensiva de la colusión en licitaciones del Estado, todo ello con la intención de –se adelanta desde ya– justificar su sanción en sede penal ante la actual inexistencia de la misma.

⁵ Esta conclusión es aportada en el contundente trabajo del profesor Jean Pierre Matus, en donde la pulcra argumentación que él realiza, que no repetiremos aquí por motivos de extensión, no deja lugar a dudas. Así, en: MATUS ACUÑA (2012) y en mayor profundidad, en: MATUS ACUÑA (2013).

⁶ *Bid Rigging* es la terminología empleada para referirse a la colusión en todo tipo de licitaciones, ya sean estas públicas (del Estado) o privadas. Este ensayo analiza la situación de la colusión en licitaciones convocadas por el Estado, también denominadas “compras públicas” o “concesiones de servicio público”.

II. BREVE CARACTERIZACIÓN DEL PATRIMONIO PÚBLICO EN CUANTO BIEN JURÍDICO

Para una caracterización del bien jurídico patrimonio público, erario público o hacienda pública, resulta conveniente adoptar un prisma de análisis igual a aquel que se ha adoptado para analizar los delitos tributarios, que son de aquellos delitos que, en tutela del patrimonio público, presentan una gran serie de complejidades, las cuales toda vez depuradas, permiten un concepto íntegro de este bien.

Se partirá señalando, de manera previa al análisis anteriormente anunciado, que en nuestra legislación, tanto en el Código Penal como en leyes anexas, son múltiples las normas que tutelan este bien, según veremos respecto de sus alcances. Así: los delitos tributarios contenidos en el Código Tributario y leyes afines, en los cuales se engloba un conjunto amplio de figuras penales como maquinaciones fraudulentas, quebrantamientos de medidas conservativas y de sanciones, actividades económicas informales, abusos de franquicias y beneficios tributarios y delitos que pueden cometer funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones relacionadas con el área tributaria⁷, todos ellos ilícitos destinados a la evasión del pago de los impuestos o bien al incumplimiento de los deberes de garantía y otros que impone la legislación tributaria para el correcto funcionamiento de dicha actividad⁸. Están presentes, además: el fraude de subvenciones contenido en el artículo 470 N° 8 CPCh⁹; los delitos aduaneros contenidos en la Ordenanza de Aduanas¹⁰; la malversación de caudales públicos¹¹ y el fraude al fisco¹². Este es un abanico extenso de conductas que lesionan el bien jurídico patrimonio público, las cuales claramente difieren en sus elementos configurativos, siendo ellas las que directamente atacan dicho bien¹³. Ahora, el patrimonio público, presenta la complejidad de requerir de una argumentación y de una contextualización que lo circunscriba a algo más que un paralelo o símil con el patrimonio privado y/o propiedad individual, difiriendo únicamente en el carácter público a-personal de su titular, de momento que de no lograrse esta caracterización, estaríamos ante figuras que parecerían, en principio, no tener un sustento de legitimación adecuado. Así, VAN WEEZEL señala que hay una necesidad de justificar por qué tras los delitos tributarios es posible y además

⁷ MAYER LUX (2007), pp. 207-211 y VAN WEEZEL DE LA CUADRA (2007), pp. 27-30.

⁸ OSSANDÓN WIDOW (2007), pp. 171 y ss.

⁹ MAYER LUX (2007), p. 212.

¹⁰ MAYER LUX (2007), p. 213.

¹¹ MAYER LUX (2007), p. 215.

¹² MAYER LUX (2007), p. 216.

¹³ MAYER LUX (2007), pp. 218-225.

necesario encontrar una justificación más plausible que ser estos un privilegio para el Estado a la hora de exigirse el pago de impuestos, descartándose así una noción exclusivamente patrimonialista¹⁴.

Y si la circunscripción del bien patrimonio público a la simple titularidad de patrimonio por parte del Estado no cumple con tal requisito, tampoco lo hace, y descartamos desde ya sin mayor extensión, argumentos ofrecidos tales como la obediencia al Estado o a la autoridad, por motivos obvios de condescendencia con el avance en la discusión democrática y de legitimación de un Derecho Penal de garantías y libertades¹⁵.

Ante tal problemática y para la definición de este bien en general es que la caracterización del patrimonio público, desde los delitos tributarios, resulta adecuada.

Para el caso de los tributos y del sistema tributario en general, estamos ante una situación en la cual se verifica, como presupuesto de infracción, una relación entre el Estado y el individuo, relación que a su vez se materializa en la obligación tributaria, la cual presenta como característica más especial la de ser vinculante para el deudor (contribuyente) sin que exista un deber necesario de contraprestación directa para el acreedor (Estado), obligación que tiene como fuente la ley en virtud de la potestad impositiva del Estado¹⁶. Ahora bien, lo dicho aquí es sólo el presupuesto de la sanción penal por la comisión de delitos tributarios, en cuanto esta relación tributaria, materializada en la obligación tributaria, posee un aspecto teleológico, de relevancia, que fundamenta la función tributaria del Estado y que permite entender que la sanción punitiva por el no pago ilícito de impuestos así como por el incumplimiento de los deberes tributarios¹⁷ no es un simple cumplimiento forzado de esta obligación y no es, por tanto, una “prisión por deudas”¹⁸. Las palabras de la profesora María Magdalena OSSANDÓN definen ello muy bien, al indicar que: *“... existen razones subyacentes que respaldan este cobro, pues los tributos se recaudan, en última instancia, para el bien de la comunidad, para permitir al Estado lograr sus propios fines y satisfacer así las exigencias públicas. La obligación tributaria, entonces, bien puede vincularse y justificarse dentro de la estructura de un Estado social y democrático de Derecho, dentro del cual el pago del tributo*

¹⁴ VAN WEEZEL DE LA CUADRA (2007), pp. 14-15.

¹⁵ BUSTOS RAMÍREZ (1991), pp. 289-290.

¹⁶ OSSANDÓN WIDOW (2007), pp. 166-167.

¹⁷ OSSANDÓN WIDOW (2007), pp. 171 y ss.

¹⁸ BUSTOS RAMÍREZ (1991), p. 290.

*se encuadra en el cumplimiento de un deber cívico de solidaridad, concurriendo a los gastos públicos en razón de la propia capacidad contributiva.*¹⁹

Reafirma lo anterior, lo sostenido por Alex VAN WEEZEL: “*La obligación tributaria adquiere así un carácter institucional, que se expresa en el deber positivo de contribuir al mantenimiento del orden económico-estatal concretado en el Estado impositivo.*”²⁰

Como vemos, el argumento esencial de porqué el Estado puede sancionar la evasión de impuestos o la infracción de deberes tributarios no es idéntico a una concepción patrimonialista en sentido puro, como ocurre con el patrimonio particular, puesto que al Estado no se le reconoce algo así como un derecho de propiedad²¹ y su aceptación nos lleva a absurdos que deslegitiman los tipos penales que protegen este bien²². Este argumento es necesariamente teleológico, puesto que el Estado posee una facultad impositiva y desarrolla un sistema impositivo y de recaudación para cumplir sus fines, los cuales en todo Estado moderno se relacionan con la consecución del bien común, todo lo cual trae como correlato deberes por parte de todo ciudadano, entre los cuales se incluye el de pagar tributos y no defraudar al Fisco²³, defraudación que, como resultará obvio en este punto de la caracterización, no se relaciona con la afectación a un patrimonio inamovible tal como ocurre en los fraudes a privados, sino con el incumplimiento del deber ya descrito y la afectación, finalmente, de las distintas finalidades del Estado.

De tal manera, los delitos tributarios tutelan el patrimonio público encaminado hacia un fin y se han entendido ellos como el incumplimiento o infracción de distintos deberes, motivo por el cual las conductas sancionadas no son únicamente aquellas que de manera ilícita evitan el pago de impuestos sino que además todas aquellas que defraudan, por acción u omisión, el correcto funcionamiento del sistema²⁴, verificándose una merma en la cantidad recaudada por el Fisco, todo lo cual a su vez redundará en una afectación del Estado en cuanto al logro de sus fines públicos²⁵. Lo cierto, es que para

¹⁹ OSSANDÓN WIDOW (2007), pp. 168-169.

²⁰ VAN WEEZEL DE LA CUADRA (2007), p. 16.

²¹ En un sentido constitucional-fundamental. De hecho, al Estado no se le reconoce derecho fundamental alguno.

²² VAN WEEZEL DE LA CUADRA (2007), p. 15.

²³ OSSANDÓN WIDOW (2007), p. 169 y VAN WEEZEL DE LA CUADRA (2007), p. 16.

²⁴ De la noción de Patrimonio Público adoptada dependerá en gran medida el contenido típico de cualquier delito tributario, en cuanto a si se exige una vulneración efectiva del Patrimonio o sólo se requiere un principio de ejecución. Así, en: VAN WEEZEL DE LA CUADRA (2007), pp. 14 y ss.

²⁵ OSSANDÓN WIDOW (2007), p. 174.

los delitos tributarios se ha ofrecido una noción de patrimonio público que conjuga tanto el aspecto patrimonial como el aspecto cívico-institucional²⁶, noción que es dable replicar para los restantes delitos que atacan el mismo bien, al menos desde un foco pedagógico que ilustre en este punto los alcances del patrimonio del Estado que lo convierten en un bien sujeto a tutela penal.

Así, para el bien jurídico patrimonio público, entonces, es siempre necesario también considerar, como queda claramente de manifiesto en los delitos tributarios, que tal patrimonio está encaminado a la satisfacción de necesidades sociales y al cumplimiento de fines de índole pública, deber que toca al Estado y a nuestra institucionalidad en los términos definidos por el artículo 1º de la Constitución y todos los demás que resulten afines. De ahí que toda definición de este bien jurídico se efectúe en miras a tal situación funcional, y conjuga tanto una faz objetiva, entendida como los medios financieros del Estado, como una faz funcional, entendida como la función que dichos medios pretenden cumplir²⁷. De tal manera, se dirá que el patrimonio público es aquel conjunto de bienes que se encuentra bajo disposición del Estado (Fisco)²⁸, conjunto que además se encuentra destinado a la satisfacción de las necesidades sociales y públicas, y a la ejecución de las funciones del Estado.

Una idéntica situación ocurre al definir el bien jurídico función pública o probidad administrativa, en cuanto respecto de la misma (aquella que deben emplear y guardar los funcionarios públicos) no se busca únicamente mantener su incorruptibilidad y su carácter incólume²⁹ sino que mantener ambas cualidades en miras a la función que cumplen, lo cual repercute de manera importante en aquellos delitos que, cometidos por funcionarios públicos, atentan contra el patrimonio del Estado³⁰ por cuanto pareciese existir una conjunción de bienes tutelados en cuanto a probidad administrativa y Hacienda³¹. Así, de momento que: *“En la actualidad es ampliamente mayoritaria la posición que plantea como objeto de tutela de este delito la afectación a la Administración Pública en su aspecto funcional, materializado en la correcta gestión del patrimonio público para la satisfacción de los intereses generales de la comunidad... El sustento constitucional de esta faceta del buen desempeño de la función pública es, entonces, el principio de eficacia de la actividad administrativa, para cuya*

²⁶ VAN WEEZEL DE LA CUADRA (2007), p. 15.

²⁷ MAYER LUX (2007), pp. 230-231.

²⁸ POLITOFF; MATUS; RAMÍREZ (2004), p. 411.

²⁹ RODRÍGUEZ COLLAO; OSSANDÓN WIDOW (2008), pp. 93 y ss.

³⁰ RODRÍGUEZ COLLAO; OSSANDÓN WIDOW (2008), pp. 383 y ss.

³¹ POLITOFF; MATUS; RAMÍREZ (2004), p. 487.

*vigencia es necesaria la integridad del patrimonio fiscal y el cumplimiento de las condiciones que garanticen la correcta inversión de los fondos públicos.*³²

III. LICITACIONES PÚBLICAS Y BID RIGGING

1. Licitaciones Públicas como sistema de eficiencia cualitativa y democracia

Conceptualizado el patrimonio público a la luz del conjunto de tipos penales vigentes que lo tutelan, se harán los esfuerzos para, adecuado en torno a ello, ofrecer una noción de licitación o compra pública como mecanismo de eficiencia cualitativa, vale decir, de especiales características, las cuales dejarán entrever cómo, al ejecutarse una colusión ilícita en ellas, se vulnera el erario del Estado así como la libre competencia, puesto que dicho mecanismo se inserta justamente en la protección y eficiencia de tal patrimonio.

Las licitaciones, de manera genérica, deben ser entendidas como un mecanismo de asignación de bienes y/o servicios, mecanismo que se concreta a través de un proceso determinado de manera previa a dicha asignación³³. De tal manera, las licitaciones son convocadas por el demandante o requirente de cierto bien o servicio y en ellas es característico que: “...se sustituye la <<competencia en el mercado>> por la <<competencia por el mercado>>, debido a que quienes participan en ellas compiten por el derecho a proveer el bien o servicio”³⁴

Como se ve, las licitaciones operan una sustitución de la voluntad subjetiva del contratante por un procedimiento reglado y objetivo, que si bien puede no sustituir del todo dicha representación subjetiva que induce a contratar³⁵, busca fines de eficiencia, objetividad y transparencia, e incluso, crear un mercado, previa competencia por el mismo, allí donde no existe³⁶.

Las licitaciones, en cuanto mecanismo de encuentro entre oferentes y demandantes, constituyen también un mecanismo de asignación de precios. Para lo anterior, no hay diferencias entre distintos tipos de licitaciones, esto es: cuando la licitación es de venta, se espera a que la pluralidad de interesados en comprar y la competencia entre ellos, induzca un alza del precio final en que se vende el bien, dada la diferente valoración que del mismo se pueda tener. Por otro lado, cuando la licitación es de compra, se espera a que la pluralidad de

³² RODRÍGUEZ COLLAO; OSSANDÓN WIDOW (2008), p. 388.

³³ IRARRÁZABAL; ARAYA (2011), p. 375.

³⁴ IRARRÁZABAL; ARAYA (2011), p. 380.

³⁵ En toda licitación es posible dar distinto valor a la apreciación subjetiva del convocante. Así, en: IRARRÁZABAL; ARAYA (2011), p. 376.

³⁶ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2011), p. 7; HARRISON; MUÑOZ (2011), p. 380.

interesados en ofrecer y vender, en competencia, induzca una baja del precio final del bien o servicio, dadas principalmente las diferencias en las técnicas y costos de producción, expectativas de ganancia, entre otros³⁷.

Por lo anterior, es que de manera genérica, se entiende que el mecanismo de licitación genera eficiencia económica ya sea para licitaciones privadas o públicas, lográndose una eficiente asignación de recursos, optimización en la información, innovación tecnológica, entre otros múltiples beneficios.

Cuando el convocante es un órgano del Estado, el principal motivo que hace recomendable, beneficioso y además justa la utilización de este mecanismo es que logra una democratización en el acceso a ser proveedor de bienes y servicios para el Estado.

En efecto, el Estado, como resulta natural, necesita nutrirse de un enorme conjunto de bienes y servicios para poder cumplir sus fines, situación que es denominada por la literatura de Derecho Económico como el rol de *procurement*. Por otro lado, asume un rol concesionario, en cuanto externaliza y encomienda a privados la generación y provisión de bienes y servicios que deben ser, *a priori*, entregados por el Estado a la comunidad, puesto que son de carácter e interés públicos, pero que por argumentos de eficiencia son entregados, para su provisión, a terceros privados³⁸. La comunidad civil, con quien debe contratar el Estado, tiene así una enorme probabilidad de acercarse al mismo como oferente, motivo por el cual es necesario que dicha conexión se verifique en términos democráticos: todos deben, en igualdad de condiciones, tener la misma oportunidad de ser proveedor del Estado, asumiendo los beneficios que ello reporta, no únicamente por la oportunidad del negocio sino que además por ciertas características beneficiosas que ello podría traer, así por ejemplo la seguridad en el pago o la constitución de monopolios de eficiencia en donde un agente puede explotar determinado servicio o actividad, etc.

Es por tanto, dicho estándar de democracia en el acceso a la provisión pública lo que justifica la institucionalidad de licitaciones y compras públicas, traducándose ello además en un beneficio de transparencia que permite una correcta administración de los fondos públicos, evitando el favoritismo y la corrupción que originarían una prevalencia de los contratos directos entre el Estado y los particulares³⁹, sin que mediara este mecanismo de democracia y competencia.

³⁷ IRARRÁZABAL; ARAYA (2011), p. 169.

³⁸ HARRISON, Rodrigo; MUÑOZ, Roberto, cit. (n.34), p. 381-382.

³⁹ IRARRÁZABAL; ARAYA (2011), pp. 174-177.

Este fin de democratización está consagrado en el artículo 9º de la Ley N° 19.575 Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado, disponiendo que: *“Los contratos administrativos se celebrarán previa propuesta pública, en conformidad a la ley. El procedimiento concursal se regirá por los principios de libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo y de igualdad ante las bases que rigen el contrato...”*

Para cumplir el fin anteriormente descrito, nuestra institucionalidad contempla un procedimiento administrativo para la adquisición de bienes muebles y servicios, regulado en la Ley N° 19.886 de 2003, la cual como se dijo estipula el procedimiento que se lleva adelante el cual es, acorde a los artículos 4 y siguientes de dicha ley, de licitación.

El procedimiento es de licitación pública obligatoria cuando el bien o servicio requerido supere un valor de 1.000 UTM (artículo 5), pudiendo el organismo elegir entre la licitación privada y la contratación directa en casos de inferior valor o en casos de no presentación de ofertas en licitaciones públicas (artículo 8).

Resulta además clarificador observar el concepto administrativo que la misma ley entrega de licitación pública, en su artículo 7: *“Licitación o propuesta Pública: el procedimiento administrativo de carácter concursal mediante el cual la Administración realiza un llamado público, convocando a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas, formulen propuestas, de entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente.”* Los casos de licitaciones privadas varían en cuanto a que en estas últimas el destinatario del llamado a concursar es un grupo determinado y específico de agentes. Como se ve, el concepto legal se aviene claramente con la concepción teórica vista como mecanismo de asignación y de encuentro entre demandante y oferente, viéndose además reforzado su carácter provechoso para la contratación pública en cuanto la misma ley en su artículo 6 dispone que: *“...En todo caso, la Administración deberá propender a la eficacia, eficiencia y ahorro en sus contrataciones”*.

A su vez, para la realización de aquellas obras concesionadas, esto es, aquellas en que el Estado cede a terceros privados la posibilidad de efectuar determinadas obras de interés público y/o explotar de alguna manera servicios públicos, el Decreto Supremo N° 900 del Ministerio de Obras Públicas regula procesos de licitación para el concurso destinado a la suscripción del contrato de obra pública.

Por último, cabe tener presente que el proceso de licitación se replica respecto de múltiples organismos de la Administración y en situaciones diversas a las anteriormente planteadas, siendo correcto retener la idea de eficiencia y

conveniencia, además de justicia, de dicho mecanismo, más allá del detalle casuístico y pormenorizado de su general aplicación⁴⁰.

Hacemos notar que otros autores han vislumbrado, en los procesos de licitaciones públicas, un bien jurídico sui generis, catalogado como la incoluidad o transparencia de estos procesos, que no es sino, en nuestros términos, la libre competencia, en éstos, el cual puede entenderse como concurrente con el patrimonio público⁴¹.

2. *Bid Rigging* como ataque al Patrimonio Público

En cuanto los mecanismos de licitación ofrecen una importante ventaja, dado que *“La competencia vigorosa entre los oferentes que proveen bienes y servicios a los gobiernos, permite a éstos obtener más y mejores recursos a un precio más bajo. Esto contribuye, a su vez, a liberar recursos públicos, los cuales pueden así ser destinados a otros fines alternativos y beneficiar de este modo a los consumidores”*⁴², la colusión en los mismos, conducta conocida como *Bid Rigging*, como ya se dijo, no puede sino vulnerar importantes principios y bienes que se circunscriben a estos procesos.

En el marco de las licitaciones, los acuerdos colusorios entendidos como la voluntad de no competir pueden traducirse en distintas conductas y modalidades de coordinación, buscando normalmente con ello dos propósitos esenciales: (1) determinar con anticipación al proceso quién resultará adjudicatario del mismo; y/o (2) determinar cuál será el precio final del bien o servicio licitado⁴³. Para ello, los convocados pueden, entre otras acciones: intercambiar información sensible respecto del proceso; no presentar postura alguna; retirar posturas ya presentadas; presentar posturas manifiestamente destinadas al fracaso; repartir contratos en diversos procesos o bien turnos de adjudicación; propender a designar un adjudicatario que luego distribuya el excedente del precio final, etc.⁴⁴. De tal manera los participantes terminan por defraudar los diversos objetivos que persigue el proceso y anular la eficiencia, la conveniencia y la justicia de este mecanismo, cuando el mismo es convocado desde el Estado⁴⁵.

⁴⁰ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2011), p. 2.

⁴¹ ABANTO (2005), p. 31.

⁴² Ibid.

⁴³ IRARRÁZABAL; ARAYA (2011), p. 173.

⁴⁴ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2011), p. 12; ROMERO GUZMÁN (2007), pp. 18 y 19.

⁴⁵ HARRISON; MUÑOZ (2011), p. 387.

En el escenario de la defensa de la libre Competencia, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia puede sancionar como ilícito anticompetitivo el *Bid Rigging*, tal como señala el artículo 3 del DL N° 211 de 1973, que tras ser reformado el año 2009, reza: “*Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes:...*a) *Los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en...afectar el resultado de procesos de licitación.*” Por su parte el artículo 26 de este cuerpo normativo entrega facultades amplias al Tribunal para corregir estos ilícitos, normalmente concluyendo ello con la nulidad del proceso de licitaciones o profundas correcciones y multas tras sus resultados.

El siguiente planteamiento ilustra muy bien la afectación de esta conducta, respecto del Estado. A juicio del mismo Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, para las conductas de *Bid Rigging*: “...*debe tenerse presente que lo ilícito en estos casos radica en que estos acuerdos colusorios, previos a la licitación, entregaron poder de mercado en el proceso licitatorio a quienes, en su virtud, obtuvieron la exclusión real de sus potenciales competidores. Con ello se afectó el resultado de la licitación, ya que éste fue predeterminado. Adicionalmente, se produjo una merma en la recaudación que habría obtenido el Fisco de no mediar tales acuerdos.*”⁴⁶

La colusión en licitaciones públicas, por tanto, reviste un doble efecto. Primero, viene en sustituir todos aquellos beneficios cualitativos que ya hemos descrito para el mecanismo, como son esencialmente eficiencia y democracia en el contrato público, por una concertación en el resultado del proceso, lo cual vulnera directamente la libre competencia. Pero además de ello, genera indefectiblemente un perjuicio pecuniario para el patrimonio público, puesto que el mismo debe incurrir en gastos para generar un proceso que, en búsqueda de una alternativa eficiente y conveniente, termina por arrojar un resultado encarecido. Piénsese así, por ejemplo, en los procesos de licitación o concesión que son anulados por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia con posterioridad a conocerse su resultado colusorio ilícito, en función de los gastos en que incurre el Estado en diseñar el proceso, implementarlo y llevarlo adelante junto con el costo de oportunidad que se pierde en el retraso de la provisión del bien o servicio. Más grave aún, podría ser, pensar en aquellas concesiones de servicio u obra pública cuyo resultado, también colusorio e ilícito, por tanto encarecido, se conoce con posterioridad a su implementación, tornándose prácticamente imposible revertir tal situación sin incurrir aún en

⁴⁶ *Fiscalía Nacional Económica con Corporación de Radio Valparaíso y otros.*

mayores gastos y costos para el Estado. Así, y sin perder la esperanza en el ánimo filántropo de los individuos, ¿es posible siquiera imaginar una colusión en licitaciones en pos de beneficiar al Estado, mejorando el proceso y su resultado final, gravando voluntariamente a los particulares que participan en ellas? Es, al menos, difícil, ya que ello sólo puede venir dado por la competencia.

Resulta relevante en este punto, especificar cómo se verifica la dañosidad de la colusión en licitaciones públicas. Manuel BEATO VÍBORA, profesor español, al referirse al actual artículo 262 del Código Penal de España que sanciona la colusión en licitaciones, reconoce que efectivamente tal figura protegería dos bienes jurídicos o, lo que es lo mismo, posee una cobertura ambivalente aunque complementaria. Por un lado, se protege el patrimonio, ya sea público o privado según el tipo de licitación de que se trate, mientras que por otro lado se protegen bienes del orden económico, que son normalmente entendidos como la libre concurrencia y la libre competencia, vistos como el acceso al mercado exento de fraude y la modalidad de participación en el mercado (competitiva), respectivamente⁴⁷. Luego, sostiene que de hacerse necesario un orden de prelación o preferencia entre los bienes jurídicos tutelados por la figura, debiese estarse a la protección directa y preponderante de la “libertad de postura” como bien⁴⁸, lo cual no es sino la libertad de concurrencia al mercado vista como la proscripción del fraude y el engaño, dada la especial modalidad de participación que se concreta en las subastas⁴⁹, y en los mismos términos en que lo haría el artículo 285 del Código Penal de Chile, por ejemplo, pero que para el caso de subastas y licitaciones se complementa junto a la libre competencia puesto que para estos mecanismos es sólo la competencia (a la baja del precio o al alza del mismo) la que posibilita la expresión de sus beneficios.

Estando en lo cierto la opinión anteriormente expuesta, se sostendrá que si bien puede entenderse este ilícito como pluriofensivo⁵⁰, cuando hay una afectación al patrimonio del Estado se compromete la gravedad y relevancia de este bien jurídico, como ya se describió, situación que se aleja de aquella en que eventualmente se vulnera el patrimonio privado, para la cual cabría analizar con extremo detalle, en otra oportunidad, todos los principios y elementos que legitiman una sanción penal. Estamos aquí invirtiendo el orden de prelación propuesto por Beato Víbora, señalando que la protección de la hacienda pública resulta meritoria, más aún en conexión con la tutela de la libre concurrencia y la libre competencia.

⁴⁷ BEATO (1997), p. 175.

⁴⁸ BEATO (1997), pp. 176-178.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ BEATO (1997), p. 178.

Para la tutela del patrimonio público, como hemos venido diciendo, la conducta colusoria en licitaciones del Estado significa una grave vulneración ya que provoca un detrimento ilegítimo e ilegal en el mismo que amerita ser sancionado tal como ocurre en múltiples otras disposiciones penales.

IV. *BID RIGGING* EN LICITACIONES PÚBLICAS: ¿SANCIÓN O IMPUNIDAD? ALGUNOS ALCANCES DEL ARTÍCULO 287 DEL CÓDIGO PENAL

Indica, el artículo 287 del Código Penal, que se sancionará con multa de entre el diez al cincuenta por ciento del valor de la cosa subastada, a aquellos que empleen amenaza o cualquier otro medio fraudulento para alejar a los postores en una subasta pública con el fin de alterar el precio del remate, sujeto todo ello a la condición de que no merezca, quien delinque, una pena mayor por la amenaza u otro medio ilícito empleado, situación última en la cual se aplicará con preferencia a aquella.

La pregunta que resulta, a todas luces, obvia, es, si acaso, puede englobarse en la redacción de este artículo la conducta de colusión en licitaciones públicas, en el sentido de compra o concesión pública, como se vio con anterioridad. El *quid* de tal dilucidación, radica en comprender cómo se adecúa la conducta del *Bid Rigging* ante dicho tipo, considerando que el mismo sanciona a aquellos que empleen amenaza o cualquier otro medio fraudulento (siendo aquellos los medios comisivos) con el objeto de alejar postores de una subasta pública para con ello alterar el precio del remate (siendo aquél el resultado exigido del ilícito).

Como también se introdujo, esta es una figura que data desde la dictación del Código Penal, la cual se encuentra contigua a la figura del artículo 285 del mismo cuerpo y su versión calificada en función del objeto sobre el que recae, del artículo 286. Resulta importante señalar de entrada aquello puesto que tal figura, la del artículo 285, se ha estudiado en relación con las vulneraciones a la libre competencia, señalando la opinión mayormente aceptada que el bien jurídico tutelado por dicha figura es la libre concurrencia de los agentes en el mercado, entendida aquella como la libertad para acceder al mismo exenta de fraude⁵¹, pero no sería dicho bien la libre competencia, entendida la misma como la modalidad de participación en el mercado que se verifica cuando hay competencia y no colaboración entre los agentes. Sin duda alguna la línea divisoria entre ambos bienes es difusa⁵².

⁵¹ MATUS ACUÑA (2013), pp. 316.

⁵² *Ibid.*

Así, surge un argumento plausible para pensar en extender tal extensión a la figura del artículo 287, puesto que si se entiende que el artículo 285 del Código Penal no tutela la libre competencia y que en definitiva el Código Penal, desde su dictación, no se hizo cargo de dicho bien, sino que de proteger una expresa modalidad de acceso al mercado⁵³, más dificultoso sería comprender la existencia de una figura específica que tutele la libre competencia respecto de una actividad económica tan particular como lo son las licitaciones del Estado.

Ahora bien, y como se ha recalcado, se intenta buscar aquí, de manera principal, una tutela del patrimonio público, a la luz de esta norma penal, el artículo 287, motivo por el cual se volverá sobre sus alcances típicos, analizando en mayor detalle por qué este artículo 287 no sanciona el *Bid Rigging* y pre-asumiendo que el artículo 285 tampoco lo hace. De todas formas, el análisis del medio comisivo de ambas figuras, esto es, medios fraudulentos, permite concluir lo mismo respecto de ambos tipos.

La figura comentada exige modalidades que han quedado claramente delimitadas. Cabe señalar que en el artículo 287 CPCh: “...no se dice que las amenazas sean una forma de engaño, sino que se valoran del mismo modo, pues producen el mismo resultado: alejar postores de la subasta.”⁵⁴ De tal forma, el artículo 287 CPCh sanciona la acción a través de dos medios comisivos que difieren entre sí, pero que se entrelazan en miras al fin perseguido, como veremos.

1. Alcances del tipo

a) Amenaza

Por un lado, el empleo de amenaza no genera mayor duda en cuanto a su alcance. Es esta una conducta consistente en asociar a la generación de un mal o daño la realización condicionada de determinada acción u omisión o derechamente indicar la generación del mal o daño amenazado⁵⁵. Para el tipo penal que comentamos, sería condicionar el daño, mal o perjuicio al alejamiento de la subasta, por parte de los postores receptores de la amenaza.

Como es conocido, la amenaza debe cumplir dos requisitos de manera copulativa, los cuales son seriedad y verosimilitud, entendidas como la

⁵³ MATUS ACUÑA (2013), pp. 315-330.

⁵⁴ MATUS ACUÑA (2013), p. 331.

⁵⁵ POLITOFF; MATUS; RAMÍREZ (2005), pp. 196-197.

existencia real de la misma y como la alta probabilidad de ocurrencia del mal amenazado⁵⁶.

Eventualmente, en una noción moderna de subasta pública, podrían darse situaciones de amenaza a postores para provocar su alejamiento y/o también de acuerdo entre algunos postores para, mediante amenaza, excluir a otro u otros postores, todo lo cual no guarda relación alguna con la conducta de colusión en subasta pública propiamente tal. Mayores disquisiciones en torno a por qué el *Bid Rigging* no es una amenaza, en tanto medio comisivo, no son necesarias.

b) Medios fraudulentos

Quizás la expresión y medio comisivo medios fraudulentos engloba de manera intrínseca el cuestionamiento central acerca de por qué la conducta de colusión, cuyo ánimo es la fijación de los precios de los bienes que se transan en el mercado se encontraría o no, eventualmente, sancionada en sede penal.

Se verifica lo anterior tanto para el artículo 285 del Código Penal como para el presente artículo 287 que se comenta. Así, como se indicó con anterioridad, se discute sobre la comprensión que el artículo 285 del Código Penal tendría respecto de la colusión en general, para modificar precios, en cuanto castiga a aquel que a través de medios fraudulentos logre alterar el precio natural de bienes y de aquellas cosas que son objeto de contratación y se trata de justificar aquí por qué el artículo 287 no sanciona penalmente la colusión en las licitaciones públicas. Para lo primero, también como se dijo, la opinión doctrinaria está mayormente conforme en que el artículo 285 del Código Penal no sanciona la conducta de colusión de agentes en el mercado, situación para la cual, reiterando un análisis del medio comisivo, debería arribarse a igual conclusión respecto de la conducta aquí analizada.

Entonces, ¿por qué la conducta de colusión en general y menos aún para el específico caso de las licitaciones del Estado no corresponde a un medio fraudulento?

Para responder dicha interrogante, se seguirá nuevamente el argumento ofrecido por el profesor Jean Pierre MATUS para señalar la extensión del fraude en relación con la conducta de colusión. En dicho hilo argumentativo, MATUS señala que, en primer lugar, un minucioso análisis histórico de las fuentes que sirvieron de base para la gestación del Código Penal chileno de 1874 y el resultado final que se plasmó en éste, señalan la exclusión de la conducta de

⁵⁶ Ibid.

colusión o alteración de precios del tipo penal del artículo 285 del Código Penal. En efecto, los Códigos españoles de 1848 y 1850 sancionaban penalmente las maquinaciones y las coligaciones que tenían como resultado la alteración del precio natural de las cosas, y es justamente en el sentido expreso de coligaciones que era posible comprender el acuerdo colusorio⁵⁷. Por el contrario, tras el trabajo legislativo del Código Penal, se optó por suprimir el término coligaciones, a efectos de impedir que con dicha norma penal se sancionara la alteración de precios que la actividad sindical, entendida como acuerdo conjunto, podía generar en el precio del trabajo u objetos de contratación⁵⁸, restringiéndose el tipo penal en relación con los que le sirvieron de fuente.

Lo que resultó, por tanto, para el artículo 285 del Código Penal, es que se mantuvo la sanción de la alteración de precios pero siempre y cuando la misma haya sido fraudulenta y así señala que por medios fraudulentos debe entenderse un símil del engaño⁵⁹. Creemos, en dicho sentido, que lo postulado por MATUS para el artículo 285 del Código Penal debe estimarse, lógicamente también, para su figura agravada en virtud del objeto sobre el que recae, contenida en el artículo 286 CPCh y para la figura que se comenta, esto es, la del artículo 287 CPCh respecto de la cual, al exigirse un medio fraudulento, se exige, en el fondo, un engaño.

Este engaño, en el sentido en que comúnmente se ha entendido para el delito de estafa, es la falsa representación de la realidad en que se induce a otro⁶⁰. Como es de suponer, el engaño puede adoptar múltiples formas⁶¹, al mismo tiempo que es requisito que induzca de manera efectiva a error al destinatario, motivo por el cual se habla de la aptitud o idoneidad del engaño como requisito para producirlo, debiendo, por tanto, éste ser suficiente⁶². El engaño es así la puesta en escena o *mise en scène* que debe inducir al error y finalmente motivar la disposición patrimonial, perjudicial⁶³.

Ya se explicitó *et supra*⁶⁴, que la conducta de colusión en licitaciones públicas o *Bid Rigging* asume múltiples objetivos tanto finales como mediatos, alterando con ello la libre competencia que asegura resultados justos y eficientes en

⁵⁷ MATUS ACUÑA (2012), pp. 320-321.

⁵⁸ MATUS ACUÑA (2012), pp. 322-326.

⁵⁹ MATUS ACUÑA (2013), p. 330.

⁶⁰ POLITOFF; MATUS; RAMÍREZ (2005), p. 424.

⁶¹ POLITOFF; MATUS; RAMÍREZ (2005), pp.424-425.

⁶² POLITOFF; MATUS; RAMÍREZ (2005), pp. 428-433.

⁶³ BALMACEDA (2011), p. 68.

⁶⁴ Punto II.

estos mecanismos. El *Bid Rigging*, y la colusión en general, no corresponden a un engaño que se induce a un contratante ya que no hay una inducción a las partes a efectuar la contratación y por tanto la disposición patrimonial que es resultado del error inducido. Al contrario, aun cuando medie acuerdo entre las partes concurrentes, el resultado final de contratar no viene determinado por el mismo, es decir, no se constriñe la inteligencia de las partes concurrentes al punto de que el eventual ardid generado con el *Bid Rigging* sea lo que induzca a adjudicar el bien o servicio licitado⁶⁵, ya que en las licitaciones públicas, el acuerdo final adjudicatario viene esencialmente mediado por la ley y las bases de la licitación, que mandan adjudicar según determinados estándares de evaluación y tras el proceso de concurrencia. Lo anterior, es lo que explicaría además por qué el *Bid Rigging* tampoco podría sancionarse como un delito de estafa corriente, ya que finalmente no se condice con la naturaleza del fraude⁶⁶.

c) Resultado: alejamiento de postores para con ello alterar el precio del remate

Adicionalmente, al modo comisorio específico del artículo 287 CPCh, en donde ya se dijo que el *Bid Rigging* no se encuentra contemplado, cabe discurrir sobre el resultado que exige tal tipo penal, puesto que el mismo es un delito que no admite sanción a la mera actividad sino que exige de manera clara el resultado de alejar postores para con ello alterar el precio de lo subastado, entendiéndose que con ello siempre se produce una alteración del precio final de la subasta según se argumentó al definir dicho sistema, y al momento de ofrecer esa última argumentación señalada se explicó además que el *Bid Rigging* es una conducta que busca a través de distintos resultados “próximos” la consecución de dos objetivos finales, de manera aislada o copulativa, que son: la determinación final del precio del bien o servicio licitado o bien la determinación del adjudicatario.

Si bien puede idearse un acuerdo colusorio que busque de alguna manera evitar que algún concurrente lo haga o alejarlo una vez tomada la decisión de participar, no es ello el resultado común del *Bid Rigging*, y mucho menos el único, habida consideración además del medio comisorio que el artículo 287 CPCh exige. La amplitud de conductas desplegadas en virtud del acuerdo colusorio no se engloba integralmente en la búsqueda de alejar postores puesto que las mismas pueden ser múltiples. Es más, es perfectamente posible suponer un acuerdo colusorio que atraiga postores concertados a la subasta con el objeto de arreglar de manera más exacta el mercado, por ejemplo dividiendo

⁶⁵ MATUS ACUÑA (2012), p. 331-332.

⁶⁶ MATUS ACUÑA (2012), p. 327.

por turnos el rol de adjudicatario o de manera equitativa los excedentes del precio final, cuando ello así resulte conveniente. Es posible que por esta amplitud de comportamientos y resultados que involucra el *Bid Rigging* tanto la legislación antimonopolio como las sanciones penales que se verifican en derecho comparado sancionan de plano los acuerdos que en estos procesos tácita o explícitamente se alcancen.

2. Otros alcances

Cabe hacer relación al concepto de subasta pública, en la cual se podría llegar a constatar la conducta desplegada. Para este punto, cabe basarse en la actual norma del artículo 262 del Código Penal español, en la cual operó una transformación de redacción sustancial y expresa que permite concluir que se refiere únicamente a aquellas subastas de carácter público, entendido esto último como aquellas en que participan órganos del Estado o bien se ejecutan al amparo de procedimientos legales: esencialmente subastas judiciales⁶⁷. En dicho contexto y bajo la suposición de que las figuras iniciales tanto del Código Penal español como el de Chile (la primera como influencia directa de la segunda) tutelaban (tutelan) sólo el bien jurídico libre concurrencia, puede sostenerse que el concepto de subasta pública empleado por el artículo 287 CPCCh posee una amplitud generalizada, que no se restringe únicamente a las subastas del Estado sino a todas aquellas convocadas ya sea por privados o por órganos del Estado bajo un procedimiento reglado, habida consideración además de que dada la modalidad y los fines perseguidos por las subastas en cuanto sistemas, el carácter “público” de las mismas es evidentemente relativo a la convocatoria amplia para participar. A este argumento, cabe enlazar uno de carácter histórico, señalándose –como ya se dijo en reiteradas ocasiones– que el artículo 287 CPCCh data desde la dictación del Código Penal, existiendo una institucionalidad de licitaciones y compras del Estado que posee bastante mayor modernidad en relación con el cuerpo legal sancionatorio, siendo por tanto plausible pensar que el concepto que en el Código Penal se imprime de “subasta pública” no es sino un concepto clásico y restringido en comparación con las modernas modalidades que puede adquirir este mecanismo, siendo muy fácilmente asimilarlo al de subasta de martillo, pero que, con todo, sólo se protege en él la exención de amenaza y fraude.

Así, el acuerdo colusorio entre participantes de una licitación no es una conducta ilícita y fraudulenta ante el Derecho Penal⁶⁸, a diferencia de lo que ocurre ante el Derecho de la Libre Competencia, en donde tal conducta amerita

⁶⁷ BEATO (1997), pp. 179-180.

⁶⁸ MATUS ACUÑA (2013), pp. 331-332.

sanción administrativa, y no lo es por no englobarse en el modo comisorio ni en el resultado genérico exigidos por el artículo 287 CPCh, tampoco en el artículo 285 del mismo cuerpo ni en ningún otro tipo penal.

En virtud de lo que se ha expuesto hasta aquí el artículo 287 CPCh en caso alguno tendría por objeto tutelar el bien jurídico patrimonio público, salvo en aquella excepcionalísima situación en que la pena asociada a esta conducta (multa pecuniaria) sirva para restituir el perjuicio sufrido en alguna subasta pública en la cual se constate alejamiento de postores y encarecimiento del precio final debido a amenazas u otros medios fraudulentos. Así, si se argumentó en torno a la relevancia que adquiere el patrimonio público y en torno a cómo la conducta del *Bid Rigging* lo afecta, se completa el análisis para desestimar que el artículo 287 CPCh no es aplicable a la conducta de colusión en licitaciones del Estado, gozando esta última conducta de total impunidad penal.

Reparado en esto último, legislaciones penales a las que se les suele prestar atención en nuestro medio, como, por ejemplo, la alemana, tipificó la colusión en las licitaciones públicas habida consideración de la imposibilidad de hacer frente a dicha conducta lesiva por la vía de la sanción a la estafa tradicional, agregando así el año 1998 dicha figura⁶⁹. Estados Unidos, Canadá y Australia son otros repertorios penales que incluyen una sanción de tipo penal para este ilícito.

V. CONCLUSIÓN: LA DEUDA DE CRIMINALIZACIÓN DEL *BID RIGGING* EN SUBASTAS PÚBLICAS

Para justificar la búsqueda emprendida, esto es, aquella por los criterios que permitan sostener de manera plausible la legitimación de la sanción penal a la conducta de colusión en licitaciones del Estado o Compras Públicas, se han sentado algunas bases sobre las cuales proponer aquello.

Así, en primer lugar, se señaló que el Patrimonio Público es un bien jurídico que efectivamente posee una profusa tutela en nuestra legislación penal y que el mismo, en función de dicha protección, es correctamente definido desde dos prismas, tal como se ha hecho para el caso de los delitos tributarios, los más relevantes en torno a este bien. El primero dice relación con su faz objetivo-patrimonialista, casi en idénticos términos en que se ha definido el patrimonio privado, mientras que el segundo dice relación con su faz institucional, en virtud de considerar que el pago de tributos es un deber cívico y que

⁶⁹ ABANTO (2005), p. 32.

la hacienda pública está encaminada a la satisfacción de necesidades sociales que el Estado debe cumplir.

En segundo lugar, se asentó que el mecanismo de licitaciones públicas para la provisión o concesión de bienes y servicios, para y desde el Estado, es un sistema que ofrece características cualitativamente valiosas, las cuales se justifican no sólo en su eficiencia económica, sino que también en su pretensión democrática a la hora de acceder a contratar con el Estado, fortaleciendo y promoviendo en dichos términos la libre competencia, motivo por el cual es también un deber legal con rango de ley orgánica constitucional el proceder en dichos términos. Por lo anterior, es que la colusión en estos mecanismos se encuentra especialmente sancionada en sede de Derecho de la Competencia, puesto que tal conducta, denominada *Bid Rigging*, altera todo el normal funcionamiento del mecanismo licitatorio, contraviniendo de manera grave su espíritu e impidiendo que se logren los fines que con el mismo se quieren alcanzar.

Pero adicionalmente a lo anterior, es dable sostener que la conducta de *Bid Rigging* es no sólo una afectación a la libre competencia, situación respecto de la cual no se encuentra “saneada” la discusión acerca de la necesidad de una eventual sanción penal, sino que es también una afectación al patrimonio público, en términos de eficiencia, gasto y pérdida para el mismo, ante lo cual una eventual sanción penal resulta meritoria.

Si, por tanto, la conducta de colusión en licitaciones del Estado daña el patrimonio público en los términos que lo hemos definido, cabe preguntarse cuáles son los alcances necesarios de esgrimir para tal criminalización. Es en dicho contexto en que se analiza el artículo 287 del Código Penal, única figura que se plantea el problema del fraude en las subastas, figura típica que no cubre todas las modalidades de *Bid Rigging* por proscribir la amenaza y el fraude cuando lo que se busca es alejar a los postores de una subasta pública para con ello alterar el precio de lo subastado, exigiendo la verificación empírica de dicho resultado, todos estos elementos típicos que no se avienen con la colusión en estos mecanismos.

Cabe hacer notar aquí, que la discusión en torno a la sanción penal de la conducta de la colusión, de manera general, presenta enormes complejidades que se insertan en discusiones tradicionales del Derecho Penal Económico, especialmente en sede de autoría y participación, pero aún más de la legitimidad de intervenir a través del mecanismo penal la configuración del orden económico, importantes dudas que no se pretendieron resolver aquí.

Se concluye de manera principal, por tanto, que la colusión en licitaciones o compras del Estado no se encuentra sancionada en nuestra legislación penal y que a su respecto sólo cabe la aplicación de las sanciones y medidas administrativas que pudiese adoptar el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia o el Tribunal de Contratación Pública, según corresponda. Pero más importante aún, si se ha argumentado en torno a la importancia del patrimonio público como bien jurídico que efectivamente es ampliamente tutelado en nuestro Derecho, no hay motivo para desestimar que la inexistencia de una sanción penal para la colusión en subastas del Estado que concluyan con perjuicio patrimonial para el mismo es una deuda pendiente.

Se agrega, que a la fecha (noviembre de 2015) se ha ventilado un nuevo caso de colusión, de gran relevancia pública y alto impacto, cual es el de las compañías papeleras productoras de papel higiénico. Ello motivó directamente la agilización del trámite legislativo del proyecto de ley contenido en el Mensaje Presidencial número 009-363, presentado a la Cámara de Diputados con fecha 16 de enero de 2015, produciéndose su aprobación por unanimidad en dicha corporación con fecha 13 de noviembre de 2015. Este proyecto de ley viene en reponer la pena de cárcel para el ilícito de colusión, reafirmando la tesis debatida de que los artículos 285, 286 y 287 del Código Penal no harían una referencia genérica a esta conducta ni tampoco específica a alguna posible modalidad.

En gran medida la aprobación de este proyecto de ley solventaría de plano toda la profusa discusión generada en los últimos años en torno al tema así como alumbraría con mayor claridad la situación procesal de las investigaciones abiertas por este ilícito o las que se abrirán. No obstante ello, se plantea que la oportunidad de las conclusiones vertidas en este ensayo buscan reafirmar cuál es el alcance de tutela de una norma que criminalice la colusión cuando la misma se produce en el seno de las licitaciones del Estado, señalando que se protege el patrimonio público al mismo tiempo que la libre competencia y el mercado, además de reafirmar la impunidad actualmente existente.

BIBLIOGRAFÍA

- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel (2005): *El Derecho Penal en una Economía de Mercado: influencia de la integración económica y la globalización*, Disponible en https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasportales/op_20080612_04.pdf [fecha de consulta: 17 de junio de 2015].
- BALMACEDA, Gustavo (2011): *El delito de estafa en la jurisprudencia chilena*, en Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile, XXIV N° 1, pp. 59-85.
- BEATO, Manuel (1997): *Protección Penal de Concursos y Subastas de naturaleza pública: el artículo 262 del Código Penal*, en Anuario Facultad de Derecho, N° 14/15, pp. 167-188.

- BUSTOS RAMÍREZ, Juan (1991): *Manual de Derecho Penal, Parte Especial* (Barcelona, Editorial Ariel S.A.), 413 pp.
- FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2011): *Compras Públicas y Libre Competencia*, en: Serie Sector Público y Mercados.
- IRRÁZABAL, Felipe; ARAYA, Fernando (2011) *Notas sobre la colusión entre oferentes en licitaciones con énfasis en la experiencia internacional*, en: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA Y CENTRO DE LIBRE COMPETENCIA UNIVERSIDAD CATÓLICA (coordinadores), *La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario* (Santiago, Editorial Thomson Reuters), pp. 163-220.
- HARRISON, Rodrigo; MUÑOZ, Roberto (2011): *Política de Competencia en procesos de licitación de bienes y recursos*, en: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA Y CENTRO DE LIBRE COMPETENCIA UNIVERSIDAD CATÓLICA (coordinadores), *La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario* (Santiago, Editorial Thomson Reuters), pp. 375-398.
- GONZÁLEZ TISSINETTI, Aldo, *Prácticas Colusivas* (2011) en: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA Y CENTRO DE LIBRE COMPETENCIA UNIVERSIDAD CATÓLICA (coordinadores), *La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario* (Santiago, Editorial Thomson Reuters), pp. 143-162.
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre (2012): Acerca de la actual falta de punibilidad en Chile de los acuerdos de precios, *Revista Digital Política Criminal*, N° 14. Disponible en http://www.politicacriminal.cl/Vol_07/n_14/Vol7N14A3.pdf [fecha de consulta: 21 de mayo de 2015].
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre (2012): De nuevo sobre la falta de punibilidad de los atentados contra la libre competencia, de conformidad con el Art. 285 del Código Penal, *Revista Digital Política Criminal*, N° 15. Disponible en http://www.politicacriminal.cl/Vol_08/n_15/Vol8N15D1.pdf [fecha de consulta: 21 de mayo de 2015].
- MAYER LUX, Laura (2007): El Patrimonio del Estado como objeto de protección penal, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXIX*, pp. 205-234.
- OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena (2007): El sujeto activo en los delitos tributarios, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVIII*, pp. 155-187.
- POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia (2005): *Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte Especial* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 668 pp.
- RODRÍGUEZ COLLAO, Luis; OSSANDÓN, María Magdalena (2008): *Delitos contra la función pública* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 518 pp.
- ROMERO GUZMÁN, Juan José (2007): *Colusión en el mercado de oxígeno, ¿Cuánta evidencia es necesaria?*, Documento de Trabajo del Centro de Libre Competencia de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Disponible en <http://www.lcuc.cl/home2011/wp-content/documentos/papers/ColusiondeEmpresasdeOxigeno.pdf> [fecha de consulta: 21 de mayo de 2015].
- VALDÉS PRIETO, Domingo (2006): *Libre Competencia y Monopolio* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 750 pp.
- VAN WEEZEL DE LA CUADRA, Alex (2007): *Delitos Tributarios* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 206 pp.
- Jurisprudencia citada
- Fiscalía Nacional Económica con Corporación de Radio Valparaíso y otros*, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 22 de junio de 2011, Requerimiento en Procedimiento Ordinario.
- Fiscalía Nacional Económica con Transportes Central y otros*, Excelentísima Corte Suprema de Justicia, 29 de noviembre de 2010, Requerimiento en Procedimiento Ordinario.