

¿SE HARÁ JUSTICIA? UNA CRÍTICA A LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL CASO “COLUSIÓN DE FARMACIAS”

Will justice be served? A critique of the deferred adjudication in the case
“Pharmacies Collusion”

*Dr. Fernando Muñoz León**

Resumen: Pensar en la judicatura como un poder público, modificación del paradigma decimonónico que estructura el imaginario jurídico chileno en sus orígenes y para el cual la judicatura es un órgano fundamentalmente subordinado, nos debe llevar a enfatizar la importancia de que el poder judicial ejerza sus atribuciones y poderes mirando el contexto social e intentando maximizar el acceso a la justicia. El caso “Colusión de Farmacias” ejemplifica estas necesidades.

Palabras clave: judicatura como poder público – suspensión condicional – interés público.

Abstract: To think of the judiciary as a public power, a modification of the nineteenth century paradigm that structures the Chilean legal imaginary in its origins and for whom the judiciary is a fundamentally subordinate organ, should lead us to emphasize the importance that the judiciary exercises its powers by looking at the social context and trying to enhance access to justice. The case “Pharmacies Collusion” exemplifies these needs.

Keywords: judiciary as public power – deferred adjudication – public interest.

1. Introducción

El así llamado caso “Colusión de Farmacias” ha seguido causando noticia. A la conclusión del proceso por violación de la libre competencia,¹ se ha sumado la reciente suspensión condicional del procedimiento verificada en la querrela criminal por violación al artículo 285 del Código Penal seguida contra diez altos ejecutivos de las farmacias Ahumada, Cruz Verde, Salcobrand, y del Laboratorio Medipharm. La suspensión condicional fue decretada por el Séptimo Juzgado de Garantía, a petición de la Fiscalía Centro Norte, por el lapso de un año, a cambio

* Abogado. Doctor en Derecho, Yale Law School. Profesor Asociado, Universidad Austral de Chile. Correo electrónico: fernando.munoz@uach.cl.

¹ El año 2012, el Tribunal de Libre Competencia sancionó con una multa de 20 millones de dólares a las farmacias Salcobrand y Cruz Verde por coludirse junto a Farmacias Ahumada para fijar los precios de más de doscientos medicamentos. Ese mismo año la Corte Suprema confirmó dicha sentencia. Farmacias Ahumada, habiéndose previamente acogido a un acuerdo conciliatorio de delación compensada, obtuvo una multa de un millón de dólares.

del cumplimiento de dos condiciones por parte de los imputados: primero, la concurrencia a cursos de ética empresarial; segundo, el pago a título personal de 235 millones de pesos a diversas instituciones de caridad como la Liga Chilena contra la Epilepsia, la Corporación Nacional del Cáncer, y la Cruz Roja.² La aprobación de la suspensión condicional fue posteriormente revocada por la Corte de Apelaciones, bajo el argumento de que ella recayó en un caso cuya pena probable excede de tres años de privación de libertad, contrariando lo establecido en materia de suspensión condicional del procedimiento por el artículo 237, letra h), del Código Procesal Penal.³

La revocación de la suspensión condicional fue el resultado de una apelación presentada por uno de los querellantes, Jaime Mulet Martínez, quien al momento de iniciarse el procedimiento se desempeñaba como diputado; y se vio precedida por una gran cantidad de críticas, formuladas a través de la prensa por parte de diversos actores, dirigidas contra la condición consistente en la concurrencia a cursos de ética empresarial. Así por ejemplo, un sacerdote cuestionó la disparidad entre el tratamiento que reciben, por parte de la judicatura, los empresarios y los pobres;⁴ y diversos parlamentarios expresaron la necesidad de modificar la legislación para castigar con mayor firmeza el delito de colusión.⁵ Estas críticas reflejan una cierta indignación moral por el hecho de que el resultado de la conducta típica, culpable y antijurídica de los empresarios imputados fuese sencillamente el escuchar confortablemente unas charlas.

En este ensayo no profundizaré mayormente la crítica antes dicha, ni tampoco analizaré la suspensión condicional y su revocación desde una perspectiva dogmático-penal. Guiado por el interés sobre las relaciones entre Derecho y Sociedad,⁶ me concentraré, en cambio, en explorar las razones que hacen que esta reacción de la opinión pública sea algo que merece ser tomado en cuenta por la judicatura. A continuación, y concentrándome de manera crítica en la segunda de las condiciones consideradas por el juzgado de primera instancia, propondré y justificaré un destino alternativo a los dineros que así sean recaudados en situaciones similares que se produzcan en el futuro: el financiamiento de organizaciones que realicen asesoría jurídica y litigio de interés público.

² Cristina Cáceres, “Caso farmacias: Clases de ética a los 10 imputados y pago de \$235 millones”, en <http://www.emol.com/noticias/economia/2013/07/08/607941/tribunal-suspende-condicionalmente-y-por-un-ano-proceso-en-caso-solucion-de-farmacias.html>.

³ Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia de 30 de agosto de 2013, Causa Rol N° 1953–2013 (Considerando 13°).

⁴ Luis Roblero, “Caso Farmacias”, El Mercurio, 14 de julio de 2013.

⁵ “Senadores piden reponer penas de cárcel por colusión”, disponible en: <http://www.cooperativa.cl/noticias/pais/consumidores/senadores-piden-reponer-penas-de-carcel-por-colusion/2013-07-22/164830.html>.

⁶ Para un marco teórico general sobre las relaciones entre Derecho y Sociedad, véase MUÑOZ LEÓN (2011).

2. La judicatura como poder público

Para entender la importancia de la crítica social suscitada con motivo de este caso, sugeriré la existencia de dos modalidades de comprender el lugar que le corresponde a la judicatura dentro del estado constitucional de derecho: uno, que la concibe fundamentalmente como un *órgano subordinado*; otra, que la ve como un *poder público*. Desde la perspectiva de cada una de ellas, la reacción social ante las decisiones judiciales se nos presenta de manera distinta; son, en consecuencia, el sustento para la elaboración de dos epistemologías sociojudiciales totalmente distintas, de distintas consecuencias a su vez para la ética judicial.

La concepción de la judicatura como un órgano subordinado es tradicional en nuestro país, pues forma parte del programa político-institucional de la codificación decimonónica, tanto en nuestro país como en aquellos países donde dicho programa se origina.⁷ En este modelo, la judicatura está subordinada o bien a los contenidos de la legislación, a la manera del famoso eslogan montesquiesco según el cual el juez es la boca que pronuncia las palabras de la ley, o bien a la composición de los intereses de las partes, en el contexto de la justicia conmutativa. Si tales son los términos del mandato que controla al juez, entonces este no puede distraerse de ellos tomando en consideración cualquier otro proveniente de su entorno; el ruido ambiente es tan solo eso, ruido. Esto nos entrega el marco para entender a quienes, como Andrés Bello, sostienen que no deben “oírse en el santuario de la justicia otras voces que aquellas que, pronunciadas por las razonantes de los casos, dieron a los jueces las reglas seguras de su conducta”.⁸ Desde esta perspectiva, el juez es “esclavo de la ley”.

Hoy la hegemonía de dicha concepción se ve cuestionada por diversos cambios institucionales y conceptuales. Entre los primeros se encuentran el auge de la jurisdicción constitucional y de jurisdicciones de “equidad” en ámbitos como el trabajo o la familia. Entre los segundos se encuentran las teorías que, a partir de la constatación de múltiples espacios en todo sistema jurídico de indeterminación (Hart) o de integración a través de principios (Dworkin), concluyen que la actividad jurisdiccional está inevitablemente marcada por la discreción (Hart) y la interpretación (Dworkin). Desde estos desarrollos surge, entonces, una

⁷ La codificación como etapa histórica alcanza su triunfo más temprano en Francia, con la promulgación en 1804 del *Code Napoléon*, y su madurez con la promulgación del *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), el código civil alemán que entró en vigencia en 1900. Véase CABRILLAC (2009). Para el estudio del programa político-institucional implementado en Chile junto a la codificación, véase HILBINK (2007).

⁸ BELLO (1885), p. 202. Las palabras de Bello deben ser, por supuesto, tomadas en su contexto: en aquella época Bello se encontraba empeñado en la modernización y burocratización de nuestro sistema jurídico a la luz de los ideales ilustrados y racionalistas. Ello implicaba combatir la desformalización del proceso, por lo que gran parte del alegato de Bello debe ser leído como un ataque a las influencias extraprocesales de las partes sobre el juez. Sin embargo, ello no significa que Bello no esté también transmitiendo, en esa lucha, la concepción que animaba al programa de la codificación de someter al juez a una justicia positivizada previamente por el poder político.

concepción alternativa de la función judicial, que podríamos resumir en la idea de *la judicatura como poder público*, y que Owen Fiss describe de la siguiente manera:

La jurisdicción utiliza recursos públicos, y no recurre a extraños escogidos por las partes, sino a funcionarios públicos elegidos mediante un proceso en el cual el público participa. Estos funcionarios, tal como los integrantes del Congreso y del Ejecutivo, poseen un poder que ha sido definido y conferido por el derecho público, no mediante un acuerdo privado. Su trabajo no es maximizar los fines de las partes privadas, sino que explicar y dar fuerza a los valores consagrados en textos dotados de autoridad tales como la Constitución y las leyes; interpretar dichos valores y hacer que la realidad se adecue a ellos.⁹

Desde esta perspectiva, el juez no cuenta con un estándar preconstituido al cual deba subordinarse sin más; en lugar de ello debe construir prudencialmente dicho estándar sobre la base de múltiples fuentes y doctrinas, teniendo a la vista el impacto de ellas en la situación de las partes y en el contexto en el cual ellas se insertan. Por ello, desde esta perspectiva el juez debe asumirse como un consecuencialista: a su análisis de las propiedades lógicas de las normas que determinan su validez y su carácter vinculante en el caso concreto debe agregar también consideraciones sobre el impacto que diversas articulaciones de dichas normas tendrán sobre las partes, así como sobre el contexto social en el cual ellas se insertan. El modelo de la judicatura como poder público plantea, entonces, que el hecho de que la función jurisdiccional involucre el ejercicio de mayores o menores grados de discrecionalidad por parte del juez no es algo negativo, sino una circunstancia que le entrega grados de flexibilidad que, de ser utilizados hábilmente, le permitirán responder adecuadamente a las necesidades del momento.

Este modelo, por supuesto, no involucra un llamado a la arbitrariedad. Un ejercicio arbitrario de la jurisdicción sería un ejercicio ilegal de la misma, que ignorara reglas jurídicas vigentes; injusto, que aprovechara su poder para oprimir a los sujetos que comparecen ante ella; o irracional, que no reconociera patrones de consistencia lógica respecto del mundo o internos a la decisión judicial misma. La discrecionalidad de la judicatura, para quien la entiende como un poder público, es *relativa* por cuanto está constreñida por las garantías de justicia y racionalidad proclamadas en el artículo 19 N° 3 de la Constitución, garantías cuyo contenido debe ser integrado a la luz del ordenamiento jurídico y de las expectativas sociales existentes al respecto.

La concepción de la función judicial como poder público da un mejor sustento a la posibilidad de someter a un juicio crítico a la judicatura. Solo respecto de quien está significativamente en condición de tomar decisiones por sí

⁹ FISS (1984), p. 1085.

es posible sostener una actitud evaluativa; es decir, formular reproches y felicitaciones dirigidos a su desempeño. Si un automóvil o un computador falla en la realización de sus funciones, en estricto rigor no es su “culpa”. Tampoco es un “mérito” suyo. Simplemente, realizaron la función que se les había asignado. Una actitud moral absolutamente distinta es aquella que desplegamos hacia quien, pudiendo elegir distintas formas de construir un computador, optó por la más compatible con la preservación del medioambiente, o la más accesible a todas las personas, en lugar de la más lucrativa para él –y viceversa–. Esa es la actitud con la que juzgamos a nuestras autoridades políticas, que deben constantemente tomar decisiones que, en primer lugar, demandan ejercitar la facultad del juicio, que incluye virtudes como la prudencia; y, en segundo lugar, involucran la articulación de diversos bienes últimos o *valores*, articulaciones que a menudo son entre sí inconmensurables.¹⁰

El modelo de la judicatura como interés público enfatiza la importante responsabilidad que recae sobre los hombros de este poder del estado al momento de desempeñar sus labores. En un contexto en que los textos legales y las doctrinas jurídicas ofrecen múltiples y divergentes posibles interpretaciones, y particularmente en el que aquello que podríamos denominar como los *poderes institucionales indeterminados* de los órganos jurisdiccionales –piénsese en la amplia concesión de poderes del artículo 20 de la Constitución¹¹ y del artículo 238 letra h del Código Procesal Penal–¹² permite que la judicatura utilice sus facultades de forma creativa en el restablecimiento del “imperio del derecho”, los jueces debieran entenderse a sí mismos como *estadistas*. Esto implica que los jueces “no solo deben buscar la ‘respuesta correcta’ a las preguntas jurídicas desde el punto de vista de la razón profesional, sino también una respuesta que le dé sustento a la legitimidad social del derecho”.¹³ Deben “confrontar los casos de manera tal de facilitar la habilidad del ordenamiento jurídico de legitimarse a sí mismo en el largo plazo” al cumplir dos objetivos: “expresar los valores sociales a medida que las circunstancias sociales cambian y sustentar la solidaridad social en medio del desacuerdo razonable pero irreconciliable”.¹⁴

Es importante aclarar que el modelo de la judicatura como poder público no está confinado a la judicatura constitucional, ni tampoco se vincula a la

¹⁰ Habitualmente, los filósofos sostienen que los valores son entre sí inconmensurables; afirmación que me parece errónea por cuanto no son los valores en sí, sino las diversas articulaciones o ponderaciones de varios valores hechas por distintos sujetos, lo que se nos presenta para su consideración y decisión.

¹¹ La Corte de Apelaciones “adoptará de inmediato *las providencias que juzgue necesarias* para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado”.

¹² “El juez de garantía dispondrá, según correspondiere, que durante el período de suspensión, el imputado esté sujeto al cumplimiento de una o más de las siguientes condiciones... h) Otra condición *que resulte adecuada en consideración con las circunstancias del caso concreto* de que se tratare y fuere propuesta, fundadamente, por el Ministerio Público”.

¹³ SIEGEL (2008), p. 979.

¹⁴ *Ibíd.*

‘judicialización’ de conflictos morales o políticos (esto es, la decisión de las partes en un conflicto de llevarlo a los tribunales) o al así llamado ‘activismo judicial’ (esto es, la intervención resuelta y decidida de los tribunales en los conflictos que les han sido llevados). Los argumentos ofrecidos por Fiss no están de ninguna manera amarrados a dichos contextos; ellos versan sobre aspectos estructurales y fundantes de la judicatura misma. El modelo de la judicatura como poder público es más amplio que la constitucionalización, la judicialización o el activismo, pues reconoce que la judicatura cumple un rol público incluso cuando ejerce su jurisdicción en áreas como el derecho penal o el derecho civil; incluso cuando no hay nada inusual en las disputas que es llamada a resolver; incluso cuando decide resolver de manera cauta, ‘minimalista’. En todas esas situaciones la judicatura debe actuar pensando como un poder público.

Estas últimas consideraciones evidencian que el caso “Colusión de Farmacias” provee de un contexto inmejorable para ilustrar la extensión y las ventajas conceptuales del modelo de la judicatura como poder público.

Primero, este caso nos permite desmentir que la judicatura sea un poder público solo cuando declara inconstitucionales las leyes, o cuando es llamada a resolver de manera “definitiva” los grandes debates del día de hoy: también lo es cuando juzga penalmente.

Segundo, a diferencia del modelo de la judicatura subordinada, el modelo de la judicatura como poder público provee de un prisma desde el cual entender las críticas sociales a la judicatura sin caricaturas. Desde la perspectiva del modelo de la judicatura subordinada, el rechazo suscitado por la suspensión condicional es una simple ‘pataleta’ de personas que no entienden las características del proceso penal. Desde la perspectiva de la judicatura como poder público, se presenta como evidencia de la decepción de ciudadanos que esperaban la oportunidad de reconciliarse simbólicamente con nuestro derecho, que había fracasado en protegerlos, a través de una sentencia que reconocieran como justa.

Las expectativas sociales, desde el modelo de la judicatura como poder público, son vistas como lo que, en estricto rigor, siempre fueron: un insumo más del proceso de integración e interpretación de la ley. ¿De qué otro lugar, sino, se podría nutrir el juez para determinar lo que es racional y justo? Nuestro propio codificador no pudo sino reconocer que el “sentido natural y obvio” de las palabras, que por supuesto no se encuentra en las páginas de los diccionarios, sino en los usos de la comunidad lingüística respectiva, es la fuente que debe guiar su inteligencia de los textos legales. Ahora bien, el valor semántico de los entendimientos sociales excede a lo meramente textual; las ideas, creencias y expectativas sociales son también relevantes para determinar en el caso concreto lo prudente, lo viable, lo necesario, lo imperioso.

Por supuesto, al momento de auscultar a su entorno, el juez se encontrará a menudo con mensajes discordantes. Esto no es en sí un problema, pues el rol de

estadista del juez no lo llama a replicar sin más las preferencias sociales, que a menudo serán difíciles de determinar, sino a tratar a los discursos públicos como síntoma de la existencia de problemas que requieren su intervención, y los cuales el juez deberá intentar solucionar a la luz de su responsabilidad de impartir justicia de manera racional. Ello, en algunos casos, podrá significar incluso hacer lo contrario de lo que la sociedad le pida en respuesta a un caso concreto; particularmente cuando estén en juego los intereses y los derechos de los sectores marginados de las esferas de poder. El punto es que incluso en esos casos, la judicatura deberá actuar como un poder público que entiende que su principal compromiso es colaborar con la solución de los males sociales subyacentes al descontento social.

En esta historia queda tan solo un cabo suelto. La irrisoria medida de enviar a los imputados a clases de ética no cumplió con satisfacer las expectativas sociales por justicia; pero, por las mismas razones, tampoco lo habrían logrado las penas de privación de libertad, probablemente remitidas, previstas por el Código Penal para el delito de colusión. Ahí reside la tragedia de este caso, que todavía parece estar destinado a ser resuelto de una forma insatisfactoria. ¿Habría sido socialmente más aceptable, y por lo tanto no apelada, esta suspensión condicional de haber involucrado la creación de una organización orientada al litigio y la asesoría jurídica de interés público? Solo cabe elucubrar. Al menos, como veremos a continuación, habría sido una solución portadora de justificaciones más sólidas.

3. La caridad después de(l acceso a) la justicia

La condición propuesta por los imputados en conjunto con el Ministerio Público en virtud del artículo 238, letra h del Código Procesal Penal contemplaba la donación de grandes sumas de dinero, por parte de los imputados, a “fundaciones y corporaciones sin fines de lucro, vinculadas al área de la salud y que posean bancos de medicamentos”.¹⁵ La elección de importantes organizaciones de caridad como receptores de las donaciones acordadas en el juicio pareciera ser más bien una estrategia de *marketing* que el resultado de una reflexión seria sobre los problemas que están detrás de “las circunstancias del caso concreto de que se trate” al decir del Código, caso concreto que en este caso corresponde a la colusión. De haber existido dicha reflexión, las condiciones aprobadas por el Séptimo Juzgado de Garantía habrían estado en línea con la idea expuesta tan sucintamente por el propio fundador del Hogar de Cristo según la cual la caridad termina donde comienza la justicia; en este caso, el acceso a la justicia. En otras palabras, dichos dineros habrían estado destinados a crear y financiar organizaciones dedicadas a la provisión de servicios jurídicos orientados al interés público, idealmente en materia de derecho del consumidor.

¹⁵ Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia de 30 de agosto de 2013, Causa Rol N° 1953–2013 (4° Considerando).

Es posible categorizar las organizaciones que se dedican a proveer servicios jurídicos de interés público en dos grupos: organizaciones de asistencia jurídica gratuita, y organizaciones de litigio estratégico. Las primeras intentan satisfacer las necesidades de orientación y representación legal de quienes no pueden pagar por dicho servicio; mientras que las segundas buscan expandir, a través de su acción, la protección de las libertades públicas, la autonomía individual, y los derechos sociales, económicos y culturales. De estos distintos objetivos surgen distintas formas de organizar la actividad de la organización, diferencias que repercuten en aspectos como el criterio de selección de los casos que la organización acepta. Ambos tipos de organización, ciertamente, realizan una labor de interés público, pues reviste tal interés *tanto* el acceso a la justicia por parte de los sectores carentes de recursos *como* la transformación de los contenidos del sistema jurídico que determinan las posibilidades de realización de las personas. Incluso más, en algunas organizaciones ambos objetivos están presentes, ya sea porque confluyan –como por ejemplo, cuando los clientes del litigio estratégico son también personas que no podrían solventar los costos de su representación judicial– o bien porque la misma diversifique los servicios que ofrezca. Sin perjuicio de que las categorías tiendan a confundirse en casos concretos, al menos sirven para comprender el panorama existente.

En Chile, históricamente, la acción de interés público ha estado concentrada en el primer grupo. Desde el surgimiento del Colegio de Abogados en 1925 hasta la creación de la Corporación de Asistencia Judicial en 1980 esta labor estaba coordinada desde la propia profesión, mientras que ahora reposa en gran medida en la labor de esta última institución.¹⁶ El Código de Ética Profesional de 1948, que caracteriza la “Defensa de Pobres”, un deber que forma parte de “la esencia misma de la abogacía”, y las disposiciones del Código Orgánico de Tribunales y del Código de Procedimiento Civil que regulan el “privilegio de pobreza”, constituyen testimonio de este compromiso con la asistencia jurídica gratuita. El litigio estratégico, en cambio, está poco desarrollado entre nosotros. Como explicación de esta disparidad parece razonable sugerir, a modo de hipótesis, que esta disparidad se debe tanto a las restricciones al impacto de las sentencias en nuestro sistema, inspiradas precisamente por el propósito del proyecto codificador de *subordinar* a la judicatura, como al conservadurismo jurídico y político que parecieran haber caracterizado históricamente a los abogados chilenos.

Sin perjuicio de ello, hoy ya existen organizaciones entre nosotros que practican ambos tipos de interés público. En el primer grupo se encuentran

¹⁶ En la actualidad, el Colegio de Abogados de Santiago, sucesor del antiguo organismo de ese nombre, ha mostrado hostilidad hacia la prestación de servicios jurídicos gratuitos mediante la institución del turno judicial, hostilidad que se ha traducido en “litigio estratégico” de su parte contra tal gratuidad a través de un recurso de inaplicabilidad y un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, ambos resueltos a su favor. Véanse las sentencias N° 1138 y 1245 de este último órgano.

diversos organismos estatales o público-privados de dispar eficiencia y eficacia, como la Corporación de Asistencia Judicial, las defensorías penal y laboral, y la Fundación de Asistencia Legal de la Familia; y algunas clínicas jurídicas universitarias, como las de las universidades de Chile y Católica de Santiago. En el segundo grupo, y desafiando el peso de la historia, se encuentran unas pocas iniciativas nacidas de la academia, entre las que destaca la Clínica de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales; de instituciones cercanas a partidos políticos, como el Programa Asesoría Ciudadana de la Fundación Igualdad; o de sectores liberales de la profesión, como en el caso de Libertades Públicas A.G. Oscilando entre uno y otro grupo se encuentra una red de oferentes de servicios provenientes de los grandes estudios de Santiago, coordinada por la Fundación Pro Bono.

Los anteriores actores realizan una labor encomiable, que se ve confrontada con la adversidad proveniente de factores económicos, culturales o jurídico-institucionales. Sin embargo, y precisamente debido a dicho contexto de adversidad, es necesario enriquecer el campo con nuevas organizaciones. El Séptimo Juzgado de Garantía pudo haber contribuido con este propósito, como he dicho.

¿Es posible defender la elección que las partes y la fiscalía hicieron de las instituciones en cuestión? En concreto, en este caso no se nos ofrecen respuestas. Uno incluso podría pensar, tratándose de empresarios que han cometido delitos contra la fe pública, que perfectamente podría haber algún tipo de interés particular de ellos en juego al momento de seleccionar las instituciones en cuestión. En abstracto, se podría pensar que el criterio para decidir las organizaciones que recibieron las donaciones acordadas en este caso fue su contribución a la salud, bien social que, en cierta forma, se vio afectado por la colusión de los imputados al realizar alzas superficiales de precio.

Ahora bien, me parece que esa sería una forma superficial de comprender el fenómeno mismo de la colusión. La colusión es el resultado de una disparidad estructural de poder entre oferentes y demandantes de un bien. Las iniciativas de los poderes públicos, que por sobre todo deben estar orientadas a disminuir las causas subyacentes del abuso, deben estar necesariamente preocupadas de la distribución social del poder.

Las disparidades de poder no son algo misterioso e inexplicable; son, sencillamente, el resultado de circunstancias sociales a menudo bastante identificables. En este caso, la disparidad de poder entre oferentes y demandantes de un bien se debe a los distintos costos de coordinación que afectan a unos y otros. Mientras los oferentes son unas pocas organizaciones con estructuras de mando claras y procesos de toma de decisiones bien definidos, los demandantes son una agregación de individuos que ni siquiera son capaces de identificar a otros individuos en su misma situación. El legislador dio un paso hacia la reducción de esta asimetría al crear la figura de las asociaciones de consumidores y de las

acciones de clase; pero pasos adicionales deben ser tomados a través del efectivo uso de estas herramientas. Y sin profesionales jurídicos, sin abogados, que sean capaces de organizar, informar y empoderar a los consumidores, eso no ocurrirá. Por esto habría sido importante que el Séptimo Juzgado de Garantía, consciente de su responsabilidad como poder público, hubiese ayudado a fortalecer aún más la capacidad de acción colectiva de los consumidores, y no solo de los consumidores de medicamentos, proporcionándoles asistencia jurídica y litigiosa a través de la creación de un nuevo actor en el ámbito del interés público.

Por cierto, hay un aspecto adicional que es necesario criticar respecto del acuerdo entre la fiscalía y los imputados: la falta de transparencia en el destino de los dineros recaudados. Pareciera ser que los imputados y la fiscalía no establecieron, junto con las instituciones beneficiarias, términos claros sobre el destino, utilización y rendición de cuentas de los dineros entregados. Incluso si es que ellos existen, parecieran no haber sido sometidos a la aprobación del tribunal, lo que transformaría en una gravísima irresponsabilidad a la aprobación, por parte de dicho órgano judicial, de esta condición para la suspensión del procedimiento. Por último, si es que dichos términos existen y el tribunal los aprobó, al menos la opinión pública no ha sido informada respecto de ellos, lo que tan solo conduce a darle mayor razón de ser a la indignación social. Cada una de estas hipótesis, por cierto, constituye un desconocimiento a las múltiples demandas de la transparencia en una sociedad compleja.

Esto es grave no solo por el hecho mismo de que no se informe a la opinión pública del uso de unos dineros recaudados con ocasión de la comisión de un significativo atentado contra la fe pública. También lo es desde la perspectiva de la eficiencia financiera. Fondos de esta magnitud tienen que estar destinados a obras de inversión, no a gasto; y debido a la falta de transparencia ya señalada, no existe certeza pública sobre que dichos fondos sean utilizados de la mejor manera posible. Desde la perspectiva de la eficiencia, financiar medicamentos con aquellos fondos, incluso financiar tratamientos de personas, es un gasto de baja rentabilidad social. ¿Cómo sabemos que los dineros serán destinados a acciones socialmente rentables? ¿Se involucrará el Séptimo Juzgado de Garantía en la evaluación de dicho rendimiento? Se dirá que dicho tribunal no cuenta con los recursos para evaluar la eficiencia económica y social del uso de estos recursos. Pero ¿no podría haber estado entre las condiciones de la donación el establecimiento de un comité aprobado por el tribunal y encargado de la supervisión de la inversión de dichos recursos?

Hay, por supuesto, una forma de desdibujar la diferencia entre inversión y gasto, consistente en el establecimiento de *endowments*, es decir, de fondos de inversión que financien los gastos operacionales de una institución. Los casi quinientos mil dólares en juego en este juicio hubiesen constituido un monto sin precedentes entre nosotros para la creación de un *endowment* de acceso a la justicia y de promoción de los derechos del consumidor. Un *endowment* de acceso a la justicia y del derecho del consumidor podría haber aumentado la cantidad de

actores que en nuestro país participan del litigio de interés público, diversificando y enriqueciendo este campo.

4. ¿Populismo penal en el castigo de la colusión?

He observado que la solución adoptada por el Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago debe ser considerada en el contexto de un caso “trágico”, en el que la pena probable no es capaz de reflejar la intensidad de la lesión de los bienes jurídicos en juego, la fe pública y el buen funcionamiento del mercado. Esto sugiere la necesidad de subir las penas asociadas al mismo. Pero ¿no estaríamos con ello cayendo en el juego del populismo penal?

Habría que partir reconociendo que, desde luego, la propuesta de algunos parlamentarios de subir la pena puede ser catalogada como un caso de “populismo penal”. Esto es, es una propuesta de endurecimiento en la persecución y punición de un delito lanzada por actores políticos, en el contexto de una opinión pública crispada y contra una categoría de sujetos carentes.

Sin perjuicio de ello, la propuesta es razonable, puesto que a juicio de algunos parlamentarios la pena establecida en el artículo 285 del Código Penal, que castiga la alteración por medios fraudulentos del “precio natural” de todo tipo de mercaderías con la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, no logra reflejar el daño causado por el delito y el juicio de la comunidad sobre el mismo.

Desde luego, existen numerosos planteamientos que sostienen que el endurecimiento de las penas, en general, no es un factor que logre por sí mismo la reducción del delito y la reinserción de los ofensores, objetivos que se lograrían solo desde un paradigma criminológico consecuencialista y “conductual”. Tal paradigma se diferenciaría del punitivista por reconocerles a los órganos perseguidores y adjudicadores niveles de flexibilidad similares o superiores a los evidenciados en este caso. Al mismo tiempo, debería permitir la coordinación de estos agentes con otras formas de intervención social más prospectivas que retrospectivas, no tan enfocadas en la sanción de los delitos como en la prevención de nuevos casos; esfuerzo en el que los propios imputados pueden constituir un recurso muy valioso, como “expertos” que son en el tema. Esta postura prima entre los abogados que se dedican a la libre competencia, que parecieran en general ser partidarios de eliminar el tipo penal de colusión a fin de excluir al sistema criminal de este asunto y concentrarlo en el sistema de protección de la libre competencia, lo que entre otras cosas favorecería el uso del mecanismo de delación compensada.

Es conveniente que nuestra legislación penal como un todo sea reestructurada a la luz de concepciones criminológicas que busquen la reducción efectiva del delito, objetivo que no se cumple en un sistema que concibe a la pena

meramente como una expresión de la indignación moral de la comunidad. No está demás decir, en ese sentido, que en nuestro derecho la pena no es, en lo más mínimo, prevencionista. Desde luego, no cumple la finalidad del prevencionismo general de reducir la comisión de delitos. Tampoco pareciera cumplir, por lo general, la finalidad del prevencionismo especial de impedir que los perpetradores de un ilícito vuelvan a cometerlo. Si en este caso específico los empresarios no reinciden no será debido a las clases de ética que recibirán, sino que a las características de este delito y de sus perpetradores. En el caso de delitos por personas en “riesgo social”, la reincidencia es más bien la norma.

Así y todo, *ceteris paribus*, la demanda por poner el castigo de este delito en sintonía con el espíritu punitivista del resto del ordenamiento es atendible por una razón muy específica: la ridículamente caritativa pena asociada a la colusión se presenta como un privilegio del empresario coludido. En un momento en que la demanda por el fin a los abusos de los privilegiados se ha tomado la agenda pública, es difícil justificar que esos abusos estén “bendecidos” por el Código Penal con una pena irrisoria.

5. A modo de conclusión

Pensar en la judicatura como un poder público permite reconocer que las percepciones, expectativas y críticas sociales son un medio en el cual los jueces deben nutrir su labor jurisdiccional y sobre el cual deben aspirar a influir. Al mismo tiempo, al aceptar este modelo, la conducta de los jueces en aquellos casos en los que ejercen sus poderes discrecionales debe ser consciente de su capacidad de generar decisiones que impacten sobre las estructuras sociales, pensando de manera consecuencialista en los resultados que tales decisiones tendrán.

La reflexión sobre esta materia debiera involucrar a los propios jueces, pero no solo a ellos. Pensarlos como un poder público no significa ponerlos en una posición de jerarquía inabordable, sino precisamente lo contrario: significa evidenciar que están en necesidad de escuchar a los ciudadanos y sus agrupaciones, a fin de obtener de ellos la legitimidad y la autoridad necesarias para todo poder público en un estado democrático de derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- ❖ BELLO, Andrés (1885): “Observancia de la Lei”, en *Obras Completas: Opúsculos Jurídicos*, vol. 9, Pedro G. Ramírez (Santiago).
- ❖ CABRILLAC, Rémy (2009): *Las Codificaciones* (Santiago, Flandes Indiano).
- ❖ FISS, Owen (1984): “Against Settlement” en *The Yale Law Journal* (vol. 93).
- ❖ HILBINK, Lisa (2007): *Judges beyond politics in democracy and dictatorship. Lessons from Chile*, (Cambridge, Cambridge University Press).
- ❖ MUÑOZ LEÓN, Fernando (2011): “Autonomía y Responsividad: sobre la relación entre Derecho y Sociedad” en *Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales* (vol. 2).
- ❖ SIEGEL, Neil (2008): “The Virtue of Judicial Statesmanship” en *Texas Law Review* (vol. 86).