**INFORME DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO** recaído en el proyecto de ley, iniciado en Moción de los Honorables Senadores Señores Espina, Cantero, Chadwick, García y Horvath, que sanciona penalmente la colusión.

**BOLETÍN Nº 6.454-07**

**HONORABLE SENADO:**

La Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento tiene a honra informar el proyecto de ley señalado en el epígrafe.

Asistieron, especialmente invitados, el Ministro de Economía, Fomento y Reconstrucción Subrogante, señor Jean Jacques Duhart, y el Jefe de la División Jurídica de dicha Secretaría de Estado, señor Eduardo Escalón.

Concurrieron, también, el Fiscal Nacional Económico, señor Enrique Vergara Vial, y el asesor de dicha Fiscalía, señor Sebastián Castro.

En representación del Ministerio Público, participaron el Director de la Unidad de Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado del Ministerio Público, abogado señor Mauricio Fernández Montalbán y las abogadas de dicha Unidad, señoras Verónica Rosenblut Gorodinsky y Catalina Navarro Soffia.

Asimismo, la Comisión recibió tres informes en derecho, de los profesores señores Juan Ignacio Piña, Héctor Hernández y Julián López, los que fueron de gran utilidad para el estudio de esta iniciativa.

Igualmente, se tuvo a la vista una Minuta de la Profesora de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, señora María Magdalena Ossandón.

Se escuchó, también, la opinión del abogado señor Felipe Silva, quien solicitó ser oído por la Comisión para presentar la opinión de una asociación de pequeñas farmacias.

La Comisión contó con la permanente colaboración de los profesionales de la Unidad de Apoyo Legislativo de la Biblioteca del Congreso nacional, señora Alejandra Voigt Prado y señor Juan Pablo Cavada Herrera.

Hacemos presente que, de conformidad al artículo 16 de la ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, esta Moción se puso en conocimiento de la Excelentísima Corte Suprema, mediante el oficio Nº 271/SEC/09, de 8 de abril del presente año.

Ese Alto Tribunal informó favorablemente el proyecto, mediante Oficio N° 101, de fecha 13 de mayo de 2009. En particular, expresa que la norma que se incorpora al Código Orgánico de Tribunales con el objeto de someter a los tribunales chilenos los ilícitos sancionados en el nuevo artículo 3° bis, no le merece objeciones.

Finalmente, es dable señalar que la Sala del Senado, en sesión del día 5 de mayo del año en curso, autorizó a esta Comisión para discutir el proyecto tanto en general como en particular, en el trámite de primer informe.

## NORMAS DE QUÓRUM ESPECIAL

Cabe dejar constancia que el artículo 3º ter, contenido en el número 1) del artículo 1º y el artículo 2º de esta iniciativa tienen rango de norma orgánica constitucional, pues dicen relación con las atribuciones de los tribunales de justicia y, en consecuencia, deben ser aprobados por las cuatro séptimas partes de los Senadores en ejercicio, en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 77, en relación con el inciso segundo del artículo 66, ambos de la Constitución Política de la República.

## ANTECEDENTES

### 1.- De Derecho

1.1.- Decreto con fuerza de ley Nº 1, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2005, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley Nº 211, de 1973.

Este cuerpo legal tiene por objeto promover y defender la libre competencia de los mercados y sancionar los atentados en su contra. Además, consagra y regula el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, órgano jurisdiccional cuya función es prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia, y la Fiscalía Nacional Económica, servicio público que tiene como atribución y deber principales instruir las investigaciones que estime procedentes para comprobar las infracciones a esta ley.

1.2.- Ley Nº 20.361, de 13 de julio de 2009, que modifica el decreto ley Nº 211, de 1973.

1.3.-Código Orgánico de Tribunales.

Su artículo 6° enumera los crímenes y simples delitos que, no obstante haber sido perpetrados fuera del territorio de la República, quedan sometidos a la jurisdicción chilena.

1.4.-Código Procesal Penal.

Su artículo 176 obliga, entre otros, a los funcionarios públicos a denunciar ante el Ministerio Público, dentro de las veinticuatro horas siguientes, los hechos criminales de que tomen conocimiento.

1.5. Texto original del decreto ley N° 211, de 1973.

En su redacción original, el artículo primero del referido cuerpo legal sancionaba penalmente los atentados a la libre competencia. Esta disposición era del siguiente tenor:

“Artículo primero.- El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención, que tienda a impedir la libre competencia en la producción o en el comercio interno o externo, será penado con presidio menor en cualquiera de sus grados.

Con todo, cuando este delito incida en artículos o servicios esenciales, tales como los correspondientes a alimentación, vestuario, vivienda, medicinas o salud, la pena se aumentará en un grado.”.

**2.- De Hecho**

2.1.- La Moción

Esta iniciativa fue presentada por los Honorables Senadores Señores Espina, Cantero, Chadwick, García y Horvath, con el propósito de sancionar penalmente las conductas de colusión que ella tipifica.

Sus autores expresan, en los fundamentos de este proyecto, que la dictación del decreto ley Nº 211, del año 1973, supuso incorporar a nuestro ordenamiento jurídico un nuevo estatuto legal destinado a perseguir y castigar los atentados en contra de la libre competencia, que contempla las instituciones llamadas a protegerla -Comisiones Preventivas Regionales y Central, Comisión Resolutiva y la Fiscalía Nacional Económica- y describe las conductas que atentan en contra de ella y el procedimiento que se debe seguir en el caso que se produjera una vulneración de sus normas.

A este respecto, recuerdan que el artículo 1º de dicho decreto de ley sancionaba con la pena de presidio menor al que ejecutaba o celebraba, individual o colectivamente, cualquier hecho o acto o convención que se dirigía a impedir la libre competencia dentro del país, tanto

en las actividades económicas de orden interno como en las relativas al comercio exterior.

Precisan que, de esa forma, se castigaba determinadas conductas que atentan en contra de la libre competencia y se les asignaba una sanción penal específica.

Agregan que a fines del año 2003 entró en vigor la ley Nº 19.911, normativa que modificó dicho decreto ley, lo que implicó, entre otras cosas, la creación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Recuerdan que cuando se aprobó dicha ley, se consideró conveniente eliminar la figura penal mencionada, toda vez que se prefirió configurar una norma amplia, la que, mediante ejemplos, describía aquellas conductas que iban a ser calificadas como atentados en contra de la libre competencia, correspondiendo al referido Tribunal decidir, caso a caso, cuáles se enmarcaban en dicha normativa. Esa amplia configuración no se avenía con la definición de un tipo penal, razón por la que se prefirió –en su reemplazo- aumentar las multas y establecer la responsabilidad solidaria de los directores, gerentes o administradores de las empresas que ejecutaban dichos atentados.

Seguidamente, destacan que recientes transgresiones a la libre competencia, aconsejan reponer una sanción penal en contra de quienes se coluden para infringirla. Para ello proponen que se castigue con la pena de presidio menor, en cualquiera de sus grados, a aquellos agentes económicos que, en forma expresa o tácita, acuerden fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, que limiten la producción, o asignen zonas o cuotas de mercado, abusando del poder que dichos acuerdos les confieran, perjudicando de esta manera a los consumidores.

Indican, a continuación, que la norma propuesta sólo pretende sancionar penalmente la colusión, dado el grave impacto que ella tiene sobre los mercados y el gran número de personas que puedan resultar afectadas. Recuerdan que este criterio es compartido por la Fiscalía Nacional Económica, la que ha identificado a la colusión como la más nociva de las conductas en contra de la libre concurrencia, dadas sus nefastas consecuencias en los precios y en la cantidad y la calidad de los productos que se ofrecen a los consumidores. En efecto, éstos terminan siendo particularmente dañados, ya que, además, deben cancelar una cantidad de dinero mayor para adquirir bienes o servicios y se les impide destinar dichos recursos a satisfacer otras necesidades. Destacan que la colusión es especialmente grave cuando afecta la comercialización de productos de primera necesidad.

Señalan que, al establecer una norma de carácter penal, los incentivos que existen para coludirse se debilitan, ya que los infractores deben asumir el riesgo de terminar encarcelados, lo que constituye un elemento disuasivo relevante, adicional a las sanciones pecuniarias que se

les pueden imponer. En ese sentido, destacan que una pena de cárcel causa un mayor desprestigio social que sólo pagar una multa. Sanciones penales, multas administrativas y reparación del daño causado a los afectados, conforman un serio obstáculo para quienes han incrementado su patrimonio como resultado de las conductas ilícitas que ejecuta.

Connotan, además, que las nuevas atribuciones que entrega la ley Nº 20.361 a la Fiscalía Nacional Económica, suponen dotar a dicho organismo de medios más eficaces para investigar los hechos o conductas que atentan en contra de la libre competencia. Expresan que esta Moción complementa dicha iniciativa, al fortalecer la legislación que castiga los atentados en contra de la libre competencia.

Concluyen haciendo presente que este proyecto regula también aquellos casos en que el delito de colusión es cometido por agentes económicos de distintos países que utilizan sistemas de telecomunicaciones a los que se tiene acceso desde el territorio chileno. Precisan que, en esta situación, se considerará que el delito se ha cometido en Chile. En concordancia con lo anterior, proponen modificar el Código Orgánico de Tribunales, con el fin de incorporar a esta nueva figura delictiva, entre las hipótesis de extraterritorialidad de ley penal nacional, cuando ella atente contra la libre competencia en el mercado chileno.

2.2. Contenido y estructura de la Moción

La iniciativa está compuesta por dos artículos.

El primero, introduce dos enmiendas al decreto con fuerza de ley Nº 1, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2005, que fija el texto del decreto ley Nº 211, de 1973.

Este precepto agrega un artículo 3º bis, nuevo, a continuación del artículo 3º.

En su inciso primero se sanciona con la pena de presidio menor, en cualquiera de sus grados, al que realice algunas de las conductas descritas en la letra a) del referido artículo 3º (norma, esta última, que menciona, a modo de ejemplo, hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o tienden a ello. Quedan en esta condición los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, que limiten la producción, o impliquen asignarse zonas o cuotas de mercado, excluyendo competidores o afectando el resultado de procesos de licitación.).

En su inciso segundo, se precisa que dichas conductas se entenderán cometidas en Chile si se efectúan mediante un sistema de telecomunicaciones al que se accede desde el territorio nacional.

La segunda modificación intercala, en el artículo 20 del referido decreto, un inciso tercero nuevo.

Cabe recordar que el artículo 20 describe las características del procedimiento al que debe ajustarse el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia cuando conoce de un atentado a la libre competencia. Señala quién puede iniciar una demanda o requerimiento, el trámite que se le debe dar y los requisitos que ella debe cumplir. Establece, asimismo, los plazos en que prescriben las acciones para perseguir la responsabilidad por estos ilícitos y la forma en que dicho término se interrumpe. Indica que, tratándose de las conductas descritas en la letra a) del artículo 3º, este plazo de prescripción se incrementa a cinco años, y que no empezará a correr mientras se mantengan en el mercado los efectos de dichas conductas. En los incisos siguientes se establece el término en que prescriben las medidas impuesta por una sentencia dictada para prevenir, corregir o sancionar un atentado en contra de la libre competencia; que el mismo no se suspende en favor de ninguna persona y que las acciones civiles que se puedan ejercer se extinguen al cabo de cuatro años. Dicho plazo se cuenta desde que esté ejecutoriada la sentencia definitiva.

El nuevo inciso tercero que se intercala dispone que, cuando los hechos que sirven de fundamento a la demanda o el requerimiento sean constitutivos del delito descrito en el artículo 3º bis que introduce la Moción en análisis, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia deberá enviar inmediatamente los antecedentes al Ministerio Público.

Finalmente, el artículo 2º de esta iniciativa agrega un número 11, nuevo, al artículo 6º del Código Orgánico de Tribunales, con el fin de establecer que los delitos sancionados en el referido artículo 3º bis quedarán sometidos a la jurisdicción chilena, cuando atenten contra la libre competencia en el mercado chileno.

## 3.- Derecho Comparado.

Especialistas del Área de Análisis Legal de la Biblioteca del Congreso Nacional presentaron a la Comisión el esquema que se consigna a continuación, que contiene antecedentes legislativos de los países que se indican referidos a los principales aspectos sobre conductas atentatorias contra la libre competencia, las sanciones con las cuales ellas se castigan, los sujetos a quienes se atribuyen responsabilidad en este campo y los organismos encargados de perseguirla.

| **Tipo o Conducta** | **Sanción** | **Quien responde**<br><br>**Órgano persecutor** |
|---|---|---|
| | **FRANCIA** | |
| Código de Comercio<br><br>Acciones concertadas, convenios, acuerdos expresos o tácitos, o coaliciones que tengan por finalidad o puedan tener por efecto impedir, restringir o falsear la libre competencia, directa o indirectamente o que provengan de decisiones de una sociedad del grupo implantada fuera de Francia, en particular cuando estén orientados a:<br>1º Limitar el acceso al mercado o el libre ejercicio de la competencia por parte de otras empresas;<br>2º Obstaculizar la determinación de precios por el libre mercado, favoreciendo artificialmente su subida o su bajada;<br>3º Limitar o controlar la producción, las salidas a mercado, las inversiones o el progreso técnico;<br>4º Repartir los mercados o las fuentes de suministro. | Nulidad de todo acuerdo o cláusula contractual<br><br>Multa de hasta 10% del volumen de negocios mundial de la empresa<br><br>Personas naturales:<br><br>**4 años de prisión y €75.000 sobre quien tomase parte fraudulentamente, de forma personal y determinante, en la concepción, organización o realización de las conductas**. | Empresas y<br>Personas naturales<br><br>**Órgano persecutor**<br><br>Consejo de la Competencia (*Autorité de la Concurrence*) |
| Código Penal<br><br>Art. 717-2: penaliza alza o baja artificial de precios, ventas engañosas o fraudulentas.<br><br>“El hecho de lograr o intentar lograr el alza o la baja artificial del precio de bienes o servicios o de efectos públicos o privados, difundiendo, por cualquier medio, informaciones falsas o calumniosas, lanzando al mercado ofertas destinadas a perturbar las cotizaciones o sobreofertas realizadas al precio solicitado por los vendedores, o utilizando cualquier otro medio fraudulento …”. | Personas Naturales<br><br>**2 años de prisión y multa de €30.000**<br><br>Si alza o baja artificial de precios afecta a productos alimentarios:<br>• 3 años de prisión y multa de €45.000.<br>• Prohibición de ejercicio de derechos cívicos, civiles y de familia (artículo 131-26);<br>• Publicación o difusión de la resolución adoptada.<br><br>Sin perjuicio de responsabilidad de autores o cómplices.<br><br>Personas jurídicas:<br><br>• Multa (artículo 131-38)<br>• Máximo: 5 veces lo previsto para personas físicas.<br>• Crimen sin multa para personas físicas: 1.000.000 euros.<br><br>2º Penas mencionadas en artículo 131-39, apartados 2º, 3º, 4º, 5º, 6º y 9º.<br><br>Cuando la ley lo prevea. | Personas naturales y jurídicas<br><br>**Órgano persecutor**<br><br>Ministerio Público |

| | | |
|---|---|---|
| | 1º **Disolución**: cuando la persona jurídica haya sido creada para cometer los hechos incriminados o, si se trata de un crimen o delito castigado para las personas físicas con pena de prisión igual o superior a 3 años, cuando se haya desviado de su objeto social para cometer los hechos incriminados;<br>2º **Prohibición** definitiva o por un hasta 5 años, de ejercicio directo o indirecto de una o<br>varias actividades profesionales o sociales;<br>3º **Vigilancia judicial** por hasta 5 años, bajo vigilancia judicial;<br>4º **Clausura** definitiva o hasta 5 años (establecimiento o locales);<br>5º **Exclusión** de contratación pública definitiva o por hasta 5 años;<br>6º **Prohibición** definitiva o por hasta 5 años, de hacer llamamiento público al ahorro;<br>7º **Prohibición** por hasta 5 años, de emitir cheques o de utilizar tarjetas de pago;<br>8º **Comiso**<br>9º **Publicación** de resolución o difusión por prensa o cualquier medio de comunicación por vía electrónica. | |
| | **UNIÓN EUROPEA** | |
| Acuerdos entre empresas, cuando las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior”<br><br>En particular:<br>a) fijación directa o indirecta de precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;<br>b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;<br>c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;<br>d) condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;<br>e) Contratos subordinados que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de del contrato principal. | Multa de hasta un 10% del volumen de negocios mundial de la empresa | Empresas<br><br>**Órgano persecutor**<br><br>Comisión Europea<br><br>Corte de Primera Instancia y Corte de Justicia de las Comunidades Europeas (Apelación). |

| | | |
|---|---|---|
| | **ESPAÑA** | |
| Todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional.<br><br>En particular:<br>a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.<br>b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.<br>c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.<br>d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.<br>e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos. | Nulidad de todo acuerdo o cláusula contractual<br><br>Infracciones leves con multa de hasta el 1% del volumen de negocios total de la empresa o multa de €100.000 a €500.000<br><br>Infracciones graves con multa de hasta el 5% del volumen de negocios total de la empresa o multa de €500.001 a €10.000.000<br>Las infracciones muy graves (colusión) con multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa o multa de más de €10.000.000<br><br>Representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión multa de hasta €60.000 | Personas naturales o jurídicas que realicen las acciones.<br><br>**Órgano persecutor**<br><br>Comisión Nacional de la Competencia |
| | **REINO UNIDO** | |
| Acuerdos contra la libre competencia (Ley de Competencia de 1998 – *Competition Act 1998*):<br>Todo acuerdo entre empresas, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas, que impidan, restrinjan o aparenten falsamente la libre competencia, o que pretendan hacerlo, afectando el comercio en el Reino Unido, salvo que el acto se encuentre exento.<br>Especialmente, aquellos acuerdos o prácticas que:<br>o Fijen, directa o indirectamente, los precios de compra o venta de bienes o | Multas para las empresas, hasta por un monto equivalente al 10% de su volumen de negocios anual en todo el mundo, por infracciones al Capítulo I.<br><br>Multa ilimitada por participar en un cártel.<br><br>**Pena de prisión de hasta cinco años para los individuos que participen en cárteles**<br><br>Los acuerdos que infringen el capítulo I son nulos de pleno derecho | Personas naturales<br>Empresas<br><br>**Órgano persecutor**<br><br>*Office of Fair Trading – OFT*.<br><br>En ciertos sectores (comunicaciones, gas, electricidad, agua y alcantarillado, ferrocarriles y los servicios de transporte aéreo), los órganos reguladores poseen “competencias concurrentes” |

| | | |
|---|---|---|
| servicios,<br>o Limiten o controlen la producción, los mercados, el desarrollo técnico o la inversión,<br>o Repartan cuotas de mercado o fuentes de abastecimiento,<br>o Apliquen condiciones disímiles en transacciones equivalentes con otros competidores, colocándolos en una situación de desventaja competitiva,<br>o Subordinen la celebración de contratos a la aceptación, por parte de los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.<br><br>Carteles (Ley de Empresas de 2002 – *Enterprise Act 2002*):<br>Se sanciona, como culpable del delito de cártel, a quien, deshonestamente, acuerde con una o más personas realizar o implementar, o causar su realización o implementación, respecto de dos o más empresas, lo siguiente:<br>o fijar directa o indirectamente un precio por el suministro de un producto o servicio, en el Reino Unido, a otros que no sean las empresas coludidas,<br>o limitar o impedir el suministro o la producción de un bien o servicio en el Reino Unido,<br>o dividir, entre las empresas coludidas, el suministro de un producto o servicio en el Reino Unido o los clientes mismos,<br>o licitar bienes o servicios fraudulentamente (*bid-rigging*). | Los directores de empresas o sociedades que violen la legislación de libre competencia pueden sufrir “órdenes de inhabilitación a la competencia”, impidiéndoles participar en la gestión de empresas hasta por un plazo de 15 años<br><br>Terceros involucrados y grupos de consumidores pueden presentar acciones por daños y perjuicios en contra de las empresas que infrinjan la legislación sobre libre competencia<br><br>El delito de cártel es extraditable | |
| | **CANADÁ** | |
| Ley de Competencia de 1985 (*Competition Act*): Delito de Conspiración: se prohíbe que dos | Multa hasta $10.000.000.- dólares canadienses (delito de conspiración y conspiración entre | Personas naturales<br><br>Empresas |

| | | |
|---|---|---|
| o más personas acuerden o dispongan lo necesario para prevenir o disminuir, indebidamente, la competencia o para aumentar excesivamente el precio de un bien o servicio.<br>Delito de Instrucciones desde el Extranjero: se prohíbe el que una empresa, que ejerce su actividad en Canadá, ponga en práctica cualquier instrucción recibida desde el extranjero, destinada a hacer efectiva una conspiración celebrada fuera de Canadá, que contraviniese el delito de conspiración, de haberse planeado en celebrado en el país.<br>Licitar fraudulentamente (*Bid-rigging*): se prohíbe que dos o más oferentes, en respuesta a una llamada a ofertar, acuerdan que uno de ellos se abstenga de licitar o acuerdan entre ellos las ofertas a presentar, sin informar al licitante sobre tales acuerdos.<br>Conspiración en el Deporte Profesional: se prohíbe el conspirar para limitar injustificadamente las posibilidades de los jugadores o competidores de participar en el deporte profesional, o para limitar injustificadamente la oportunidad de una persona para negociar con y jugar para un equipo o club de su elección.<br>Conspiración de Instituciones Financieras Federales: se prohíbe a los bancos u otras compañías de seguros y préstamos reconocidas por el gobierno federal, acordar entre sí los tipos de interés o cargos por servicios de los depósitos o préstamos, o respecto a los servicios que se prestan las personas o a las categorías de personas que son atendidas. | instituciones financieras federales).<br><br>Multa a discreción del tribunal (delitos de instrucciones desde el extranjero, licitar fraudulentamente o *bid-rigging*, conspiración en el deporte profesional).<br><br>**Pena de prisión de hasta cinco años, o aplicación conjunta con la multa** (delitos de conspiración, licitar fraudulentamente o *bid-rigging*, conspiración en el deporte profesional y conspiración entre instituciones financieras federales).<br><br>Las víctimas de la actividad de los cárteles pueden demandar a los participantes para el resarcimiento de los daños y perjuicios que les hayan sido ocasionados. | Instituciones financieras<br><br>**Órgano persecutor**<br><br>Oficina de Competencia de Canadá (*Competition Bureau*) |
| | **ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA.** | |
| Conductas anticompetitivas de la Ley Sherman (*Sherman Act*):<br>o Se declara ilegal todo contrato, asociación en forma de *trust* o de otra clase, o conspiración restrictiva del tráfico o del comercio entre estados o con países extranjeros. Quien celebre un contrato o participe en | Multa a empresas no superior a US$100.000.000, en el caso de una empresa (conductas del artículo 1 y 2 de la Ley Sherman)<br><br>Multa a personas hasta US$1.000.000 (conductas del artículo 1 y 2 de la Ley Sherman)<br><br>**Pena de prisión que no exceda** | Personas naturales<br>Empresas<br><br>**Órgano persecutor**<br><br>Las leyes antimonopolio de los Estados Unidos son |

| | | |
|---|---|---|
| cualquier asociación o conspiración declarada ilegal, se considerará culpable de un delito grave (artículo 1).<br>o Se considerará culpable de un delito grave a toda persona que monopolice o intente monopolizar, o asociarse o conspirar con cualquier otra persona o personas para monopolizar cualquier parte del comercio entre los varios Estados o con países extranjeros (artículo 2).<br><br>Conductas anticompetitivas de la Ley Clayton (*Clayton Act*):<br>Esta ley amplió el ámbito de aplicación de la Ley Sherman, agregando las siguientes prácticas a la lista de actividades ilícitas: la discriminación de precios entre los distintos compradores si ese tipo de discriminación tiende a crear un monopolio, los acuerdos de exclusividad, los acuerdos de vinculación y las fusiones y adquisiciones que reducen sustancialmente la competencia en el mercado. | **de 10 años, o conjuntamente con multa**, si se trata de una persona (conductas del artículo 1 y 2 de la Ley Sherman) | ejecutadas por el *Bureau of Competition* de la *Federal Trade Commission – FTC* y por la División Antimonopolios *(Antitrust Division)* del Departamento de Justicia. |
| | **MÉXICO** | |
| Ley Federal de Competencia<br><br>Acoge principios constitucionales expresos de libre competencia y libre mercado<br><br>• Prohíbe Monopolios<br><br>“Artículo 9º.- Son prácticas monopólicas absolutas los contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí, cuyo objeto o efecto sea cualquiera de los siguientes:<br><br>I.- Fijar, elevar, concertar o manipular el precio de venta o compra de bienes o servicios al que son ofrecidos o demandados en los mercados, o intercambiar información con el mismo objeto o efecto; | • Corrección o supresión de la práctica monopólica o concentración de que se trate.<br>• Desconcentración parcial o total de lo que se haya concentrado indebidamente, sin perjuicio de la multa que en su caso proceda.<br>• Multa hasta por el equivalente a 1.500.000 salarios mínimos general vigente para el Distrito Federal, por haber incurrido en alguna práctica monopólica absoluta.<br>• Multa hasta por el equivalente a 28.000 veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal, a los agentes económicos o a los individuos que hayan coadyuvado, propiciado, inducido o participado en la comisión de prácticas monopólicas, concentración prohibida o demás restricciones al funcionamiento eficiente de los | Personas Naturales<br><br>Agentes económicos<br><br>**Órgano persecutor**<br><br>Sanción económica<br><br>• Comisión Federal de Competencia<br><br>• Facultades administrativas, fiscalizadoras y sancionatorias en lo penal-administrativo. |

| | | |
|---|---|---|
| | mercados en términos de esta Ley.<br><br>• Reincidencia: multa hasta por el doble de la que corresponda, o hasta por el diez por ciento de las ventas anuales obtenidas por el infractor durante el ejercicio fiscal anterior, o hasta por el diez por ciento del valor de los activos del infractor, cualquiera que resulte más alta.<br><br>• Antecedentes para efectos de multas: en la imposición de multas debe considerarse la gravedad de la infracción, el daño causado, los indicios de intencionalidad, la participación del infractor en los mercados; el tamaño del mercado afectado; la duración de la práctica o concentración y la reincidencia o antecedentes del infractor, así como su capacidad económica.<br><br>Reincidencia: Puede aplicarse la desincorporación o enajenación de activos, derechos, partes sociales o acciones, por la parte que sea necesaria para que el agente económico no tenga poder sustancial en el mercado relevante. | |
| Código Penal<br><br>Art. 253, d): delitos contra el consumo, entre otros los acuerdos de los comerciantes para que los usuarios paguen precios exagerados. | | Personas naturales<br><br>**Órgano persecutor**<br><br>Ministerio Público |
| | **PERÚ** | |

| | | |
|---|---|---|
| Decreto Legislativo 701: Dispone Eliminación de Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia<br><br>Abuso de Posición de Dominio:<br><br>• Negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación, de productos o servicios.<br>• Aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.<br>• Subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos.<br>• Otros casos de efecto equivalente.<br><br>Práctica restrictiva de la libre competencia.<br>• La fijación concertada entre competidores de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.<br>• El reparto de mercado o de las fuentes de aprovisionamiento;<br>• El reparto de las cuotas de producción;<br>• La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.<br>• La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación o prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos;<br>• La negativa concertada e injustificada de satisfacer las demandas de compra o | Sanciones pecuniarias Impuestas por Comisión de Libre Competencia<br><br>• Infracción leve o grave: multa de hasta 1,000 UITs, hasta 10% ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor correspondientes al ejercicio inmediato anterior a la resolución de la Comisión.<br>• Infracción muy grave: desde 1,000 UITs hasta 10% ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor correspondientes al ejercicio inmediato anterior a la resolución de la Comisión.<br>• En caso que la entidad o persona sancionada no realice actividad económica, industrial o comercial, o recién la hubiera iniciado después del 1 de enero del ejercicio anterior, la multa no podrá superar, en ningún caso, las 1,000 UITs.<br>• Cuando la multa se imponga a una empresa: se podrá imponer una multa de hasta cien (100) UIT a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos según se determine su responsabilidad en las infracciones cometidas.<br>• Criterios que la Comisión tendrá en consideración para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas:<br><br>1. La modalidad y el alcance de la restricción de la competencia.<br>2. La dimensión del mercado afectado.<br>3. La cuota de mercado de la empresa correspondiente.<br>4. El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios.<br>5. La duración de la restricción de la competencia.<br>6. La reiteración en la realización de las conductas prohibidas.<br><br>• Reincidencia: Comisión puede duplicar multas, sucesiva e ilimitadamente. | Personas naturales<br><br>Personas jurídicas de derecho privado o público.<br><br>**Órgano persecutor**<br><br>Ejercicio Acción Penal: Ministerio Público, ante Tribunales del Crimen, previa denuncia de la Comisión.<br><br>Comisión de Libre Competencia tiene facultades:<br><br>• Imposición de Multas.<br>• Fiscalizadoras<br>• Inmovilización documental por hasta 2 días hábiles<br>• Incautación documental previa autorización judicial<br>• Facultades de denuncia.<br>• Medidas cautelares en procedimiento penal iniciado. |

| | | |
|---|---|---|
| adquisición, o las ofertas de venta o prestación, de productos o servicios.<br>• La limitación o el control concertados de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones<br>• Otros casos de efecto equivalente.<br>Código Penal<br><br>Artículo 232: “El que, infringiendo la ley de la materia, abusa de su posición monopólica u oligopólica en el mercado, o el que participa en prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad productiva, mercantil o de servicios, con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia, …” | • Pena privativa de libertad: 2 a 6 años, y<br>• 180 a 365 días-multa, e<br>• Inhabilitación según disponga la sentencia:<br><br>1. Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular;<br><br>2. Incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público;<br><br>3. Suspensión de los derechos políticos que señale la sentencia;<br><br>4. Incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero profesión, comercio, arte o industria, que deben especificarse en la sentencia;<br>…<br>8. Privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido el agente para cometer el delito.<br><br>• Copulativas | Personas naturales<br><br>**Órgano persecutor**<br><br>Ministerio Público |

\- - - - -

## DISCUSIÓN EN GENERAL

Al iniciarse la discusión en general, el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Espina, ofreció el uso de la palabra al **Ministro de Economía, Fomento y Reconstrucción Subrogante, señor Duhart.**

Éste, primeramente, agradeció la invitación que le formulara la Comisión para intervenir en este debate.

Manifestó que la iniciativa recoge, en buena medida, parte importante de las inquietudes planteadas por el Senado en su 10ª sesión especial celebrada con fecha 14 de abril del presente año, con la finalidad de analizar la situación de la industria farmacéutica en Chile, realizada a raíz de la conmoción generada por el denominado “Caso Farmacias”.

Expresó que la Moción, en su objetivo principal, está plenamente en sintonía con lo que ha señalado el Gobierno, en cuanto a la necesidad de perfeccionar, a través de un conjunto de medidas complementarias, lo que ha sido el fortalecimiento de la institucionalidad en materia de Defensa de la Libre Competencia, cuestión debatida por el Congreso Nacional en el proyecto que dio lugar a la ley Nº 20.361.

Recordó que en esa discusión se planteó la posibilidad de reintroducir sanciones penales para castigar las prácticas de colusión.

En este sentido, reiteró, la Moción se orienta precisamente en el sentido señalado.

Sin embargo, opinó que la formulación concreta de la iniciativa en análisis puede dar lugar a un cierto retroceso o bien podría debilitar este intento de contar con una legislación más robusta de defensa de la libre competencia.

El problema que él identifica en esta línea radica en el hecho de que los antecedentes de una supuesta conducta de colusión sean derivados al Ministerio Público, lo que, a su juicio, constituiría una contradicción con la ley recién aprobada sobre fortalecimiento de la Fiscalía Nacional Económica.

Mediante ella, dijo, se busca que nuestro país cuente, en el ámbito de los procedimientos económicos, con una entidad de gran nivel de especialización y de organización, suficientemente dotada para apreciar el daño potencial que puedan acarrear determinadas prácticas colusivas, que es uno de los propósitos fundamentales del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

En este sentido, agregó, al plantear la Moción en análisis que cuando en una investigación llevada adelante por la Fiscalía Nacional Económica aparezca la comisión de delitos los antecedentes deben derivarse al Ministerio Público, introduce el riesgo de desaprovechar esa capacidad y nivel de especialización que el órgano administrativo específicamente posee, e inhabilita o dificulta la intervención de un tribunal especializado.

Concluyó su exposición expresando que, no obstante lo anterior, en lo demás el Ejecutivo comparte en general el proyecto, que, resaltó, es coincidente con otra iniciativa que el Ejecutivo viene preparando con el objetivo de introducir sanciones penales en este ámbito.

**Enseguida, intervino el Fiscal Nacional Económico, señor Enrique Vergara**.

Éste valoró la iniciativa, particularmente en cuanto a su fin principal, que es fortalecer la persecución del cartel o la colusión.

Sin embargo, formuló algunas observaciones con el propósito de prevenir eventuales dificultades en la aplicación práctica de la iniciativa en discusión.

En primer lugar, indicó que las dos últimas reformas a la ley sobre Defensa de la Libre Competencia optaron por un modelo que busca sancionar administrativamente todas las figuras competitivas y, dentro de esas reformas, se aumentó considerablemente la sanción administrativa de multa, hasta las 20.000 unidades tributarias anuales el año 2003, y 30.000 unidades tributarias anuales, este año 2009.

En consecuencia, añadió, si se decidiera volver a castigar con penas privativas de libertad la colusión, hay que tener mucho cuidado de respetar el principio de proporcionalidad que debe observarse siempre para sancionar una conducta.

El segundo planteamiento expuesto por el Fiscal Nacional Económico dice relación con la aplicación del denominado principio non bis in idem, esto es, que ninguna conducta sea sancionada dos veces, primero en sede administrativa, con una multa de hasta 30.000 unidades tributarias anuales, no sólo a las personas jurídicas o empresas sino que también a cualquier persona natural que haya participado en el acto y, además, con la sanción privativa de libertad.

Agregó que, por lo tanto, al establecerse una conducta merecedora de un reproche penal, ella debería ser distinta de la tipificada actualmente en el artículo 3º del decreto ley Nº 211, para evitar una vulneración del principio non bis in idem.

De esta manera, indicó, sería el Ministerio Público quien tendría el monopolio del ejercicio de la acción pública, de acuerdo a lo dispuesto en la normativa constitucional.

Si así ocurriere, explicó, habría resultado estéril el esfuerzo realizado en las referidas dos últimas reformas al decreto ley 211, en cuanto a especializar las entidades dedicadas a defender la libre competencia, dotarlas de atribuciones, de mayores presupuestos, de profesionalizar sus cuadros funcionarios y mejorar las remuneraciones y aumentar las incompatibilidades de los miembros del Tribunal. Todo ello, en alguna medida, se vería afectado, insistió.

En tercer lugar, manifestó que, en su opinión, la Moción no se hace cargo del tema de la delación compensada. Hizo notar que este fue el tema central debatido durante la última reforma legal, en que se otorga este beneficio a quien delata a algún partícipe del cartel, ya sea con la exención de la multa o su rebaja. Pero, acotó, si a esa persona se la va a

sancionar penalmente, la delación compensada perdería su sentido pues quien quisiera acusarse no vería el incentivo a hacerlo si, a pesar de ello, se la sancionará penalmente.

**El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Espina**, hizo presente que en este momento se efectúa solamente la discusión en general, por lo que es posible considerar las observaciones planteadas con el fin de perfeccionar el proyecto.

Específicamente, indicó cuatro puntos que, en su opinión, le merecían un análisis más detenido. En primer lugar, la extensión de la pena; ella debe ser proporcionada a la gravedad del delito, afirmó. En segundo lugar, admitió como discutible la circunstancia de que un mismo hecho sea conocido y sancionado en sede administrativa y, además, en sede judicial penal.

En tercer término, manifestó dudas en cuanto a quién debe conocer los hechos en la etapa investigativa, a raíz de que la iniciativa plantea que “el tribunal deberá enviar de inmediato los antecedentes al Ministerio Público”.

Finalmente, resaltó que, en efecto, el establecimiento de una sanción penal desestimularía severamente el uso del mecanismo de la delación compensada, razón por la que consideró necesario introducir algunas enmiendas a esta iniciativa con el fin de recoger las observaciones formuladas por el señor Fiscal Nacional Económico.

**Las representantes del Ministerio Público, abogadas señoras Rosenblut y Navarro** excusaron la inasistencia del señor Fiscal Nacional y, al mismo tiempo, agradecieron la posibilidad de intervenir en el análisis de un proyecto de esta connotación, que para esa entidad resulta particularmente relevante como órgano de persecución del delito.

Valoraron de manera muy positiva esta iniciativa, principalmente atendidos los argumentos desarrollados en su propia exposición de motivos, pero específicamente por el efecto disuasivo que pudiera tener para los agentes económicos la existencia de una sanción penal, de manera de evitar la comisión de conductas colusivas que atentan contra la libre competencia.

Hicieron presente que en la actualidad existen normas en el Código Penal que han renacido a la vida del Derecho, particularmente el delito contemplado en el artículo 285, de adulteración fraudulenta de precio –que ellas consideraron actualmente vigente-, incluso en forma simultánea a las disposiciones del decreto ley Nº 211, de 1973.

Reiteraron que no divisan obstáculos en reincorporar la sanción penal a la normativa sobre defensoría de la libre competencia, en

mérito de los principios de especialidad y consunción, que permiten resolver adecuadamente este concurso aparente de leyes penales.

En la situación en análisis, aseguraron, en el caso de existir ambas sanciones, el concurso debiera ceder en beneficio del nuevo ilícito penal que se propone, que es más especial o específico.

A continuación, se refirieron al tipo penal propuesto. Más allá de la técnica legislativa de remisión que se utiliza, opinaron que la cuestión propuesta se refiere a la actual letra a) del artículo 3º del texto del decreto ley N° 211, en su texto actualmente vigente.

Luego, coincidieron con el Ministro (S) de Economía y el Fiscal Nacional Económico, en cuanto a que para fortalecer la defensa de la libre competencia puede ser importante la inclusión de una figura penal en el decreto ley N° 211, siempre que se independice del ilícito administrativo, para no provocar conflictos interpretativos ni caer en incoherencias con la normativa que establece el sistema de defensa de la libre competencia.

En este sentido, aportaron algunas ideas tendientes a distinguir ambas conductas, para mantener los ámbitos administrativo y penal de protección de la libre competencia. Podría hacerse, explicaron a título ejemplar, a través de la sanción de la colusión respecto del mercado de bienes y servicios de primera necesidad o atendido el mayor o menor efecto que produzca en el mercado esta colusión. Alternativamente, si se estima más plausible y conveniente, sugirieron la reserva de la sanción penal para los casos en que efectivamente estas prácticas concertadas entre agentes económicos hayan comenzado a ejecutarse.

Resaltaron que la actual consagración del ilícito administrativo sanciona los acuerdos, de manera que, para marcar la diferencia con el ámbito penal y justificar la mayor sanción en este último campo, lo que se castigue no sea simplemente la existencia de un acuerdo sino que el hecho de que éste se haya empezado a ejecutar, es decir, que ya se hayan fijado precios, asignado cuotas de mercado, distribuido sectores, etc.

En cuanto a la pena que propone el proyecto, la estimaron amplia y connotaron que, por las características de los probables imputados, normalmente la pena se impondrá en su rango inferior al de presidio menor en su grado mínimo, considerando que por regla general tendrán irreprochable conducta anterior.

Adicionalmente, la amplitud del rango de la pena posibilita la adopción de salidas alternativas, lo que también sostiene la conveniencia de revisar la sanción que se propone, con el objeto de no diluir el efecto disuasivo que la iniciativa persigue.

Respecto de la pena propuesta, sugirieron tener presente otras disposiciones, como la normativa sobre Mercado de Valores que también contempla sanciones penales (además de las administrativas, que coexisten con aquéllas), citando al efecto, por ejemplo, los artículos 59 y 60 de la Ley sobre Mercados y Valores.

Por otra parte, plantearon que en caso de incorporarse, en definitiva, a nuestro ordenamiento el nuevo tipo penal que propone la Moción, debería otorgarse al Ministerio Público la facultad de interceptar toda clase de comunicaciones en la investigación de esta nueva figura, de la misma forma en que la Fiscalía Nacional Económica contará con este mecanismo para investigar en el ámbito administrativo este tipo de conductas. Lo anterior, acotaron, tanto por razones de coherencia normativa, como porque la investigación penal implica un mayor reproche de la conducta perseguida y por las dificultades investigativas que se tuvieron en vista y justificaron la concesión de esta atribución a la Fiscalía Nacional Económica.

**A continuación, hizo uso de la palabra el abogado señor Felipe Silva**, quien precisó, primeramente, que el objeto de su intervención era dar testimonio de las variadas conductas que afectan a la libre competencia en el ámbito de la comercialización y venta de remedios.

El mercado de los remedios, informó, está constituido, básicamente, por las tres cadenas de farmacias más conocidas que existen en nuestro país; por las droguerías, que son intermediadores y distribuidores de remedios, y por los laboratorios. Estos últimos pueden ser dependientes o independientes.

Señaló que gracias a la libertad con que han podido operar los actores recién nombrados, en la práctica existe entre ellos una integración vertical que no fomenta la libre competencia.

Puso de relieve que hoy en día, en esta industria, existen prácticas mucho más graves que la colusión, como son la negativa de los laboratorios a vender ciertos remedios a determinadas farmacias, la imposición de precios injustos y la postergación de la entrada al mercado de remedios de última generación para tener tiempo de vender primeramente los stocks de remedios antiguos, de menor calidad.

En cuanto a la fijación de precios diferentes por parte de los laboratorios según cual sea la farmacia compradora, explicó que, si bien la medida de justicia en el precio de un remedio puede parecer subjetiva, más allá de las razones que esgrimen los laboratorios para vender un producto a determinadas farmacias, el criterio utilizado para definir el precio tiene que ver más bien con los volúmenes de venta. Sin embargo, a su juicio no hay razón que justifique que las diferencias por ese concepto permitan al laboratorio expender a distintas farmacias un mismo producto en precios diferentes en un 150% o un 200%.

Señaló que existen diferencias exorbitantes en las sumas que cobran los laboratorios a las farmacias independientes respecto de los valores que cobran a las cadenas de farmacias.

Afirmó que estas discriminaciones corresponden a dos fenómenos. Por un parte, se trata de precios predatorios, es decir, venta del producto a un precio inferior a su valor de producción o de adquisición al laboratorio, para obtener en el largo plazo una venta monopólica y, luego, desplazar al competidor.

Por otro lado, conjeturó que lo que explicaría estas diferencias de precios podría deberse a que los valores informados por las cadenas no sean reales o verdaderos.

Explicó que para comprobar y precisar la efectividad de las hipótesis enunciadas es necesario contar con la posibilidad de vender un cierto conjunto de productos, que permita al local denominarse “farmacia”. Ese conjunto de productos, añadió, incluye jarabe para la tos, dominales y otros productos básicos, condición necesaria que permite al local acceder a la categoría de “farmacia”.

Sin embargo, denunció, son muy escasos los laboratorios que venden estos productos a locales que no forman parte de las conocidas tres cadenas de farmacias.

Agregó que las condiciones en las cuales los independientes deben adquirir remedios a los laboratorios distan mucho de ser justas o corresponder a un funcionamiento normal del mercado. En la práctica, aseguró, los laboratorios se han negado persistentemente a informar los precios de sus productos, lo que incluso fue sancionado el año 2001 por la Comisión Resolutiva. Sin embargo, los laboratorios se mantuvieron en la misma actitud durante cuatro años y fue necesario que la Comisión nuevamente los sancionara. Pero, como las multas fueron bajas, las pagaron y, en la práctica, continúan incumpliendo la resolución han mantenido la misma actitud.

Resaltó que es muy difícil existir como farmacia independiente o ingresar en el mercado de los remedios. No obstante, aseguró que valoraba la existencia de cadenas de farmacias, pero a condición de que ellas respeten las normas de funcionamiento de la libre competencia.

Finalmente, consideró necesario consagrar una sanción que infunda un temor real que disipe en los propietarios y ejecutivos de industrias y empresas vinculadas a la comercialización de productos de primera necesidad la tentación de realizar conductas como las denunciadas, particularmente en áreas como la de la salud pública.

**El Honorable Senador señor Gómez** expresó que, sin perjuicio de las adecuaciones técnicas que pueda introducirse al proyecto, su sentido y objetivo principal le parece conveniente.

Estimó justo sancionar proporcionalmente al daño causado, conductas como las conocidas en el último tiempo.

En este sentido, opinó que el pago de una nueva multa no puede dejar en la impunidad la comisión de un delito. Por ello, abogó por el establecimiento de una sanción penal a los responsables de conductas delictivas especialmente graves, como las denunciadas.

Por último, compartió el criterio de asegurar la eficacia del mecanismo de la delación compensada, que ha probado ser extremadamente útil.

**El Honorable Senador señor Muñoz Aburto**, manifestó que consideraba oportuno y conveniente el proyecto en análisis, toda vez que tiende a proteger un bien muy relevante del modelo económico vigente en nuestro país.

Llamó la atención, además, respecto de la carencia de verdadera competencia entre las cadenas de farmacias.

Planteó que, si bien el texto de la Moción debe perfeccionarse en algunos de sus alcances, esta iniciativa debería tramitarse con la celeridad que amerita la búsqueda de una solución razonable al grave problema que pretende resolver.

**El Honorable Senador señor Chadwick** coincidió con los planteamientos generales expuestos, por lo cual se refirió, específicamente, a algunas dudas concretas que han surgido en el debate.

En cuanto al principio non bis in idem, es decir, no sancionar una misma conducta con dos penalidades, entiende que dicho principio quedaría respetado en la medida que la descripción de la conducta administrativa fuese diferente a la que se sancionará penalmente. Por ejemplo, explicó, hoy el artículo 285 del Código Penal describe una conducta distinta de aquellas referidas en el decreto ley N° 211, aunque sus finalidades puedan ser similares. La colusión, continuó explicando, tiene por objeto alcanzar un acuerdo que aumenta el precio de un producto en perjuicio del consumidor y en beneficio de los coludidos; en cambio, la figura de alteración de precios del Código Penal es un tipo de fraude.

Haciéndose cargo de esta inquietud, **las abogadas del Ministerio Público** afirmaron que la norma del artículo 285 del Código Penal consagra una forma específica de colusión, una conducta más acotada respecto del concepto general contenido en la letra a) del artículo 3º del decreto ley 211.

Resaltaron que la adulteración fraudulenta de precio es una de las formas que puede revestir la colusión y, por ello, consideraron importante incorporar en el mencionado decreto ley un tipo penal que sancione la colusión propiamente tal, en todos sus aspectos, y no solamente en cuanto a la alteración de precios.

Agregaron que el referido artículo 285 contiene un elemento que no se divisa en el nuevo tipo penal que propone la Moción en estudio, que es la expresión “fraudulentamente”, lo que da al acto un carácter especial.

Además, añadieron, habría que precaver la no exclusión de formas de colusión referidas a cuotas de mercado, zonas geográficas, u otras.

**El Honorable Senador señor Chadwick** replicó que en el ánimo de diferenciar los hechos investigados y sancionados administrativa y penalmente es que la diferenciación podría estar dada por el elemento oportunidad. Esto es, explicó, lo propio de la Fiscalía Nacional Económica sería investigar el mero hecho de celebrar el acuerdo, siendo competencia del Ministerio Público investigar la ejecución del mismo.

**La abogada señora Rosenblut**, precisó que lo que el Ministerio Público propone para concretar la diferenciación referida es que la figura penal contemple un elemento que justifique el mayor reproche de la conducta que se tipifique. Ella entiende que ese objetivo se lograría si se exige una mayor gravedad a la conducta penal, de manera que alcance la entidad necesaria para ser constitutiva de delito.

Concretamente, precisó, a la Fiscalía Nacional Económica le bastaría, para imponer una sanción administrativa, que se logre o alcance el acuerdo, sin perjuicio de que, al alcanzarse, ese acuerdo ya empiece a producir sus acuerdos. En consecuencia, insistió, el Fiscal Nacional Económico debería poder acreditar que el acuerdo existió.

En cambio, señaló, el Ministerio Público en sede penal deberá acreditar que el acuerdo existió y, además, que, en virtud de ese acuerdo, se fijaron precios, se asignaron cuotas de mercado, etc.

**El Honorable Senador señor Chadwick** se refirió, en seguida, a la figura de delación compensada. Consultó cómo operaría ésta frente a la diferenciación de estándares para separar el campo administrativo del penal. En la práctica, dijo, la acreditación de una irregularidad administrativa va a generar normalmente una duda o riesgo de que el implicado sea objeto, además, de una investigación penal. En otras palabras, consultó cómo se mantiene el rol clave de la figura de la delación compensada en el ámbito administrativo si, acreditada la colusión, se seguiría casi inevitablemente el juicio penal.

**La abogada señora Rosenblut** propuso que la delación –que da lugar a exención o rebaja de responsabilidad en el ámbito administrativo- opere también en la investigación penal como una atenuante de la responsabilidad penal. Recordó que, de hecho actualmente es atenuante la colaboración con la investigación del Fiscal del Ministerio Público. En ese sentido se lograría una equiparación de los efectos de la delación compensada en ambas sedes.

A propósito de lo anterior, **el Fiscal Nacional Económico, señor Vergara,** advirtió que, aunque opere como atenuante en materia penal, difícilmente una persona implicada en un caso de colusión, estará dispuesta a recurrir a la delación compensada pues, muy probablemente, preferirá evitar el riesgo de ser conducida a un juicio penal.

De esta forma, agregó, en definitiva se privaría al sistema de defensa de la libre competencia de una herramienta decisiva para investigar los carteles.

**El Honorable Senador señor Chadwick** llamó a efectuar este análisis tomando distancia del caso concreto de colusión que se ha conocido recientemente en el país. Resaltó que hoy existe una fuerte presión social derivada de la irrelevante sanción que se aplica a los autores de una grave colusión y, en consecuencia, surge un cuestionamiento de la ciudadanía acerca del rol del Estado y la Justicia en este tipo de situaciones.

Por otra parte, afirmó que la delación compensada es un mecanismo de difícil comprensión social, pero, al mismo tiempo, es el instrumento que permite detectar las irregularidades. En conclusión, opinó que debe resolverse acerca de cuál valor jurídico hacer prevalecer.

**El Honorable Senador señor Gómez** señaló que, sin perjuicio de las evaluaciones técnicas que sea necesario efectuar para resolver este complejo tema, en su opinión, debería, en todo caso, operar la delación compensada en el campo penal, incluso eventualmente como eximente de responsabilidad.

**El señor Felipe Silva** connotó que no puede reducirse el éxito de las investigaciones sobre colusiones a la utilización de la delación compensada. Sostuvo que la Fiscalía Nacional Económica y los demás organismos involucrados cuentan con otros medios para investigar, para recoger la información necesaria y, finalmente, dar origen a un proceso a través del cual se establezcan las responsabilidades.

**El Fiscal Nacional Económico, señor Vergara**, insistió en la importancia práctica de la delación compensada y resaltó que, como lo demuestra la experiencia, sin ella sería muy difícil lograr que se sancionen estas conductas.

**El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Espina,** precisó, nuevamente, que lo que corresponde a la Comisión en esta oportunidad es votar la idea de legislar, es decir, pronunciarse acerca de si se estima conveniente establecer sanciones penales a conductas que constituyen actos de colusión, entendida ésta en los términos de la letra a) del artículo 3° del decreto ley 211, de 1973. Recordó, asimismo, que, como es propio del iter legislativo, posteriormente este propósito podrá consagrarse con un criterio de mayor amplitud o restringirse, así como también habrá oportunidad de atender las observaciones formuladas en el debate, muchas de las cuales él comparte.

Respecto de la delación compensada, afirmó que esta figura se incorporó a nuestro ordenamiento mediante la aprobación de una Moción de la cual él fue uno de sus autores, junto a otros señores Diputados. Precisó que, en su origen, este mecanismo se denominó “arrepentimiento eficaz” y fue concebido para ser utilizado, principalmente, en el combate al narcotráfico y al terrorismo.

Expresó su convicción de que esta figura es una herramienta esencial para asegurar el éxito de las investigaciones en el campo de la libertad de los mercados económicos. Hizo notar que ella es un instrumento de política criminal extraordinariamente eficiente y, por ello, la mayoría de los países la utilizan.

En todo caso, continuó exponiendo, habrá de precaver que su consagración y utilización en el ámbito de la libre competencia sea funcional o coherente con los objetivos que se persiguen tanto en el campo administrativo como en el penal.

Luego manifestó que consideraba de la mayor gravedad las afirmaciones hechas por el abogado señor Silva, referidas a la negativa de venta y al carácter permanente del propósito de los laboratorios de eliminar del mercado al comerciante independiente.

Por su parte, **el Honorable Senador señor Gómez** connotó que la autorización para intervenir teléfonos u otros medios de comunicación ha demostrado ser útil para investigar determinados tipos de delitos. No obstante, opinó que la incorporación de este recurso de indagación a nuestro ordenamiento debe hacerse con criterio restrictivo y respecto de situaciones excepcionales.

Asimismo, estimó de particular gravedad la denuncia formulada en cuanto a la negativa de los laboratorios a introducir al mercado mejores remedios para previamente agotar los stocks de fármacos de inferior calidad. Estimó que si bien se trata de una situación compleja, merece en esta oportunidad un estudio detenido.

Finalmente, consideró reprobable y, por tanto, propuso evaluar la posibilidad de sancionar la conducta de los empleados de

farmacias consistente en sugerir al público la adquisición de determinados remedios.

## IDEA DE LEGISLAR

Teniendo en consideración los antecedentes expuestos**, el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Espina, puso en votación en general la iniciativa. Ella fue aprobada por la unanimidad de los miembros presentes de la Comisión, Honorables Senadores señores Espina, Chadwick, Gómez y Muñoz Aburto.**

## DISCUSIÓN EN PARTICULAR

Como se señaló precedentemente, la Sala del Senado, en sesión del día 5 de mayo del año en curso, autorizó a la Comisión para discutir, en el trámite de primer informe, en particular esta iniciativa.

Al iniciarse la discusión en particular intervino nuevamente **el Fiscal Nacional Económico, señor Enrique Vergara.**

En esta oportunidad reiteró que, en términos generales, le parecía positiva la inspiración del proyecto en orden a reconocer la gravedad que pueden tener las conductas colusivas en los mercados y, de esta forma, fortalecer las normas que persigan una persecución y sanciones más eficaces.

Advirtió que, no obstante dichas intenciones, el texto del proyecto le plantea algunas prevenciones que consideró necesario hacer presente.

En primer lugar, estimó que la iniciativa plantea un cambio bastante radical en el modelo de persecución de las conductas, lo que plantea una inconsistencia con la fórmula adoptada hace seis años y que se ha desarrollado exitosamente.

Recordó que a partir de la entrada en vigencia del decreto ley N° 211 en el año 1973 hasta la promulgación de la Ley 19.911, el ilícito monopólico tuvo un carácter mixto, pudiendo ser sancionado tanto en forma penal como administrativa.

Para ejercer la acción penal, explicó, el Fiscal Nacional Económico debía recibir una orden de la Comisión Resolutiva (predecesor del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia). En los treinta años que estuvo vigente esta disposición, la Comisión Resolutiva sólo dio esta orden tres veces. De los procesos iniciados producto de dichas ordenes, ninguno terminó en una sentencia condenatoria.

En cambio, agregó, el año 2003 el Congreso Nacional aprobó una reforma legal (Ley N°19.911) que instauró un modelo de persecución administrativa para los ilícitos de libre competencia, dejando atrás un sistema de persecución mixto creado en el año 1973, creando al efecto un tribunal jurisdiccional especial, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), el que junto con la Fiscalía Nacional Económica (FNE), forman actualmente el sistema institucional de defensa y promoción de la libre competencia. En dicha reforma se aumentaron sustancialmente las multas desde diez mil unidades tributarias mensuales hasta veinte mil unidades tributarias anuales. En esa misma línea, el 14 de abril de este año se aprobó por el Congreso Nacional una nueva reforma legal (Boletín 4234-03) que refuerza este sistema de persecución administrativa, al otorgar nuevas facultades a la Fiscalía Nacional Económica en materia de investigación y persecución de carteles, aumentado la sanción pecuniaria para este tipo de conductas a treinta mil unidades tributarias anuales. En estos momentos dicha reforma se encuentra pendiente de aprobación por el Tribunal Constitucional.

Afirmó que la experiencia, hasta ahora, ha sido que el sistema de persecución administrativo con altas multas ha sido más efectivo que el sistema mixto que existió hasta el año 2003.

A continuación, se refirió al principio de proporcionalidad de las penas.

Sobre este particular, sostuvo que la proporcionalidad se refiere a la reacción del Estado frente al delincuente y su hecho, y ofrece interés tanto para determinar la naturaleza de la reacción como su forma. La sanción, expresó, debe ser proporcionada a la gravedad del hecho, a las circunstancias individuales de la persona que lo realizó y a los objetivos político-criminales perseguidos. En otros términos, agregó, la pena, es decir, el tipo de sanción y su extensión, será proporcional a las condiciones que la hacen “necesaria”, y en ningún caso puede exceder esa necesidad.

Así, connotó, durante la tramitación de la Ley N°19.911 se consideró que el aumento de la multa máxima de 10.000 UTM a 20.000 UTA, esto es, aumentarla 24 veces, era razonable desde la perspectiva de la proporcionalidad, sólo en la medida que se eliminaba la pena privativa de libertad. Reiteró que en el proyecto recientemente aprobado en el Congreso se aumentó la multa para carteles desde 20.000 a 30.000 unidades tributarias anuales.

A su juicio, la idea de penalizar los ilícitos de colusión con privación de libertad y, además, con la multa recién indicada hace altamente cuestionable que no se infrinja este principio.

En tercer lugar, manifestó que el tipo penal que plantea consagrar la Moción plantea algunos problemas. Al efecto, recordó que el párrafo final del número 3°. del artículo 19 de la Constitución Política

contiene el principio de legalidad, según el cual “Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella.”

El principio, señaló, se sintetiza en las expresiones latinas universalmente empleadas: nullum crimen, nulla poena, sine legem, es decir, no hay crimen ni pena sin que previamente una ley así lo haya determinado. Este principio, añadió, consagra el imperio de la ley frente a la autoridad que detenta el poder y frente al súbdito; a la primera le señala cuándo y en qué condiciones puede hacer uso del ius puniendi, al segundo le informa cuáles son los comportamientos prohibidos. Para lograr este objetivo, continuó explicando, ley positiva debe cumplir una triple exigencia, que se sintetiza en las expresiones latinas: lex praevia, scripta y stricta.

Resaltó que esta garantía fundamental busca dar certeza a los ciudadanos respecto de qué es lo prohibido penal y administrativamente a fin de que éstos tengan claridad acerca de qué conductas han de evitar y, por tanto, estar seguros de que el resto de las mismas está permitida desde una óptica criminal. De esta forma, se persigue evitar prohibiciones genéricas o difusas que constituyen, en último término, una herramienta de potencial arbitrariedad a ser empleada por la autoridad pública.

Hizo presente que de las tres exigencias del principio de legalidad, la de lex stricta es la que acarrea más problemas para los ilícitos de libre competencia. Indicó que este principio o exigencia de que la ley precise la conducta se denomina “mandato de determinación” o taxatividad, que se vincula con el tipo penal, toda vez que al legislador le corresponde tipificar el delito, o sea, describir los elementos subjetivos y objetivos que conforman la conducta castigada con sanción penal. Subrayó que el principio de tipicidad es un aspecto del mandato de determinación, de modo que las descripciones vagas o demasiado generales no cumplen con el mandato de determinación.

En efecto, manifestó, uno de los problemas que tuvo la antigua redacción del ilícito de libre competencia en nuestro país fue que la descripción del ilícito tenía graves problemas de tipicidad o legalidad. Esto se debe principalmente a dos aspectos intrínsecos de los ilícitos de libre competencia.

Por una parte, los medios por los cuales se puede infringir la libre competencia son innumerables. Así, por ejemplo, un ilícito de colusión puede ser perpetrado a través de numerosas vías (contratos, acuerdos expresos o tácitos, etc.) y puede tener objetos muy diversos (repartición de zonas geográficas, asignación de clientes, repartición de volúmenes, entre muchos), por lo cual resulta necesario una descripción sumamente amplia que podría considerarse vaga o demasiado general.

Por otro lado, el bien jurídico protegido “libre competencia” no tiene un contenido concreto, existiendo numerosas teorías en relación a su contenido, señalándose que éste puede ser la justicia distributiva y la igualdad de oportunidades, la protección de ciertas categorías de competidores, la protección de los consumidores o, incluso, la eficiencia económica en sí, entre otras.

Puso de relieve que este problema de tipicidad fue expresamente abordado tanto en el Mensaje que dio lugar a la Ley N° 19.911, como en la discusión parlamentaria del mismo. Recordó que en la exposición de motivos de esa iniciativa el Gobierno expresó que “Todo tipo penal debe describir las conductas que sanciona de manera precisa, de forma que los sujetos a los cuales se dirige la norma tengan la certeza de aquello que está prohibido por el legislador.”.

Sin embargo, agregó, el escenario actual en el que se desenvuelven los agentes económicos es complejo, por lo que es importante no introducir reglas que señalen per se las conductas que constituyen atentados en contra de la libre competencia. Aseveró que la experiencia mundial indica que hoy cada caso debe ser estudiado en su propio mérito, de acuerdo con sus complejidades y particularidades. Por estos motivos, agregó, resulta aconsejable mantener una norma amplia con ejemplos básicos, para que los integrantes del organismo encargado de conocer las causas decidan, de acuerdo al caso concreto, qué conducta constituye un atentado a la libre competencia.

Aseguró que este enfoque es incompatible con la existencia de una figura penal, en la cual la especificación del tipo es un requisito ineludible, so pena de vulnerar la garantía constitucional establecida en el párrafo final del número 3 del artículo 19 de nuestra Constitución.

Además, añadió, la existencia de figuras penales rara vez ha dado paso a la acción penal y se estima que no ha logrado disuadir las conductas contra la libre competencia.

Como contrapartida a la eliminación del carácter penal, se propone aumentar las multas y hacer responsables solidariamente de su pago a los directores, gerentes o administradores de las empresas que incurrieren en ellas.

Opinó que esta medida va a disuadir en forma más eficaz a los potenciales infractores.

Volviendo al texto de la Moción en análisis, hizo notar que la descripción del tipo penal propuesto contempla una remisión a la letra a) del inciso segundo del artículo 3° del decreto ley N° 2111, de 1973, pero, advirtió, este precepto sólo enuncia, a título meramente ejemplar, algunos ilícitos de libre competencia, que se condicen con la descripción típica del ilícito “universal” de libre competencia que se encuentra en el inciso

primero de esa misma disposición. Es decir, destacó, la propuesta del proyecto realiza una remisión a un literal que sólo es un ejemplo de un ilícito administrativo.

Por lo expuesto, consideró que la descripción de la figura planteada por la Moción no se ajusta al principio de legalidad que rige los tipos penales. Sostuvo que este principio, manifestado en las exigencias propias de la tipicidad es de una importancia trascendental, y citó a Hans Welzel, quien, sobre este punto señala que "La columna vertebral de la determinación legal de un Estado de Derecho reside en la descripción típica mediante la mención de "circunstancias de hecho" y de "características de autor". Características normativas del tipo demasiado generales como "puesta en peligro del bienestar moral" o "puesta en peligro de los intereses públicos más importantes" o "desorden graves" anulan esta función del tipo.

En seguida, se refirió a una posible infracción al principio "non bis in idem".

A este respecto señaló que la prohibición tradicionalmente denominada *non bis in idem* implica, en términos deliberadamente simplificados, significa que nadie puede ser condenado dos veces por un mismo hecho. La garantía material de no ser sometido a *bis in idem* sancionador tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada en cuanto dicho exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de sanciones crea una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente.

Explicó que la Corte Suprema de nuestro país ha sostenido que "el mencionado principio de 'non bis in idem', con arreglo al cual una persona no puede ser procesada ni condenada dos veces por un mismo hecho, para algunos configura una garantía individual innominada, originaria del Derecho Natural y cuyo sustento se halla en el debido proceso legal exigido por el número 3°. del artículo 19 de la Constitución Política y en la idea de que al admitirse una segunda condena por la misma infracción se produce una manifiesta desproporción entre la falta y su castigo".

Adicionalmente, recordó que este principio se encuentra establecido en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, tales como la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que el Estado de Chile tiene el deber de respetar y promover, de conformidad con lo previsto por el inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental.

Expresó que el principio *non bis in idem* se puede plasmar en dos ámbitos, el material y el procesal.

En su vertiente material, dijo, este principio se opone a que un mismo hecho sea sancionado dos veces, es decir, produce sus efectos ex post. Así, no sería posible imponer una sanción administrativa y, luego, una penal o viceversa, si el ilícito es el mismo y la parte imputada también. Si bien esto ocurre en otras materias dentro de nuestro ordenamiento jurídico, el caso de la libre competencia es excepcional dado que las sanciones (multas de hasta veintiún millones de dólares, aproximadamente) las impone un tribunal de justicia (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia), que depende jerárquicamente de la Corte Suprema.

En su arista procesal, agregó, este principio se opone al hecho de que dos órganos persigan a una misma persona por el mismo hecho, dando preeminencia a la persecución penal en caso que así ocurra. De esta manera, sostuvo, en caso de iniciarse dos procesos –uno penal y otro administrativo- el último debe suspenderse mientras se desarrolla el procedimiento penal, por aplicación del principio de prejudicialidad penal. Más aun, acotó, si el tribunal penal impone una sanción, el Tribunal de la Libre Competencia no podría imponer otra respecto del mismo hecho.

En este sentido, concluyó, el Ministerio Público y la Fiscalía Nacional Económica no podrían investigar un mismo hecho dado que se infringirían los derechos del investigado, como tampoco podría el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia conocer de los mismos hechos que está conociendo la justicia criminal. El control de la investigación debería darse, por tanto, a uno de los dos órganos. Al efecto, recordó que el artículo 83 de la Constitución Política entrega al Ministerio Público el monopolio de la investigación de los hechos constitutivos de delitos.

A su juicio, el numeral 2) de la Moción contempla un claro ejemplo de infracción al principio non bis in idem en su aspecto material al señalar que el tribunal deberá enviar de inmediato los antecedentes al Ministerio Público, en el caso que los hechos en que se fundamenta la demanda o el requerimiento sean constitutivos del delito señalado.

Además, planteó la redacción del proyecto no resolvería dudas sobre posibles infracciones del principio non bis in idem en su vertiente procesal, puesto que parece factible que tanto la Fiscalía Nacional Económica como el Ministerio Público persigan, por una parte, el ilícito administrativo -artículo 3, letra a- y, por otra, el nuevo delito -artículo 3 bis-.

Luego formuló algunas consideraciones en relación con la naturaleza de la acción.

Al respecto, connotó que de los delitos surgen las acciones penales y así, según el Código Procesal Penal, los delitos se pueden clasificar en delitos de acción penal pública, acción penal previa instancia particular y acción penal privada.

Indicó que la acción penal es pública cuando el delito que se trata puede ser perseguido de oficio por el Ministerio Público, sin perjuicio de que la acción pueda ser ejercida, además, por las personas que determine la ley. La regla general es que los delitos sean de acción penal pública, excepto que su persecución esté sometida a una regla especial. En tales casos, precisó, se encuentra los delitos de acción penal pública previa instancia particular y los delitos de acción penal privada.

Señaló que el Código Procesal Penal establece que en los delitos de acción penal pública previa instancia particular no podrá procederse de oficio sin que, a lo menos, el ofendido por el delito o a quien la ley le confiera la facultad de actuar por él, hubiere denunciado el hecho a la justicia, al Ministerio Público o a la policía. Efectuada la denuncia exigida por la ley, el procedimiento se tramitará conforme a las reglas generales relativas a los delitos de acción pública.

El régimen que contempla la acción penal privada, por su parte, excluye el ejercicio de la acción penal por otra persona que no sea la víctima. En estos casos, existe un interés privado preponderante que impide la intervención del órgano oficial.

Expuso que, en cuanto a su naturaleza, un ilícito penal de libre competencia, en cuanto afecta el bienestar social y lesiona un bien jurídico de orden público (libre competencia), es un delito de acción penal pública.

Afirmó que, desde un punto de vista formal, el delito propuesto en la Moción en análisis también es un delito de acción penal pública, en tanto no se señala una excepción a la regla general, por lo que debería considerarse una excepción que permitiera a la Fiscalía Nacional Económica el control del ejercicio de la acción penal.

Por otra parte, advirtió que el proyecto no se refiere a la delación compensada ni a una conexión de la inmunidad que se puede otorgar en sede administrativa y sus efectos en sede penal, resaltando que esta referencia resulta vital para que este nuevo sistema de delación de carteles pueda ser efectivo.

Exhortó a abordar este punto y determinar si es posible una conexión de inmunidad o clemencia en materia administrativa con una exención de responsabilidad o atenuante en materia penal.

Explicó que, en efecto, en materia penal la existencia de la delación compensada no redunda en una exención de responsabilidad. De hecho, los casos en que la legislación penal contempla este mecanismo (“cooperación eficaz”) sólo se da como recompensa una atenuante calificada de responsabilidad, como ocurre en la Ley N°20.000, de 2005.

Sostuvo que en caso que opere la delación compensada en materia administrativa (como exención de multas) y luego, por ejemplo, sólo opere como un atenuante para el Tribunal Penal (y no como una eximente), se eliminarían los incentivos para denunciar carteles ante la Fiscalía Nacional Económica, pues nadie se arriesgará a pedir exención administrativa si luego se expone a la cárcel. Aseguró que este esquema sería lapidario para la delación compensada, en cuanto ella supone, como condición esencial, la certeza en la obtención de beneficios como la exención de penas y multas, tanto en el ámbito administrativo como en el penal.

Concluyó su intervención planteando que, si se considera que este sistema recién se está introduciendo a nuestra normativa, el aprobar un ilícito penal en estos términos anularía el mecanismo más exitoso en el resto del mundo para la persecución de carteles y que acá no alcanzaría a funcionar.

° ° °

Haciéndose cargo de las observaciones manifestadas, la Comisión estimó pertinente elaborar algunas redacciones alternativas que podrían contribuir a perfeccionar la Moción.

En virtud de lo anterior, la Comisión consideró las siguientes propuestas:

En primer lugar, agregar al decreto ley N° 211, los siguientes artículos 3° bis y 3° ter. Sus textos son los siguientes:

“Artículo 1°.- Introdúcense las siguientes modificaciones en el decreto con fuerza de ley Nº 1, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2005, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley Nº 211, de 1973:

1.-Intercálanse, a continuación del artículo 3°, los siguientes artículos 3° bis, y 3° ter, nuevos:

“Artículo 3° bis.- Sin perjuicio de lo prescrito en el artículo anterior, los que acordaren u ordenaren la ejecución de acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos, o prácticas concertadas entre ellos, mediante los cuales se fijen precios de venta o de compra de bienes o servicios de primera necesidad, se limite su producción o se asigne zonas o cuotas de mercado, serán castigados con la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados y una multa a beneficio fiscal de treinta mil unidades tributarias anuales.

En el caso de que dichas conductas se cometan mediante un sistema de telecomunicaciones al que se tenga acceso desde el territorio nacional, aun cuando hubieren principado en el extranjero, se entenderán cometidas en Chile. Lo mismo ocurrirá cuando se trate de

comportamientos o actuaciones realizadas en Chile o en el extranjero por medio del uso de sistemas de telecomunicaciones o sistemas de tratamientos de datos, que importen una contribución funcional a la ejecución de dichas conductas o facilitan los medios intelectuales o materiales para cometerlas.

En caso de que mediante las conductas descritas en el inciso anterior se cause perjuicio a los consumidores, las penas serán de presidio menor en su grado medio a máximo.

Se considerará como atenuante de responsabilidad penal muy calificada la colaboración sustancial del imputado al esclarecimiento de los hechos investigados o a la identificación de sus responsables, cualquiera sea la naturaleza o modalidad de su intervención en el ilícito, aún cuando el competidor o agente con que aquél se hubiere vinculado laboral o societariamente, o respecto del cual ejerza o haya ejercido funciones de administración, no haya aceptado responsabilidad, ni hubiere accedido previamente a una reducción o exención de la multa de acuerdo con el artículo 39 bis.

Artículo 3° ter.- Para la investigación del delito sancionado en el artículo anterior, el Ministerio Público podrá solicitar al Juez de Garantía que ordene la interceptación y grabación de las comunicaciones telefónicas o de otras formas de comunicación en que intervengan personas respecto de las cuales existan fundadas sospechas de haber participado o estar participando en la adopción o ejecución de los acuerdos o prácticas concertadas a las que se refiere el artículo 3° bis.”.

En seguida, considerar las siguientes modificaciones al artículo 20:

“a) Intercálase el siguiente inciso tercero, nuevo, pasando los actuales incisos tercero, cuarto, quinto y sexto, a ser, cuarto, quinto, sexto y séptimo, respectivamente:

“Cuando en el ejercicio de sus atribuciones la Fiscalía Nacional Económica tome conocimiento de hechos que pudieran ser constitutivos del delito señalado en el artículo 3° bis, el plazo de 24 horas a que se refiere el artículo 176 del Código Procesal Penal se extenderá hasta antes de la presentación del requerimiento o del archivo de los antecedentes, en su caso.”.

b.- Intercálase, en su inciso cuarto, entre la expresión “artículo 3°” y el vocablo “prescribirán”, la frase “y en el artículo 3° bis”.”.

En tercer lugar, intercálase, en el artículo 39 bis, el siguiente inciso tercero nuevo, pasando los incisos tercero, cuarto, quinto y sexto, a ser cuarto, quinto, sexto y séptimo, respectivamente:

“La Fiscalía Nacional Económica podrá reconocer la comparecencia de esta minorante en la conducta del infractor, pero la determinación de su procedencia o valoración le corresponderá siempre al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia o a los tribunales ordinarios con competencia en lo criminal, en sus respectivos casos.

Finalmente, sustituir su artículo 2° por el siguiente:

“Artículo 2°.- Agrégase, en el artículo 6º del Código Orgánico de Tribunales, el siguiente numeral 11, nuevo:

“11 Los sancionados en el artículo 3º bis del decreto con fuerza de ley Nº 1, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2005, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley Nº 211, de 1973.”.”.

**Informes en Derecho**

Teniendo presente la trascendencia de las modificaciones propuestas por la Moción y con el objeto de disponer de antecedentes doctrinarios que sirvieran a los miembros de la Comisión a adoptar las decisiones a su respecto, se resolvió solicitar informes a los profesores de Derecho Penal y de Derecho Procesal, señores Juan Ignacio Piña, Héctor Hernández y Julián López.

A estos especialistas se les pidió su parecer general sobre la iniciativa y, especialmente, su opinión sobre los siguientes aspectos que han surgido del debate desarrollado en la Comisión.

1.- ¿Debe el tipo penal que se crea en este proyecto ser distinto a la figura que describe la letra a) del artículo 3° del decreto ley Nº 211?

2.- Si se va a construir un tipo penal específico para sancionar las conductas de colusión ¿cuál habría de ser el elemento o criterio que debe distinguir al tipo penal de la infracción administrativa que investiga la Fiscalía Nacional Económica?, ¿Le parece adecuado establecer que dicho criterio sea que las conductas de colusión “afecten a bienes o servicios de primera necesidad”?

3.- ¿En qué momento se configuraría el delito: (1) cuando se celebra el pacto que da origen a la colusión, (2) cuando dicho pacto se pone en ejecución o, (3) sólo cuando éste ha producido un efecto o resultado?

4.- Por otra parte, si se considera que estas conductas merecen un reproche social y penal pues afectan el funcionamiento del mercado en su conjunto, ¿cree usted que el elemento “otorgar un poder de

mercado” debe formar parte del tipo penal, siguiendo de esta manera el criterio que ya está establecido para la letra a) del artículo 3° del decreto ley Nº 211?.

5.- El Congreso Nacional ha aprobado recientemente un proyecto de ley que modifica el decreto ley Nº 211. Dicha iniciativa se encuentra actualmente en el trámite de control ante el Tribunal Constitucional. Una de las modificaciones ya aprobadas, permite sancionar con una multa de 30 mil Unidades Tributarias Anuales a quienes infringen la letra a) del artículo 3° de dicho decreto ley (ver página 17 del texto comparado). Si se establece una sanción penal para castigar la colusión ¿le parece adecuado consagrar una multa por un monto equivalente al indicado? ¿Alteraría el monto de dicha multa algún principio de política penal?

6.- Hay consenso en la Comisión sobre la utilidad de la delación compensada como mecanismo para desarticular carteles. A partir de lo anterior, ¿Cómo evitaría usted, si se construye una nueva figura penal y se le dan atribuciones al Ministerio Público para investigar, que lo anterior no desincentive la delación compensada que establece el artículo 39 bis del decreto ley Nº 211?.

7.- ¿En qué momento debe la Fiscalía Nacional Económica comunicar al Ministerio Público que se ha cometido el delito de colusión: (1) Inmediatamente que tome conocimiento de que se ha cometido, (2) sólo cuando haya agotado la investigación administrativa, o (3) resulta más acertado permitir que tanto la Fiscalía Nacional Económica como el Ministerio Público puedan simultáneamente realizar la investigación y finalmente, si hay algún inconveniente de establecer una acción pública para perseguir este tipo de delitos?

Los mencionados profesores hicieron llegar sendos informes, de los cuales a continuación se reseña sus contenidos principales.

**Informe del profesor Juan Ignacio Piña**

Como consideración de orden general, el profesor Piña señaló, primeramente, que el gran problema que presentan incriminaciones de la naturaleza propuesta en la Moción —que constituyen lo que en derecho comparado se conoce como formas de delincuencia socio-económica—, es que se refieren a sectores ampliamente regulados administrativamente y en que se aprecian órganos con amplios poderes sancionatorios. En este caso, las atribuciones conferidas a la Fiscalía Nacional Económica dan cuenta de ello.

Hizo presente que esto implica que la incorporación de delitos que se refieran a estas conductas, además de sanciones penales, suelen dar origen a sanciones (a menudo bastante cuantiosas) en sede administrativa. Al efecto, recordó el ejemplo de las sanciones impuestas en el

llamado caso “Chispas” en que, de haberse utilizado las figuras penales se habrían sumado las multas administrativas a penas privativas de libertad.

Como primera cuestión, por lo tanto, planteó la necesidad de definir cómo interactuarán las sanciones penales con las sanciones administrativas que puede imponer la Fiscalía Nacional Económica de modo de evitar la infracción del conocido principio de ne (o non) bis in idem.

Dijo que para ello existen básicamente tres formas de enfrentar este problema. Una primera consiste en diferenciar las conductas que darán lugar a sanciones penales de aquellas que se sancionarán administrativamente. En este caso, podría dejarse a la administración la sanción de la colusión de precios de bienes comunes reservando la sanción penal para aquella que afecta bienes de primera necesidad. Así, acotó, se estarían diferenciando los ilícitos en el plano de la conducta y no podría ocurrir que se sancionara dos veces (una en sede penal y otra en sede administrativa) el mismo hecho. Una segunda manera es diferenciar según la cuantía (el resultado) de la colusión. De este modo es diferente una colusión entre dos actores muy menores (dos almacenes de barrio) y la que involucre a dos o más cadenas de supermercados. Desde tal perspectiva si se abandonara la distinción al efecto ocasionado en los consumidores la segunda sería objeto del Derecho penal, mientras que la primera no (a pesar de que ambas conductas serían estructuralmente idénticas).

Expresó que una tercera posibilidad sería no diferenciar entre las conductas ni los efectos, pero establecer que un sistema de sanciones prima sobre el otro. En términos sencillos, esto implicaría que tanto el Ministerio Público como la Fiscalía Nacional Económica conocerían de los mismos hechos, pero en caso que ambos quisieran sancionar (ambos estimaran que se han infringido las normas y que el hecho se encuentra dentro de la esfera de sus atribuciones) la ley definiera con antelación cuál de las sedes tiene prelación sobre la otra. En estos casos, lo que se hace habitualmente es que la sede penal prima sobre la administrativa por dos razones. En primer lugar, porque tiene las sanciones más violentas. En segundo lugar, porque el injusto administrativo sería absorbido por el penal que lo incorporaría dentro de su desvaloración del hecho.

Advirtió que de ninguna de estas cuestiones se ocupa en este momento el proyecto, por lo que con la actual redacción es de anticipar que se producirá frecuentemente una doble sanción tanto en el ámbito administrativo como en el penal.

Luego abordó ciertas cuestiones particulares y formuló algunos comentarios respecto de las redacciones alternativas propuestas para perfeccionar la Moción.

Estimó razonable la propuesta de establecer un tipo autónomo que diferencie las conductas objeto de persecución penal y las que

recibirán una sanción administrativa. Opinó, asimismo, que la selección del criterio de “bienes de primera necesidad” incorpora un desvalor adicional que permite adecuadamente hacer la distinción. Sin embargo, connotó que el concepto normativo “bienes o servicios de primera necesidad” solo podrá ser dotado de contenido por medio de la jurisprudencia (¿el pan?, ¿el azúcar?, ¿los medicamentos? ¿todos los medicamentos?) y es poco probable que si el legislador intentare una enumeración ejemplar alcance buenos resultados.

Sin perjuicio de lo anterior, sostuvo que la multa propuesta es demasiado rígida y ello puede redundar en inaplicación o en situaciones de injusticia. Consideró preferible dotar de un cierto marco que se pueda recorrer atendiendo la concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes. Propuso para ello modificar el texto en el siguiente sentido “…y una multa a beneficio fiscal de hasta treinta mil unidades tributarias anuales”. A este respecto, no divisó problema en que el monto de la multa (que es alta) coincida con la modificación propuesta por el Congreso (pregunta 5), toda vez que el mayor injusto penal se ve reflejado por la incorporación de la pena privativa de libertad. Por otra parte, el marco penal de la figura base es demasiado amplio (va desde los 61 días hasta los 5 años). Probablemente sea mejor fijar un marco menor, por ejemplo presidio menor en su grado medio (541 días a 3 años) y tener un buen sistema de agravaciones (por reiteración o reincidencia). No hay que perder de vista que desde la perspectiva de la obtención de beneficios de cumplimiento alternativo (ley 18.216), ambas penas lo permiten y que el efecto disuasivo también lo producirá la multa.

A continuación, se refirió a la propuesta referida a la cualificación por el resultado (causar un perjuicio a los consumidores), caso en el cual se agrava la pena. Al respecto hizo dos consideraciones.

La primera, indicó, es que habitualmente la forma de protección de este tipo de bienes jurídicos es la llamada “técnica de incriminación de peligro abstracto”. De este modo, se renuncia tanto a la ocurrencia de un resultado (perjuicio de los consumidores) como de la efectiva generación de un peligro para ellos (delito de peligro concreto). Sin entrar en los detalles técnico-jurídicos de esta cuestión, señaló que la pregunta que debe hacerse es ¿para qué hacer relevante la existencia de un perjuicio? ¿Es necesario? Explicó que los delitos de peligro abstracto prescinden de dicha cuestión pues estiman que la conducta (en este caso la colusión, es intrínsecamente peligrosa y por ello no es necesario que se ocasione un perjuicio).

La segunda apunta a que, al incorporarse la consideración del perjuicio, se está estableciendo una cualificación por el resultado (el hecho de causar el perjuicio implica una pena distinta), lo que muchas veces es criticado por su prescindencia de aspectos subjetivos (dolo). Sin perjuicio de estas cuestiones, más relevante le pareció la pregunta de si se quiere efectivamente entrar en la discusión del perjuicio a los consumidores. En un ejemplo, alguien podría argumentar que luego de una

irracional “guerra de precios” (como la que libraron las principales cadenas de farmacias) incluso con la colusión entre ellas no se ocasionó un perjuicio porque en realidad los precios terminaron ajustándose a los precios de un mercado en buen funcionamiento. Sobre esta base, consideró irrelevante el punto y propuso, entonces, prescindir del inciso tercero del artículo 3 bis.

En razón de lo anterior, a la pregunta número 3 transcrita más arriba, contestó que el momento de consumación del delito debe ser el de la puesta en ejecución de las maniobras colusivas. Para fundar su respuesta, aportó tres razones: (1) porque la propuesta debería prescindir del resultado de perjuicio, incriminando el peligro abstracto de la conducta; (2) porque la incriminación del peligro abstracto ya es una anticipación punitiva (se castiga antes de producirse cualquier daño) y si se estableciera el momento consumativo a la celebración del pacto se produciría una “anticipación de la anticipación”, y (3) porque la naturaleza del pacto es la de un acto preparatorio que por regla general debe permanecer impune y la incriminación del peligro ya parece una anticipación suficiente político criminalmente.

Respecto de la pregunta siete, esto es, cuándo debe la Fiscalía Nacional Económica comunicar al Ministerio Público la existencia de un delito, afirmó que en ella hay involucradas dos cuestiones distintas. En primer lugar, a su juicio no hay problema alguno en que tanto la Fiscalía como el Ministerio Público estén conociendo al mismo tiempo de los hechos. Ello, muy especialmente si las conductas sancionadas van a ser diferentes. Sin embargo, precisó, eso poco tiene que ver con la obligación de denuncia de la Fiscalía. En lugar de establecer a priori un momento en que debe hacer la denuncia, consideró más razonable que se otorgue una cláusula general que diga que “Cuando la Fiscalía Nacional Económica estime que los hechos pueden revestir caracteres de delito, deberá comunicarlo al Ministerio Público para que se dé inicio a la correspondiente investigación penal”. Si eso ocurre al momento mismo de recibir los antecedentes, durante su investigación, o agotada ésta, no parece relevante (ni posible de determinar a priori por el legislador).

En cuanto a la posibilidad de conceder acción pública para estos hechos, no le pareció que ello sea necesario. Aseguró que cualquier ciudadano puede hacer la denuncia, pero, en su opinión, parece ser suficiente que la acción la pueda ser ejercida por el Ministerio Público o la Fiscalía Nacional Económica. Lo contrario, agregó, alentará las querellas mediáticas de particulares o parlamentarios que, más allá de transformarse en hechos públicos o políticos, en nada colaboran al proceso judicial

Por otra parte, expresó que la incorporación del concepto de “poder de mercado” utilizado en la ley no debería incluirse en el tipo penal. Se trata, aseguró, de un concepto normativo extremadamente poroso que solo dificultaría la interpretación. Añadió que su contenido no podría sino entregarse a los tribunales de justicia, los que podrían llenarlo de cualquier modo.

Adicionalmente, manifestó que sería conveniente incorporar una regla de reiteración y reincidencia fuerte que permitiera un significativo incremento de las penas en caso de repetir la conducta colusiva. Propuso para tales efectos la siguiente redacción: “En caso de reiteración de las conductas sancionadas por el artículo 3 bis de esta ley la pena podrá aumentarse en uno o dos grados y la cuantía de la multa duplicarse”. “La misma regla se aplicará en el caso de reincidencia en el mismo delito dentro de los cinco años siguientes a la dictación de la sentencia de término”.

Comentó que lo propuesto por el artículo 3 ter resulta superfluo puesto que esa es una facultad que ya existe conforme a las reglas generales.

Por último, para evitar el desincentivo de la delación compensada en caso de una investigación por parte del Ministerio Público, planteó incorporar una norma que impida al Ministerio Público utilizar la delación realizada por el investigado ante la Fiscalía Nacional Económica. Así, dijo, esas declaraciones no servirán como antecedentes que el Ministerio Público pueda llevar al Juicio Oral, principio que se utiliza en caso de que se aborte un juicio abreviado, en el cual el reconocimiento verificado por el imputado no puede usarse en el juicio oral que posteriormente se lleve a cabo. Sugirió, al efecto, una redacción del siguiente tenor: “Para el caso de que la conducta investigada fuere constitutiva de delito, el Ministerio Público no podrá servirse de las declaraciones que ante la Fiscalía Nacional Económica haya realizado el imputado de conformidad con el artículo 39 bis de la presente ley”.

**Informe del profesor Héctor Hernández**

Por tratarse de materias íntimamente relacionadas, que merecen un tratamiento conjunto que permita apreciar mejor el contexto de la discusión, el profesor Hernández agrupó sus respuestas a las preguntas 1, 6 y 7 del siguiente modo:

En relación con la pregunta en torno a si debe diferenciarse entre el ilícito penal y el ilícito administrativo (pregunta 1), señaló que ella puede abordarse al menos desde tres perspectivas diferentes: una técnica, referida a la precisión que se le exige a la redacción de un tipo penal; otra de fondo, referida al *plus de disvalor* que debería exhibir el ilícito penal frente al ilícito extrapenal; y otra, también de fondo, consistente en la necesidad de evitar un *bis in idem* (doble sanción por un mismo hecho con el mismo fundamento) que se considera inconveniente, cuando no abiertamente inadmisible.

Respecto de la primera cuestión técnica, sostuvo que sin duda parece preferible, por diversas razones, evitar el método de la simple remisión a la prohibición administrativa del artículo 3º, pero

especialmente por la necesidad de explicitar con claridad y precisión la conducta típica, haciéndose cargo, entre otros aspectos, por ejemplo, del momento consumativo del delito, aspecto que no por casualidad ha generado dudas en la Comisión.

En cuanto al *plus de disvalor* del delito, en cambio, señaló que se trata de una decisión eminentemente política. Connotó que el proyecto ya realiza una selección importante de las conductas que, de entre todas las que son contrarias a la libre competencia (todas las del art. 3º), merecerían sanción penal (sólo las del artículo 3º, letra a]). Observó que decidir si es necesaria una restricción adicional es una cuestión opinable, a la cual se referirá más adelante. En todo caso, indicó, no hay nada de anómalo en que el ilícito penal coincida plenamente en una parte con el administrativo (más aún, es lo normal atendido el carácter fragmentario del Derecho Penal: del conjunto de lo ilícito administrativo se seleccionan las hipótesis más graves que se elevan a la categoría de ilícito penal), desde luego porque este último es aplicable también a las personas jurídicas, porque a su respecto no son aplicables exactamente todas las restricciones características del Derecho Penal (causas eximentes en razón de falta de culpabilidad, estándares de prueba, etc.). Resaltó que lo realmente relevante en estos casos es que se impida el *bis in idem*, con lo que se arriba al tercer aspecto de la pregunta.

Manifestó que no es del todo claro que el principio *ne bis in idem* tenga jerarquía constitucional en el ordenamiento jurídico chileno, no obstante lo cual se considera crecientemente que su respeto constituye una exigencia de racionalidad y justicia que debería ser considerada en todo caso por el legislador democrático. Afirmó que lamentablemente esto no ha ocurrido todavía en Chile, siendo ésta, sin embargo, una buena oportunidad para ir construyendo un esquema que sirva de modelo para una futura solución integral. Al respecto, agregó lo siguiente:

a) Todo indica que debe reconocerse el *primado del Derecho Penal*: si no se puede castigar dos o más veces por el mismo hecho y por el mismo fundamento, desde un punto de vista valorativo es incontestable que la sanción que debe privilegiarse es aquélla que para el ordenamiento jurídico es más relevante y tiene un fundamento más grave, cual es la penal. La posibilidad de que en ausencia de ley alguien pueda eximirse de responsabilidad penal porque previamente ha sido sancionado administrativamente (lo que, por lo demás, pudo ser propiciado calculadamente por el propio imputado) es a todas luces grotesca, en tanto que la eventual consagración de esa solución por ley implica reconocer que la incriminación carece de fundamento serio y que debe prescindirse de ella. Si se asume seriamente la opción penal, la única solución posible es que la pena prime por sobre la sanción administrativa.

b) Ahora bien, no basta con consagrar el principio, sino que su eficacia práctica debe garantizarse *procesalmente*. Esto se logra generalmente

prescribiendo la *inhibición o suspensión del procedimiento sancionatorio administrativo* hasta el término del procedimiento penal, con obligación de devolución de los antecedentes cuando este último procedimiento concluye sin condena pero por razones no oponibles en sede administrativa. Esta es la solución, por ejemplo, en el derecho alemán (§§ 21 y 40 a 44 OWiG). A esto habría que agregar los mecanismos que permitan asegurar el éxito y las consecuencias de un eventual ulterior procedimiento administrativo.

De esta forma, continuó explicando, no sólo se logra el propósito de impedir el *bis in idem*, sino que, en buena medida, se resuelven consecuencialmente varias de las consultas de la Comisión, a saber:

a) Si el procedimiento penal tiene prioridad, el Ministerio Público puede desde luego actuar de oficio, en tanto que la Fiscalía Nacional Económica, como cualquier órgano público, debe poner los antecedentes a disposición del órgano de persecución penal apenas aparezcan indicios de delito (pregunta 7).

b) Por lo mismo, el mecanismo de *delación compensada* debe preverse expresamente para ser aplicado también por el Ministerio Público y los tribunales con competencia criminal, sin perjuicio de que pueda valer para esos efectos lo que se hubiera alcanzado a revelar en sede administrativa. Si la existencia de sanciones penales puede ser un desincentivo para el mecanismo, es simplemente el precio a pagar por la decisión política en favor de la incriminación, a lo que, por lo demás, se puede hacer frente aumentando el beneficio ofrecido y con ello el incentivo (se trata, en todo caso, de un problema común a todo mecanismo de delación compensada). Desde luego, puede mantenerse también como mecanismo aplicable en sede administrativa (pregunta 6).

c) La alternativa de entregar la decisión de persecución penal a la Fiscalía Nacional Económica o al Tribunal de la Libre Competencia o a otro órgano de la administración (consagración de un régimen de acción penal pública previa instancia particular) es la mejor manera de anular el delito que se quiere establecer. La práctica bajo el régimen procesal original del decreto ley 211, que precisamente consagraba ese modelo, lo demostró palmariamente: jamás se persiguió penalmente una práctica colusoria en Chile. Y esto por razones muy simples, que tienen que ver especialmente con los distintos intereses estratégicos y políticos de los órganos involucrados. Como fuera, de todos modos se trataría de una facultad discrecional totalmente injustificada. Los delitos de acción pública “previa instancia particular” (que aquí es del Estado) se justifican en general para proteger a una víctima que puede verse menoscabada adicionalmente por la investigación, lo que en este caso manifiestamente no ocurre (pregunta 7).

d) Ahora bien, si se prescinde del poco presentable modelo de decisión discrecional de la administración consagrado en el Código Tributario y en la Ordenanza de Aduanas, que sólo se explica como eficiente medio de coacción fiscal, sin justificación alguna desde un punto de vista penal, la única razón que podría esgrimirse para diferir al menos en principio el procedimiento penal sería que la especificidad técnica de la materia requiere un cierto examen especializado previo para descartar delitos sólo aparentes y evitar daños injustificados a la imagen de las empresas involucradas, lo que es atendible, pero sólo en la medida en que en definitiva la valoración jurídico-penal de los antecedentes preliminares obtenidos en sede administrativa y la decisión de persecución corresponda a los órganos competentes en materia penal, como ocurre, por ejemplo, en el régimen penal aduanero portugués (DL Nº 20-A/1990, de 15 de enero). Más aún, incluso podría pensarse en una decisión fundada del órgano administrativo que sea en principio vinculante para el sistema penal, pero sujeta naturalmente a la posibilidad de revisión (pregunta 7).

e) Se podrá apreciar que lo que subyace a esta discusión es, además de distintos intereses políticos, la sospecha de que lo potencialmente punible es mucho más que lo que se quisiera, de modo que se temen persecuciones penales excesivas e inconvenientes. Sin perjuicio de que el sistema penal cuenta, especialmente desde la reforma procesal penal, con importantes mecanismos de selección de casos y con salidas alternativas que se han usado fuertemente en el ámbito de la delincuencia económica, debe hacerse notar que en rigor ese problema sólo se soluciona verdaderamente con una descripción precisa de la conducta punible, con lo cual se llega de vuelta a las dos primeras dimensiones de la pregunta inicial.

Luego el profesor señor Hernández se refirió a la cuestión planteada en la pregunta número 2. Sobre ella, puso de relieve que probablemente la propuesta de restringir la extensión del tipo a prácticas ilícitas que recaen sobre “bienes o servicios de primera necesidad” sugiere un criterio de distinción ciertamente plausible (lo emplea por lo demás, aunque sólo con fines de agravación de la pena, el Código Penal en el artículo 286, tal como ocurre también en España y en otros países), pero tiene el inconveniente de la excesiva vaguedad. Se preguntó si constituye un servicio de primera necesidad la televisión por cable o satelital, internet o la telefonía móvil, los pasajes en bus o en avión; si son bienes de primera necesidad los automóviles, los computadores o los electrodomésticos, por ejemplo.

Manifestó que todo indica que en casos concretos una conducta respecto de estos bienes o servicios puede considerarse tanto o más intolerable que otra relativa al pan, al té o a los medicamentos, lo que sugiere que el ejercicio debería hacerse a la inversa, esto es, tratando de definir qué es lo que no se quiere incluir. Es probable, agregó, que la respuesta no se encuentre en el tipo de prestación, sino en la idoneidad de la

conducta para incidir de un modo relevante en los precios de mercado (sin caer en la exigencia de un efecto que deba comprobarse en el caso concreto).

En relación con la pregunta número 3, señaló que el momento consumativo de cada delito depende de los términos en que está redactado. En el caso en análisis (entendiendo la prohibición de la letra a] del artículo 3º como si fuera un tipo penal), expresó que lo que está totalmente descartado es que se deba esperar para ello un efecto en el mercado. Siguiendo el modelo inaugurado en los Estados Unidos por la *Sherman Act* de 1890, la prohibición del decreto ley N° 211, de 1973, está redactada como un *tipo de mera actividad*, que no requiere para su consumación que se produzca ningún resultado, lo que constituye la gran diferencia con tipificaciones tributarias del modelo francés, que exige efectiva alteración de precios, y que, por ejemplo, subsiste en el artículo 285 de nuestro Código Penal.

Aclaró que es discutible decidir si, en un modelo como éste, basta la celebración del acuerdo o se requiere que éste se ponga en ejecución. En todo caso, añadió, la letra de la ley vigente sugiere claramente lo primero, aunque probablemente lo más razonable en la perspectiva de una revisión del tipo penal sea que para la consumación el acuerdo se haya empezado a ejecutar, aunque sea mínimamente. Es lo que ocurre, por ejemplo, en el derecho alemán con el § 298 StGB (colusión en licitaciones), que requiere que se “haga una oferta” fundada en un pacto colusorio.

Haciéndose cargo de la consulta número 4, aseveró que la exigencia consistente en que las conductas le otorguen a los agentes “poder de mercado” (prevista en el art. 3º letra a] recientemente aprobado) es altamente inconveniente. Desde luego porque, sin perjuicio de lo que se acaba de decir, en parte convierte al tipo en un delito de resultado, porque no bastaría con la realización de la conducta típica, sino que se requeriría que la misma confiera efectivamente poder de mercado, lo que, unido a la extraordinaria vaguedad de la fórmula, haría prácticamente imposible la aplicación de la norma. Si lo que se quiere es excluir del ámbito típico conductas en principio típicas pero inocuas o insignificantes desde un punto de vista de mercado, debe preferirse otra redacción, como, por ejemplo, una que haga referencia a la idoneidad de la conducta para afectar los precios de mercado. Subrayó que idoneidad es potencialidad, es decir, bastaría con una valoración *ex ante*, sin que sea necesario comprobar lo que apenas es comprobable.

Explicó, además, que se trata de una exigencia injustificada desde el punto de vista del fin de protección de la norma. En efecto, aclaró, la prohibición de la letra a) del art. 3º persigue nítidamente la protección directa de los *consumidores* (o en general a la contraparte) y no del resto de los competidores ni de una idea abstracta como es la del “mercado en su conjunto”, como ocurre, en cambio, con las demás prácticas descritas en el artículo 3º (nótese que en los demás casos la frontera con la llamada competencia desleal se vuelve borrosa). Por lo mismo, agregó, una exigencia

fundada en intereses ajenos a los de los consumidores resulta disfuncional y contradictoria. Por cierto, puede aceptarse, como se ha sugerido recién, que tal vez sea necesaria una restricción para excluir los casos insignificantes, pero esto debería hacerse desde la propia lógica de la protección de los consumidores, no desde lógicas ajenas.

Respecto de la multa de hasta 30.000 unidades tributarias anuales, que al día de hoy equivale a más de 13 mil millones de pesos, y a que se alude en la pregunta número 5, señaló que los problemas desde un punto de vista penal son dos.

Por una parte, planteó que puede considerarse una pena *desproporcionada*, considerando que el límite general de multas en el Código Penal (art. 25) para crímenes es de 30 UTM (poco más de un millón de pesos), en tanto que para simples delitos, cual sería este caso, es de 20 UTM (poco más de $ 730.000). Esos límites no son absolutos, como la propia norma que los impone reconoce, pero el exceso es tan acusado que puede resultar objetable. Ya puede serlo en el ámbito administrativo, pero lo es más en el ámbito penal, por tratarse exclusivamente de penas a personas naturales y por la posibilidad de conversión de la multa impaga en privación de libertad por hasta seis meses (art. 49 del Código Penal). Hizo notar que en los Estados Unidos la multa máxima para personas naturales es de un millón de dólares (15 U.S.C. § 1), mientras que en Chile podría llegar a más de 24 millones de esa moneda. Todo indica, aseguró, que debiera hacerse una distinción. En lo demás, indicó que se trata de una cuestión opinable, sin que sea claro que la norma sea impugnable por inconstitucionalidad desde el punto de vista de principio de proporcionalidad, sobre todo a la luz de la pobre jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno al respecto.

Por otro lado, puso de relieve que probablemente lo más objetable de la multa sea que, por su desmesurada amplitud, resulta en buena medida *indeterminada*, contraviniendo de ese modo el sentido de la garantía de legalidad o reserva en materia penal (artículo 19, número 3°, inciso séptimo, de la Constitución Política), pues difícilmente un marco legal que va de un peso a trece mil millones de pesos puede brindar alguna orientación a los destinatarios de la norma. Afirmó que este inconveniente se puede superar estableciendo distinciones de gravedad que correspondan a distintos grados al interior del marco. Esto mismo ayudaría a despejar al menos en parte el reproche de desproporción.

**Informe del profesor Julián López**

El mencionado especialista aclaró, en primer lugar, que daría a conocer su parecer en relación con las preguntas planteadas por la Comisión que se relacionan más directamente con el área de su

especialidad, esto es, el Derecho Procesal Penal, sin perjuicio de exponer algunas ideas generales sobre la materia consultada.

De esta forma, hizo presente que, en el actual estado de la legislación chilena, proponer que se sancionen penalmente las prácticas restrictivas de la libre competencia supone variar desde un *modelo de protección limitado al derecho administrativo sancionador* a un *modelo de protección conjunta*, en el cual dichas prácticas serán sancionadas tanto administrativa como penalmente. Explicó que el primer problema que plantean los modelos de protección conjunta es la potencial afectación del *principio de proporcionalidad*, que se produciría si se incurre en una reacción excesiva desde el punto de vista punitivo, esto es, si se termina imponiendo una sanción mayor de la que resultaría necesaria para satisfacer los fines que se persiguen con la imposición de la pena. Destacó que si se considera que el derecho penal y el derecho administrativo sancionador son dos manifestaciones de un mismo poder punitivo del Estado, la aplicación de ambos tipos de sanciones a una misma conducta exige alguna justificación desde el punto de vista de su necesidad, toda vez que es posible que una sola sanción sea capaz de cumplir tanto la función del derecho administrativo sancionador como la función del derecho penal.

En relación con la pregunta número 5, expresó que una afectación del principio de proporcionalidad es especialmente probable cuando, en un primer momento, la ley ha considerado el establecimiento legal de una sanción administrativa como expresión única de la potestad punitiva del Estado, y luego se decide añadir una nueva sanción, de carácter penal, que no estuvo originalmente en los cálculos de proporcionalidad del legislador al momento de prever la sanción administrativa para esa misma conducta.

Afirmó que, en el presente caso, eso es precisamente lo que ocurre. Recordó que tanto el Mensaje que dio lugar a la ley Nº 19.911 como la historia de su tramitación y debate estuvieron inspirados en la idea de “sustituir el carácter penal de la ley vigente, por mayores multas y la responsabilidad solidaria de los ejecutivos involucrados en las acciones contrarias a la libre competencia”.

De esta manera, continuó exponiendo, las multas originalmente previstas por el decreto ley N° 211, de 1973, que alcanzaban hasta *ciento cincuenta sueldos vitales anuales, escala A) del departamento de Santiago,* pasaron a ser de *hasta veinte mil unidades tributarias anuales* y se previó que los directores, administradores y aquellas personas que hubieren participado en el acto y se hubieren beneficiado del mismo, responderían solidariamente de su pago (art. 26 legislación vigente). Hizo notar, asimismo, que la reciente modificación del artículo 26 –discutida, también, en el entendido de que no existiría sanción penal- ha elevado las multas aplicables a las conductas de la letra a) del artículo 3º *hasta treinta mil unidades tributarias anuales*. En estas circunstancias, agregó, añadir como sanción penal a esas mismas conductas una sanción penal privativa de libertad,

constituiría, en su opinión, una clara situación de infracción al principio de proporcionalidad por reacción excesiva del sistema penal.

En cuanto a la pregunta número 1, afirmó que, para evitar esta reacción eventualmente excesiva, resulta necesario establecer un tipo penal distinto de la figura que se describe en la letra a) del artículo 3º del decreto ley Nº 211, lo que en el derecho comparado se logra fijando criterios de delimitación entre el ilícito administrativo y el ilícito penal, de modo tal que la consideración de una nueva sanción resulte justificada como proporcionada a una conducta diferenciada de la que aparece cubierta por la sanción administrativa. Estos *criterios de delimitación*, dijo, pueden ser cuantitativos, esto es, la sanción penal sólo se aplica cuando el perjuicio ocasionado resulta de cierta entidad, o bien *cualitativos,* es decir, la sanción penal sólo se aplica cuando la conducta satisface un elemento adicional de desvalor que justifica su calificación como ilícito penal, la que puede consistir en la concreta afectación de los intereses protegidos, la importancia de los bienes o servicios afectados o la afectación de otro bien jurídico penalmente relevante.

Ahora bien, agregó, la existencia de una delimitación adecuada entre el injusto penal y la infracción administrativa garantiza que en la tipificación de la conducta no se infrinja el *principio de proporcionalidad* pero no impide que en un caso concreto se termine aplicando una doble sanción por un mismo hecho, ya que quedarán subsistentes planos de superposición, donde la infracción penal seguirá siendo, a su vez, una infracción administrativa. Advirtió que aquí entra en juego el principio *non bis in idem* que se entiende violentado cuando, como consecuencia de la comisión de un único comportamiento ilícito, se impone a la persona responsable más de una sanción.

Luego citó al Tribunal Constitucional Español para explicar que existe violación del principio *non bis in idem,* cuando entre ambas sanciones existe “identidad de sujeto, hecho y fundamento”. De esta forma, según la misma Magistratura, “no se contravendrá la prohibición de *bis in idem:* a) cuando por unos mismos hechos se imponga una sanción a un sujeto y otra a otro sujeto distinto; b) cuando se imponga más de una sanción a un mismo sujeto por la comisión de diversos hechos ilícitos; y c) cuando se sancione doblemente a un mismo sujeto por unos mismos hechos siempre que el fundamento de la imposición de cada una de las sanciones sea diferenciado”.

Puso de relieve que el principio *non bis in idem* tiene una expresión *material* y otra *procesal*. En su vertiente material, según Garberí y Buitrón, el principio “despliega su eficacia *ex post…* impidiendo la imposición de una nueva sanción cuando se haya impuesto una sanción, penal o administrativa, con anterioridad al momento en que se esté desarrollando un procedimiento sancionador donde se enjuicien unos mismos hechos cuya comisión se impute a un mismo sujeto y donde exista una identidad de fundamento punitivo”. En su vertiente procesal, despliega su eficacia *ex ante,* eliminando la posibilidad de que un mismo hecho antijurídico

*pueda ser simultáneamente enjuiciado* por los órganos penales y por los órganos de la Administración sancionadora.

Respecto de la pregunta número 7, expuso que el respeto al principio *non bis in idem* en su vertiente procesal, impone la preeminencia del procedimiento penal por sobre el procedimiento administrativo o, dicho de otro modo, la prejudicialidad del proceso penal respecto de la acción sancionadora de la Administración. La prejudicialidad penal, afirmó, "significa que en caso de existir un hecho administrativa y penalmente relevante debe iniciarse primero el proceso penal, y que, en caso de haberse iniciado un procedimiento administrativo sancionador, éste debe suspenderse hasta que termine el proceso penal".

Planteó que, para evitar que se produzca, entonces, una infracción del principio non bis in idem, el proyecto de ley que se discute debería impedir que se desarrollen simultáneamente una investigación penal y una investigación administrativa, estableciéndose la preeminencia del procedimiento penal por sobre el procedimiento administrativo, tal y como lo establece el artículo 55 de la Ley de Defensa de la Competencia Española, al prescribir que: *"La instrucción de proceso penal ante los Tribunales de Justicia suspenderá la resolución del expediente administrativo que hubiera sido incoado por los mismos hechos".* En esta hipótesis, acotó, la investigación administrativa debería quedar suspendida en tanto no exista sentencia penal ejecutoriada, permitiéndose su continuación sólo en el evento de sobreseimiento o absolución en materia penal.

Sostuvo que establecer la prejudicialidad penal, en este caso, solucionaría un sinnúmero de problemas que genera la pretensión de asignar a dos organismos públicos distintos la investigación de unos mismos hechos.

Enseguida, para ayudar a comprender esta posición, enumeró algunos ejemplos de los problemas que una doble investigación generaría,:

> 1º) Al reconocerse a dos órganos públicos distintos (el Ministerio Público y la Fiscalía Nacional Económica) la posibilidad de decretar las mismas medidas intrusivas, sometiéndolas a la autorización de tribunales también diversos -el juez de garantía, en un caso, y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y un Ministro de Corte de Apelaciones, en el otro- (véase art 39 letra n) DL 211 modificado), se estaría permitiendo que unos mismos imputados puedan ser doblemente sometidos a medidas tales como entrada y registro domiciliario o interceptaciones telefónicas, por la investigación de unos mismos hechos. Esto no sólo provocaría una afectación desproporcionada de derechos fundamentales sino que también provocaría serios problemas de coordinación entre las actividades de levantamiento y conservación de evidencia propias de la investigación penal y administrativa, ya que los dos organismos públicos involucrados

serían puestos en situación de competir por la obtención de una misma evidencia. En este sentido, se debe también considerar que existiendo diversos estándares para la obtención de prueba en la investigación administrativa y la penal, sería perfectamente posible que, con pleno respeto a los estándares de la investigación administrativa, la Fiscalía Nacional Económica terminara obteniendo prueba que por no satisfacer los estándares penales haya de ser considerada en esa sede como inadmisible por ilícita.

2º) Al someterse a un mismo imputado a dos investigaciones paralelas en sedes distintas, pueden producirse también serios problemas desde la perspectiva de los derechos que han de reconocerse a éste durante al investigación. Así, por ejemplo, los derechos de que dispone el imputado en sede penal podrían ser desconocidos en sede administrativa, sea porque resulte discutible su plena aplicación en ese tipo de procedimientos, sea porque el organismo a cargo de la investigación administrativa tenga una distinta valoración de la participación que le ha cabido al imputado, a quien le atribuya, por ejemplo, la calidad de testigo.

3º) Al estar el imputado en sede administrativa sujeto a la posibilidad de ser sancionado también en sede penal, es probable que se tornen inoperantes no sólo los mecanismos de delación compensada que contempla el art. 39 bis del DL 211 modificado, sino también los mecanismos de salidas alternativas y procedimiento abreviado que otorgan facultades al Ministerio Público para acordar con el imputado soluciones negociadas al conflicto penal, dado que ninguno de los organismos públicos involucrados podría ofrecer a éste garantías de que el otro órgano no ha de utilizar la información contenida en dichos acuerdos en beneficio de sus propios intereses de persecución. Si bien se podría pensar en limitar la posibilidad de invocar dichos acuerdos en la otra sede, difícilmente podría aceptarse que la evidencia obtenida por la Fiscalía Nacional Económica como resultado de un acuerdo de delación compensada pudiera ser considerada, sin más, inadmisible en materia pena, o viceversa.

Sostuvo, en consecuencia, que los problemas que plantea la existencia de dos investigaciones paralelas en sede penal y administrativa no se solucionan con una disposición del tenor de la propuesta por la Secretaría de la Comisión como modificación del artículo 20 del decreto ley N° 211, esto es, extendiendo el plazo que tendría la Fiscalía Nacional Económica para formular denuncia por los hechos que pudieren ser constitutivos de delitos hasta que la investigación administrativa se encuentre cerrada, ya que, tratándose de delitos de acción penal pública, el Ministerio Público estaría de todos modos obligado a iniciar una investigación penal si cualquier persona distinta presentara esa misma denuncia (artículo 173 del Código Procesal Penal) o cualquier víctima presentara una querella (artículo 111 del mismo Código), sin perjuicio del deber de los fiscales de actuar de

oficio si el hecho ha llegado a su conocimiento por cualquier otra vía (artículo 53 del mencionado Código).

En lo tocante a las preguntas números 6 y 7, aseveró que de ellas parecería desprenderse que en el actual estado de la discusión, la Comisión no estaría considerando como alternativa la prejudicialidad penal, sino solamente la prejudicialidad administrativa (inicio de la investigación penal sólo tras haberse agotado la investigación administrativa) y la realización simultánea de una investigación administrativa por la Fiscalía Nacional Económica y otra penal por el Ministerio Público.

Consideró que, en principio, ninguna de estas dos últimas posibilidades resulta aceptable en el estado actual de la legislación, porque ambas conllevan una infracción del principio *non bis in idem* en cuanto suponen permitir que una misma persona y conducta sea sancionada penalmente después de haber sido sancionada administrativamente. A su modo de ver, la única forma en que una investigación administrativa y una investigación penal podrían desarrollarse simultáneamente sin infringir el principio aludido sería trazando una completa diferenciación entre la conducta constitutiva del ilícito administrativo y la conducta constitutiva del ilícito penal, de manera tal que se rompa la triple identidad necesaria para que se produzca el *bis in idem.*

Resaltó que esto se podría lograr si el proyecto, junto con prever sanciones privativas de libertad para las personas naturales que incurran en las conductas que se estimen atentatorias contra la libre competencia, suprimiera de la legislación vigente tanto la posibilidad de que las infracciones administrativas se impongan a personas naturales como la solidaridad legal de estas para el pago de las multas a que sean condenadas las personas jurídicas.

De este modo, explicó, reservando la ley la responsabilidad administrativa para las personas jurídicas y la responsabilidad penal para las personas naturales, desaparecería la identidad subjetiva necesaria para que exista *bis in idem* y se eliminarían los planos de superposición de la sanción administrativa y la sanción penal, las que se dirigirían, así, en contra de personas distintas y con la finalidad de aplicar sanciones de naturaleza también diversa.

El profesor señor López concluyó su informe señalando que, en esta hipótesis, si bien no desaparecerían los riesgos que para los derechos fundamentales de las personas entraña la doble persecución simultánea de un mismo hecho ni los problemas de coordinación previamente aludidos, ellos podrían disminuirse radicalmente, especialmente si se suprimen las facultades de la Fiscalía Nacional Económica para decretar medidas intrusivas y se mantienen únicamente en el ámbito de la investigación penal, donde resulta más adecuado –si no únicamente legítimo- conforme al principio de dirección exclusiva de la investigación por el

Ministerio público y el respeto al criterio de proporcionalidad de estas medidas.

A la sesión del día 8 de julio recién pasado, asistió a la Comisión **el profesor señor Juan Ignacio Piña**, quien agradeció la invitación para tener la oportunidad de complementar el informe que enviara por escrito y formular algunas otras precisiones.

Lo básico en este tema, dijo, es tener presente que se intenta consagrar un tipo penal en un sector ampliamente regulado y con poderes de fiscalización administrativa muy amplios.

Desde esta perspectiva uno de los grandes problemas que se han presentado en todos los ordenamientos es la pregunta acerca de cómo se van a conjugar la regulación penal y la administrativa, desde la perspectiva del riesgo de la doble incriminación o de doble sanción. En otras palabras, cómo se respetará el conocido principio del non bis in idem si se tiene, al mismo tiempo, un Derecho Penal activo y a la administración con poderes fiscalizadores y sancionatorios muy fuertes.

En consecuencia, la cuestión previa inevitable es resolver si existe disposición a respetar este principio. A su juicio la respuesta debe ser afirmativa para evitar la aplicación de sanciones desproporcionadas.

Si esta fuera la respuesta, para respetar el referido principio surgen tres posibilidades.

La primera consiste en establecer diferencias en la esfera de las conductas, es decir, las conductas que serán incriminadas penalmente van a tener determinadas características, distintas de aquellas que serán incriminadas administrativamente.

Explicó que esta posibilidad se materializa en la redacción propuesta que sanciona penalmente la colusión en bienes de primera necesidad.

La segunda posibilidad está referida a los sujetos que cometen la conducta. En este sentido, explicó que si el proyecto está encaminado a sancionar la colusión como un delito socioeconómico no se estaría buscando proteger el patrimonio de los consumidores, si no que más bien se pretende proteger el funcionamiento regular del mercado. Por lo tanto, sería razonable que el Derecho Penal actuara solamente en aquellos espacios donde ese funcionamiento se pone en riesgo. En este contexto, dos modestos almaceneros que convienen un cierto precio para un bien determinado no tienen la capacidad de producir la afectación que justifica la intervención del Derecho Penal.

La incorporación del concepto de “poder de mercado”, dijo, apunta precisamente a distinguir a aquellos sujetos del

mercado que tienen efectivamente capacidad lesiva del bien que se intenta proteger, de aquellos (como los dos almaceneros) que no la tienen.

Finalmente, existe la posibilidad de zanjar el riesgo de doble sanción dando primacía a uno de los dos organismos, el administrativo o el judicial.

En este último contexto, agregó, la respuesta se inclinará por el Derecho Penal, si se sostiene que esta rama del Derecho es la última razón del Estado para imponer las penas más severas cuando se han afectado los derechos de los miembros de la sociedad.

Sin embargo, siguiendo el mismo razonamiento, se puede llegar a la conclusión contraria. En efecto, si se afirma que el Derecho Penal es la última respuesta, debe utilizarse la sede administrativa si resulta suficiente y reservar la sede penal como instancia final para los casos en que no exista una solución anterior. Explicó que si sanciones administrativas muy fuertes logran el mismo efecto disuasivo que la privación de libertad, bastarían las primeras para reprimir conductas indeseables.

Esta última cuestión, opinó, es la primera pregunta que debiera enfrentarse al intentar resolver el dilema planteado. Admitió que se trata de una decisión de política criminal que debe adoptarse a partir de los efectos que se busca producir y de los que se pueden anticipar.

Se preguntó si existe la convicción de que el Derecho Penal debe intervenir en estos asuntos o una Administración fuerte, con suficientes atribuciones fiscalizadoras y respetuosa de las garantías personales puede ser suficiente y alcanzar el mismo efecto.

De las tres fórmulas diferenciadoras que describió recién, se inclinó por la primera, esto es, opinó que le parece mejor que existan diferencias en el plano de la descripción de conductas sancionadas. Sin perjuicio de esto, sostuvo que la distinción en cuanto a los sujetos infractores debe, inevitablemente, considerarse también, al menos para dejar constancia en la historia de la ley que lo que se persigue con el proyecto es evitar la colusión como un hecho que produce efectos de carácter socioeconómicos y no solamente o prioritariamente efectos coyunturales en el patrimonio de los consumidores.

En seguida, se refirió a las sanciones sugeridas para castigar penalmente la colusión. Al respecto, sostuvo que si se considera la conducta antijurídica como una afectación del modelo de economía de mercado, los montos de las multas no parecen excesivos.

Sin embargo, calificó de rígida la proposición de treinta mil unidades tributarias anuales. Le pareció más razonable establecer un marco que vaya desde un mínimo hasta un máximo, como ocurre en general en nuestro sistema de sanciones, para que el juez tenga la posibilidad

de apreciar las circunstancias concretas de cada caso y pueda imponer multas de monto diverso según sean esas particularidades.

A su juicio, el monto rígido busca descartar el intento de circunscribir el monto de la multa al resultado que se produzca en los consumidores. Si lo que interesa, agregó, es sancionar la conducta de colusión –y no saber si con ella el consumidor se benefició (como ocurre con las denominadas “guerras de precio”) o se perjudicó- deben consagrarse medidas disuasivas con independencia de los resultados que se produzcan.

Es decir, acotó, la técnica que debe utilizarse en este caso es la que corresponde a la de incriminación del peligro abstracto, esto es, basta la realización de maniobras colusivas.

En relación con la cuestión de cuándo debe entenderse que se inicia la ejecución de la colusión, explicó que en el curso ideal en que se preparan y planifican los delitos hay ciertos momentos que al Derecho Penal le importan y otros de los que se desentiende. En este sentido, nuestro Código muy claramente dispone en su artículo 7º que sólo se empieza a ejecutar un delito cuando se realizan hechos directos.

En consecuencia, prosiguió exponiendo, el proyecto en análisis, desde la perspectiva del peligro abstracto, recurre a la figura del “adelantamiento”, toda vez que sanciona la mera colusión, con independencia de los resultados que se produzcan. En otras palabras, acotó, se sanciona el delito como consumado antes que se produzca ningún resultado; es decir, se estima que la sola acción de coludirse es peligrosa.

Sin embargo, advirtió, si se quiere sancionar como delito consumado el mero acuerdo de coludirse –como parece desprenderse de las redacciones propuestas hasta este momento- se estaría dando lugar a una anticipación de la anticipación y eso es muy difícil de legitimar, a pesar de los razonables fines preventivos del legislador.

Por lo anterior, su opinión es que el inicio de la ejecución –que en este caso, por consistir en un delito de peligro abstracto, coincidiría con la propia consumación- debería aguardarse hasta la puesta en ejercicio de maniobras colusivas y no al mero acuerdo de los actores.

Respecto de la pregunta sobre el momento en que la Fiscalía Nacional Económica debe poner en conocimiento del Ministerio Público que está llevando adelante una investigación por colusión, señaló que podía resultar inoficioso fijar a priori y en forma precisa una oportunidad determinada en que ello debe ocurrir, por la gran diversidad de circunstancias que –en cada caso- llevarán al órgano administrativo a la convicción de que se encuentra frente a la comisión de un delito. No parece adecuado, reiteró, fijar a priori un momento determinado.

Propuso considerar para este efecto una cláusula normativa que señale que ello deberá ocurrir “en el momento que la Fiscalía Nacional Económica estimara que los hechos puedan revertir carácter de delito”.

Por otra parte, consideró dudosa la posibilidad de alcanzar mayores efectos si se concede acción pública para denunciar actuaciones colusivas. Por el contrario, conjeturó que podía darse una mediatización del asunto por la intervención de actores institucionales o no institucionales. Consideró suficientes las atribuciones que hoy tiene el Ministerio Público y las que podría tener la Fiscalía Nacional Económica para denunciar.

Argumentó, en este sentido, que si el bien protegido es el normal funcionamiento del sistema económico de mercado, la valoración de su se está afectando al sistema no es baladí y, por tanto, no es compatible con la existencia de una acción pública.

Respecto del concepto de “poder de mercado” afirmó que éste es un elemento útil para diferenciar si los hechos que constituyen la falta serán conocidos por la Administración de la Justicia. Explicó que este concepto de buscar distinguir a los actores que tienen capacidad para dañar el sistema y, en este sentido, es pertinente utilizarlo en este debate.

No obstante, puso de relieve que, por su carácter técnico, se entiende mejor en las áreas especializadas de la economía. Por ello, resaltó, incluir el concepto en las disposiciones legales significa confiar, al inicio, al juez de garantía que lo dote de contenido al momento de decretar medidas cautelares. En consecuencia, en sede de garantía se definirá si en el caso concreto de que se trate se ha dado el presupuesto material o si se ha cometido el delito.

Por último, se refirió a la preocupación manifestada acerca de los probables desincentivos que podrían observarse para recurrir a la delación compensada a raíz de la consagración de una eventual persecución penal posterior.

Admitió que, en principio, ello será así.

Sin embargo, planteó que cabía preguntarse si es aceptable que la confesión ante la autoridad administrativa se transforme en un blindaje que impida una persecución penal. ¿Existe tanto interés en impedir cualquiera colusión que se garantizará impunidad penal a todo delator?, se preguntó. Parece una decisión grave, aseveró.

Por ello, propuso establecer, más bien, atenuaciones de responsabilidad, atenuaciones muy calificadas, incluso, a quienes colaboren, pero no impunidad.

**La Honorable Senadora señora Alvear** solicitó conocer la opinión del Ministerio Público acerca de las reflexiones del profesor señor Piña sobre la pertinencia de que el Derecho Penal intervenga en estos asuntos y respecto de los desincentivos que esa concurrencia acarrea para recurrir a la delación compensada.

Además, como aporte para precisar el concepto de colusión, afirmó que, a su juicio, las denominadas “guerras de precios” no deben considerarse formas de colusión sino que como expresiones normales de funcionamiento del sistema del mercado, en el cual los empresarios compiten entre ellos y el usuario elige en torno a los precios.

Asimismo, manifestó su inquietud por las dificultades que puede dar lugar en el trámite legislativo la circunstancia de que se estén conociendo simultáneamente dos iniciativas sobre la misma materia en ambas Cámaras.

**El Honorable Senador señor Gómez** puso de relieve que la descripción preliminar que se ha hecho del tipo penal incluye diversas situaciones, como, por ejemplo, colusiones acordadas por dos pequeños comerciantes. Casos como éste, dijo, no dañan el modelo económico, que es el bien jurídico que se busca proteger. Por ello, llamó a precisar mejor la definición de la figura penal. Del mismo modo, advirtió las complejidades que ofrece la referida redacción en cuanto exige que exista daño a los consumidores.

Desde otro punto de vista, connotó que es sabido que en la Cámara de Diputados se está tramitando una Moción que persigue objetivos similares al proyecto que conoce esta Comisión, a la que, además, el Ejecutivo ha formulado indicaciones. A fin de evitar las dificultades que podrían surgir a raíz de la existencia de dos mociones distintas, sugirió considerar dichas propuestas.

**El Honorable Senador señor Muñoz Aburto** expuso una situación en la cual, a su juicio, se ha empleado equivocadamente el concepto de colusión. El caso consiste en la idéntica constitución de directorio de una empresa distribuidora de gas y de otra dedicada a la distribución de electricidad. Frente a esta circunstancia se ha levantado la acusación de colusión.

En su opinión, ello es equivocado por cuanto los precios que cobran ambas empresas son fijados por entes ajenos a ellas. Igualmente, consultó al profesor señor Piña si la igual conformación de directores constituye una irregularidad.

Volviendo a hacer uso de la palabra, **el profesor señor Piña** connotó que el punto decisivo en este debate es si se debe recurrir al Derecho Penal en la represión de los carteles.

Para contestar esta crucial interrogante, dijo, cabría formular previamente dos preguntas. La primera es: ¿Qué se desea con la tipificación de este nuevo delito? Pareciera, se dijo, que lo que se quiere es asegurar al mercado la mantención de ciertas condiciones para que opere adecuadamente y, por lo tanto, evitar que ciertos actores, especialmente poderosos, afecten ese funcionamiento.

La segunda: si es posible alcanzar y mantener las referidas condiciones recurriendo al Derecho Administrativo.

Si la respuesta a esta segunda pregunta es afirmativa significa que una Administración fuerte es capaz de mantener el funcionamiento del sistema sin necesidad de recurrir a lo penal.

Sí, en cambio, la respuesta es negativa, forzosamente deben sancionarse ciertas conductas con una pena.

Respecto a la consulta sobre las “guerras de precios”, sostuvo que él tampoco cree que en este caso haya colusión. Aclaró que mencionó la figura como un ejemplo sofista para graficar la inconveniencia de la discusión acerca de si se debe o no considerar que las figuras penales deben fundarse en el perjuicio a los consumidores.

A raíz de lo anterior, retomó la cuestión del bien jurídico que se busca proteger. Si éste es el buen funcionamiento del sistema económico de mercado, es irrelevante que las conductas sancionadas produzcan efectos patrimoniales en los consumidores. Por lo tanto, no sería coherente incluir esos efectos en el desvalor de la conducta para aumentar la responsabilidad. Ello implicaría alterar el bien protegido a la hora de fijar la pena.

Si al determinar la conducta se asume la clave del bien protegido –bien supraindividual, libre mercado, etc.- al fijar la cuantía de la pena no correspondería medir los perjuicios al consumidor. Si esos perjuicios se ocasionaron, podrán resarcirse por otros medios, como se ha visto en las últimas semanas en el contexto del llamado “caso farmacias”.

En cuanto a la indicación del Ejecutivo presentada al proyecto que sanciona penalmente la colusión, que se tramita en la Cámara de Diputados, expresó una opinión profundamente crítica.

Afirmó que agregar un artículo 285 bis al Código Penal para sancionar conductas descritas en otro cuerpo legal da lugar a un sinnúmero de problemas.

Al efecto, sostuvo que la legislación penal económica chilena ha utilizado una técnica legislativa extremadamente incoherente y parcial, lo que ha dado lugar a vacíos enormes en nuestro ordenamiento así como a importantes obstáculos a la unificación de nuestro sistema punitivo.

En este contexto se preguntó si, desde el punto de vista de la técnica legislativa, conviene o es necesariamente una buena opción incorporar el delito de colusión en el Código Penal, en circunstancias que los diferentes delitos económicos se consagran en legislaciones sectoriales, que utilizan conceptos, claves, valores, términos, etc., propios de cada sector y permiten, entonces, entender las figuras en el respectivo ámbito, antes que en relación a los principios y conceptos generales del Código Penal.

Si ya existe gran dispersión normativa respecto de los tipos penales, planteó que quizá resulte disfuncional incorporar la colusión al referido Código.

Finalmente, se refirió al ejemplo planteado por el Honorable Senador señor Muñoz Aburto.

En este caso, dijo, se produce un cierto tipo de integración vertical antes que de colusión, toda vez que en el segundo caso es necesario un segundo actor distinto. Sin embargo, igualmente podría dar lugar a alteraciones en el funcionamiento del mercado y, por tanto, dañar a los consumidores, con otro formato, desde otra perspectiva. En consecuencia, en este caso habría que resolver las mismas preguntas que se han formulado en esta discusión sobre colusión. En el ejemplo planteado, habría que preguntarse si el comportamiento, deberes y responsabilidades de los directores de empresa es materia del Derecho Administrativo o del Penal.

En este caso, en que están actuando las Superintendencias de Valores y Seguros, la de Electricidad y Combustibles y la Fiscalía Nacional Económica, probablemente el Derecho Penal no sea eficaz ni oportuno.

A continuación, intervino **la abogada del Ministerio Público, señora Rosenblut.**

En primer lugar, se hizo cargo de las consultas que le formulara la Honorable Senadora señora Alvear.

En lo referido a la intervención del Derecho Penal en este tipo de materias, coincidió con el Profesor Piña, en el sentido de que la respuesta es eminentemente política. Pero, agregó, desde una perspectiva técnica se observa que la dogmática comparada valida abiertamente la protección penal de bienes jurídicos colectivos. Así, acotó, ha venido ocurriendo en nuestra legislación.

En concreto, dijo, en el decreto ley. Nº 211, de 1973, se observa que el ilícito administrativo está encaminado a sancionar la actuación de los agentes económicos, concepto que es difícil de transportar a la legislación penal. En este sentido, es posible pensar que efectivamente

existe el peligro de la doble incriminación. Por ello, en el ámbito penal debe apuntarse a un sujeto distinto; no interesa aquí sancionar a un conglomerado económico sino que perseguir las responsabilidades individuales. Para este efecto, la legislación penal, indudablemente, es la herramienta adecuada, mucho más que la legislación administrativa.

En segundo lugar, abordó el supuesto desincentivo que surgiría para usar el mecanismo de la delación compensada. Sobre este último tema, sostuvo que en ningún momento ha sido propósito del Ministerio Público entrabar el buen funcionamiento de las recientes reformas a las normas que protegen la libre competencia, en especial a las referidas al arrepentimiento eficaz.

Por ello, planteó que a su juicio se debe reconocer u otorgar algún efecto en sede penal a la colaboración eficaz prestada a la Administración. Sin embargo, expresó que escapa a toda lógica penal plantear como efecto directo de la delación la exención de responsabilidad. Revisado el Código del ramo, añadió, son muy escasas las excusas legales absolutorias y, cuando se contemplan, como es el caso del artículo 439, se observa que ello obedece a valores trascendentes, como el orden de las familias.

En cambio, aseguró, en la legislación administrativa no se encuentra ningún caso de colaboración, sobre todo cuando esa colaboración ni siquiera se prestará en sede penal.

En consideración a lo anterior, indicó que, en opinión del Ministerio Público, para que a la colaboración se le reconozca algún efecto en el ámbito penal se requiera que la persona repita en sede penal la colaboración. Una forma de concretar este efecto es considerar la delación como una atenuante muy calificada.

En cuanto a la pregunta sobre el momento en que se produce la colusión, la representante del Ministerio Público explicó que a juicio de esa entidad el tipo penal se perfecciona solamente cuando se tiene poder de mercado para realizar alguna de las prácticas que se consideran colusivas, esto es, fijar precio de compra o de venta de ciertos bienes, limitar su producción o asignar zonas o cuotas de mercado, y, además, cuando se haya lesionado, a través de la colusión, el bien jurídico protegido.

En seguida, intervino **el Subfiscal Nacional Económico, señor Jaime Barahona.**

Primeramente, el señor Subfiscal informó acerca de las actividades que realiza actualmente la Fiscalía Nacional Económica, como agencia competente en Chile para el combate a los carteles.

Recordó que muy recientemente se promulgó la ley que reformó en diversos aspectos el sistema de protección de la competencia en el mercado chileno.

En lo que atañe a las labores de la Fiscalía, este nuevo cuerpo jurídico es decisivo, dijo, porque ofrece a ese servicio un catálogo vigoroso de herramientas para cumplir su misión.

Por una parte, la nueva legislación confirma y fortalece un sistema de cooperación eficaz o delación compensada para detectar carteles, al igual como se observa en el ámbito internacional, donde las mejores prácticas motivan a que las legislaciones contemplen un instrumento como éste.

En segundo lugar, el Congreso Nacional aprobó un alza sustancial en las multas administrativas aplicables como sanción a los carteles, desde 20.000 a 30.000 unidades tributarias anuales.

Además, a la Fiscalía Nacional Económica se la dota de facultades invasivas muy severas, similares a las que cuenta el Ministerio Público respecto de crímenes, con control judicial muy estricto, para registrar dependencias de empresas e interceptar comunicaciones.

Respecto de los carteles, a la Fiscalía Nacional Económica se le entregan atribuciones para celebrar acuerdos antes de ejercer acciones ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sea para eximir de responsabilidad a quienes se acerquen posteriormente con el mismo objeto.

En la fase judicial, el Fiscal Nacional Económico puede –al momento de presentar el requerimiento- solicitar la exención de responsabilidad del actor que ha acudido a la Fiscalía y, al mismo tiempo, pedir la aplicación de la máxima sanción a los demás que han intervenido en el cartel.

Reflexionando sobre el caso expuesto por el Honorable Senador señor Muñoz Aburto, explicó que la Fiscalía Nacional Económica controla las fusiones de empresas y, por esa vía, examina la integración horizontal y vertical de directorios y revisa las interferencias que puedan producirse en las decisiones económicas de los conglomerados.

Hizo notar que algunas legislaciones extranjeras prohíben la existencia de directorios entrecruzados.

En relación con el propósito de transitar desde un sistema administrativo de persecución de carteles a otro esquema de carácter dual o exclusivamente penal, afirmó que la experiencia de otros países muestra que, efectivamente se contemplan incentivos para favorecer la colaboración frente a la autoridad, tanto administrativa como judicial.

**El Honorable Senador señor Gómez** insistió en la necesidad de definir con mayor precisión el bien jurídico que se busca proteger con esta enmienda legal.

Asimismo, planteó la conveniencia de invitar al Poder Ejecutivo a incorporarse a este debate para que explique las razones por las cuales optó por presentar indicaciones a la Moción que estudia la Cámara de Diputados y el contenido de las mismas. Igualmente, sugirió invitar al Instituto de Estudios Judiciales para contar con una mirada a este tema desde la perspectiva de los tribunales.

**El Honorable Senador señor Espina** hizo presente que el Gobierno ha estado permanentemente invitado a participar en este debate y que, sin perjuicio de sus atribuciones legales, se le ofició para solicitarle expresamente que hiciera llegar las proposiciones que estimara conveniente, lo que hasta esta fecha no ha ocurrido.

Retomando el análisis del contenido del proyecto, expresó que, en su opinión, existen variadas razones de fondo para consagrar una sanción penal a los carteles. Basta anotar, dijo, que, en la práctica, existe una especie de defraudación a la ciudadanía que, de buena fe, consume sobre la base de que el modelo económico funciona de acuerdo a las normas de la libre competencia. Si esto no ocurre, añadió, hay un fraude nítido; un escenario montado y una acción dolosa para obtener una utilidad mediante la alteración del precio.

Es decir, agregó, el tema en debate se refiere a un aspecto esencial en el correcto funcionamiento de la economía de mercado. Por ello, resaltó, las conductas que vulneran gravemente el modelo económico deben ser consideradas delictivas.

Se manifestó plenamente convencido de que estos hechos deben ser sancionados penalmente, como lo son, recordó, el cohecho, el fraude y otras figuras cometidas por funcionarios públicos. Aseguró que existiría una incomprensible incoherencia si se sanciona con penas tan severas a los empleados públicos por los delitos mencionados y no se sancionara con penas semejantes a los privados que afectan la esencia del sistema económico, porque, como es sabido, el propósito explícito de la colusión es alterar la libre competencia.

**El Honorable Senador señor Gómez** concordó con el juicio sobre la gravedad de las conductas colusivas. Sin embargo, planteó que, para los efectos de su tipificación, a su juicio, es preciso exigir que se haya causado daño al consumidor.

Por otra parte, consideró conveniente precisar el sentido y alcance de la expresión “bienes y servicios de primera necesidad”, sugiriendo que, si se estima necesario, se solicite un informe sobre este punto específico.

Advirtió, asimismo, que en el estudio de esta materia deben considerarse diferentes figuras, como la conocida con el nombre de “canela” y otras de ese tipo, así como diversas situaciones que presentan elementos comunes en cuanto a fijación de precios y alteración de las reglas de mercado, como son el caso del poder comprador de trigo u otros productos, los valores de los pasajes de microbuses, etc.

En la misma línea de contar con una visión global que ayude a dictar normas coherentes sobre esta materia, **los Honorables Senadores señora Alvear y señor Gómez** hicieron presente que, en su oportunidad, sería útil conocer las proposiciones contenidas en los proyectos de ley que sobre materias vinculadas a la colusión se están discutiendo en la Comisión de Salud de la Corporación.

Luego, **el Honorable Senador señor Espina** hizo un contrapunto de los diversos textos analizados hasta este momento por la Comisión.

Señaló que en cuanto a la configuración del tipo penal, cabía destacar que la redacción propuesta por el profesor Piña, significa pasar desde un tipo de peligro abstracto, como lo había sugerido la redacción de la propuesta que se tuvo en vista para un mejor análisis de la Moción, a la ejecución de maniobras para llevar a cabo concretamente los acuerdos de colusión. Recordó que el Ministerio Público, por su parte, adhirió a la exigencia de poner en práctica ciertas conductas de ejecución para configurar el delito.

Observó que otra diferencia que resalta entre los textos propuestos consiste en que el elaborado por la Comisión y el del Ministerio Público se refieren a bienes y servicios; en tanto que la del profesor Piña lo hace sólo a los primeros.

Respecto de la multa, destacó que tanto el profesor Piña con el Ministerio Público plantean la misma suma de 30.000 unidades tributarias anuales pero como límite y no como valor único fijo.

**El Honorable Senador señor Gómez** valoró especialmente que la redacción del Ministerio Público incluya los acuerdos de colusión de carácter tácito.

**La abogada señora Rosenblut** precisó que la inclusión de la expresión “o hubieren ordenado dicha ejecución” responde al propósito de facilitar la imputación de estos delitos cuando operan estructuran organizadas, de manera de sancionar tanto al mando medio que ejecuta el acuerdo colusivo como a aquel que ha dado las instrucciones de ponerlo en práctica, sin perjuicio de las diferentes formas de autoría previstas en el artículo 15 del Código Penal.

A continuación, el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Espina, puso en votación el siguiente texto:

“Artículo 3° bis: Sin perjuicio de lo previsto en el artículo anterior, los que ejecutaren acuerdos expresos o tácitos celebrados entre agentes económicos, o prácticas concertadas entre ellos, mediante los cuales se fijen precios de venta o de compra de bienes o servicios de primera necesidad, se limite su producción o se asignen zonas o cuotas de mercado, o hubieren ordenado dicha ejecución, serán castigados con la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados y una multa a beneficio fiscal de hasta treinta mil unidades tributarias anuales.”.

**Puesta en votación la redacción sugerida por el Ministerio Público, ella fue aprobado por unanimidad de los miembros presentes de la Comisión, Honorables Senadores señora Alvear y señores Espina, Gómez y Muñoz Aburto.**

En seguida, la Comisión abordó la utilización de medios de comunicación en la ejecución de estos delitos.

**El Honorable Senador señor Espina** explicó que el inciso segundo del artículo 3º bis de la Moción contiene una norma similar a las que se han considerado en recientes reformas a los delitos de pedofilia y de tráfico de drogas.

**La representante del Ministerio Público** opinó que, como la Moción plantea una enmienda al artículo 6º del Código Orgánico de Tribunales –que, a su vez, regula los casos de extraterritorialidad, es decir, las situaciones en que los tribunales chilenos pueden conocer delitos cuya ejecución ha principiado en el extranjero, el referido inciso segundo resulta superfluo. No obstante, acotó, no le merece objeciones de carácter sustantivo.

**El Honorable Senador señor Espina** disintió de esta opinión pues, a su juicio, el precepto no contempla propiamente una hipótesis de extraterritorialidad y, además, porque siempre será útil precisar lo más posible las normas sobre principio y ejecución cuando hay uso de sistemas de telecomunicaciones.

**La Honorable Senadora señora Alvear** consideró que la redacción propuesta como parte del análisis propio de la Comisión era más amplia y, por tanto, recoge de mejor forma el propósito que se persigue en esta materia.

En mérito de lo anterior, **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Espina**, puso en votación la siguiente redacción:

"Si dichas conductas se cometen mediante un sistema de telecomunicaciones al que se tenga acceso desde el territorio nacional, aun cuando se hubieren iniciado en el extranjero, se entenderán ejecutadas en Chile. El mismo principio se aplicará a las actuaciones realizadas en el extranjero por medio de sistemas de telecomunicaciones o de tratamiento de datos que contribuyan a la comisión de las conductas señaladas en el inciso anterior o faciliten los medios intelectuales o materiales para concretarlas.".

**Puesta en votación esta redacción, resultó aprobada por tres votos a favor y una abstención. Votaron favorablemente los Honorables Senadores señora Alvear y señores Espina y Muñoz Aburto. Se abstuvo el Honorable Senador señor Gómez**.

A continuación, se consideró la idea de agravar la pena si la conducta colusiva causa perjuicio a los consumidores, como lo plantea la nueva redacción de la Comisión.

Al respecto se recordó que, sobre este particular, el profesor señor Piña planteó que el delito de colusión se perfecciona sin considerar los efectos que pudiere producir a la población.

Sobre el particular, **el Honorable Senador señor Espina** hizo notar que, en efecto, los casos de colusiones que buscan eliminar de un mercado a determinados competidores operan sobre la base de bajar transitoriamente los precios por parte de los coludidos, hasta lograr la eliminación del competidor.

En subsidio de esta norma de agravación, **el profesor Juan Ignacio Piña** propuso las siguientes normas para castigar la reiteración y la reincidencia en la comisión de la colusión.

"Artículo 3° ter.- En caso de reiteración de las conductas sancionadas por el artículo anterior, la pena se aumentará en uno o dos grados, duplicándose la cuantía de la multa.

La misma regla se aplicará en el caso de reincidencia en el mismo delito dentro de los cinco años siguientes a la dictación de la sentencia de término o la declaración de exención de responsabilidad conforme al artículo siguiente.".

**La Comisión**, por la misma unanimidad anterior, desechó la idea de agravar la pena en caso de que se causen perjuicios a los consumidores por las razones expuestas precedentemente. Con la misma votación rechazó el artículo 3° ter recién trascrito, por considerar que las reglas generales del Código Penal sobre reiteración y reincidencia son suficientes. Sostuvo que agregar normas especiales para un delito determinado podría dar lugar a confusiones innecesarias.

Luego, la Comisión analizó las proposiciones del profesor señor Piña, referidas al valor que, a su juicio, debe darse en el proceso penal a la colaboración eficaz que preste el autor del delito.

Estas son del siguiente tenor:

“Artículo 3° quater. Estarán exentos de responsabilidad los que presten una colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos investigados y la determinación de los partícipes.

Para los efectos de lo dispuesto en el inciso precedente, se entenderá que hay colaboración sustancial cuando las declaraciones y antecedentes aportados fueren precisos, veraces y constituyan un aporte efectivo a la investigación suficiente para fundar acusación por parte del Ministerio Público.

Faltando alguna de las exigencias del inciso precedente no se concederá la exención de responsabilidad, sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 11 número 9 del Código Penal.

El hecho de haberse beneficiado con esta exención de responsabilidad no será obstáculo para la aplicación de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 3° ter.”

Sobre esta misma materia, **el Ministerio Público** sugirió aprobar el siguiente precepto:

“Se considerará como atenuante de responsabilidad muy calificada, la colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos que haya prestado el imputado en el proceso, cuando aquél hubiere accedido previamente a una reducción o exención de la multa de acuerdo con el artículo 39 bis.”.

**La abogada del Ministerio Público, señora Rosenblut,** hizo notar que su proposición niega a la delación compensada el valor de eximente y sólo le confiere el carácter de atenuante muy calificada.

Además, consideró errada la primera parte de la proposición del señor Piña en tanto omite todo valor de colaboración eficaz prestada en sede administrativa.

En tercer lugar, consideró inconveniente consagrar una definición de lo que debe entenderse por delación compensada porque, en su opinión, distorsionaría la regla general contenida en el artículo 68 bis del Código Penal, que contempla esta figura en términos genéricos.

Respecto de este punto, **la Comisión**, en primer lugar, concordó en que debe existir una vinculación coherente entre la

decisión del Fiscal Nacional Económico de considerar como delación compensada una determinada conducta de un involucrado que permita conocer los hechos e identificar a los demás partícipes de una colusión, y los efectos que esa decisión vaya a producir en el eventual proceso penal.

Se arguyó que el objetivo final de las normas sobre persecución de los carteles es detectarlos oportunamente y evitar, en la mayor medida posible, los efectos sobre los consumidores. Se tuvo presente que, para alcanzar este objetivo, la experiencia demuestra que la colaboración que preste algún involucrado resulta decisiva.

Por lo anterior, se observó que si, en definitiva, se decide sancionar penalmente la colusión, resulta conveniente establecer que quien colabore eficazmente en sede administrativa será beneficiado con la exención de responsabilidad en el correspondiente proceso penal. De esta forma, se indicó, se mantendrá el incentivo que hoy existe -y que ha demostrado ser muy útil- en la normativa aplicable a las investigaciones que lleva adelante la Fiscalía Nacional Económica.

Se advirtió que adoptar una decisión diferente, muy probablemente arriesgaría desincentivar y aún anular el mecanismo de la delación compensada en los procesos administrativos.

**La representante del Ministerio Público** coincidió con los criterios anteriores, aún en la hipótesis de consagrar la exención -y no sólo la atenuación- de la responsabilidad en el proceso penal, a condición, resaltó, de que, para mantener una razonable coherencia del sistema, el beneficiado repita la colaboración en el marco del proceso penal.

No parece aceptable, agregó, que la exención otorgada en sede administrativa se aplique en forma automática en el proceso penal, impidiéndose que el sujeto colabore, igualmente, con el Ministerio Público en la investigación que éste realice.

**La Comisión** tuvo presente que siendo necesario, como se ha explicado, extender al campo penal la exención de responsabilidad (para mantener el estímulo a la colaboración eficaz) se vuelve imprescindible que la calificación que efectúe el Fiscal Nacional Económico de colaboración eficaz surta efecto en el proceso penal.

Sobre el particular, hizo notar que la decisión de la autoridad administrativa es ponderada y aprobada judicialmente por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

**El Honorable Senador señor Espina** puso de relieve que la forma en que ha razonado la Comisión es acertada y, además, se ajusta al precepto constitucional que encarga en forma exclusiva al Ministerio Público la investigación de los delitos. Así, aseveró, se respeta al ente investigador el ejercicio de su función y, al mismo tiempo, si se consagra

una eximente de responsabilidad, se mantendría para el delator el estímulo a colaborar con la autoridad encargada de reprimir los carteles y, en definitiva, se preservarían las condiciones que hacen de la delación compensada un instrumento eficaz en el cumplimiento de las labores encargadas a la Fiscalía Nacional Económica.

Finalmente, **la Comisión** aprobó, como inciso final del artículo 3° bis, el siguiente: “Se considerará como eximente de responsabilidad penal la colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos que haya prestado el imputado en el proceso, cuando éste hubiere accedido previamente a una reducción o exención de la multa de acuerdo con el artículo 39 bis.”.

**Este acuerdo fue adoptado por cuatro votos a favor y una abstención. Votaron favorablemente los Honorables Senadores señora Alvear y señores Chadwick, Espina y Muñoz Aburto. Se abstuvo el Honorable Senador señor Gómez.**

Luego, **la Comisión** consideró la siguiente redacción propuesta por el Ministerio Público:

"Las investigaciones de los hechos señalados en el inciso anterior, sólo podrán ser iniciadas por el Ministerio Público, previa denuncia o querella de la Fiscalía Nacional Económica, presentada por intermedio de su Fiscal Nacional o del Subfiscal del mismo Servicio. Habiéndose iniciado con anterioridad una investigación administrativa por los mismos hechos, el Fiscal Nacional Económico se declarará incompetente para seguir conociendo el asunto en cuanto se haga constar en el proceso respectivo el hecho de haberse acogido a tramitación la querella o efectuado la denuncia, sin perjuicio de poder continuar la investigación de aquellos hechos que involucrando a los mismos agentes económicos, constituyan otro tipo de atentado en contra de la libre competencia.".

**La abogada del Ministerio Público** informó que este texto se basa en normas similares contenidas en la Ordenanza General de Aduanas y en la ley del Servicio de Impuestos Internos.

**El Fiscal Nacional Económico** consideró innecesario indicar los funcionarios de la Fiscalía que representarían a ésta, pues, en su opinión, la sola mención de la Fiscalía es suficiente.

**La Comisión aprobó esta redacción, suprimiendo la referida frase y otras enmiendas menores de forma, como inciso tercero del artículo 3° bis. A la aprobación concurrió la unanimidad de los miembros presentes de la Comisión, Honorables Senadores señora Alvear y señores Espina, Gómez y Muñoz Aburto.**

A continuación, **la Comisión** consideró la proposición del Ministerio Público para incluir en el texto del proyecto la

siguiente norma sobre efectos de la sentencia penal condenatoria en el proceso administrativo:

"La sentencia penal condenatoria pronunciada en contra de un imputado pondrá fin a la responsabilidad administrativa que en base a los mismos hechos pudiere a éste corresponderle.”.

**El Fiscal Nacional Económico** señaló que no divisa la hipótesis en que podría verificarse lo planteado por el texto en discusión. Recordó que, según lo acordado, el proceso penal se iniciará por denuncia o querella de la Fiscalía nacional Económica y que, iniciado el proceso penal, se paraliza la investigación administrativa que esa Fiscalía llevaba adelante. En consecuencia, en ningún caso habría un proceso ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Conjeturó que, quizás, el texto podría ser útil para que -después de sancionarse a las personas naturales involucradas en un caso de colusión- la Fiscalía intente perseguir las responsabilidades de las personas jurídicas concernidas en el ilícito de que se trate.

**La señora Rosenblut** explicó que el sentido del precepto sugerido es poner término formal y definitivo al expediente administrativo que habría quedado suspendido luego que la Fiscalía Nacional Económica denunciara un delito de colusión.

A proposición de su Presidente, **la Comisión aprobó esta redacción** para incluirla en el texto que se despache en esta fase de la discusión, pero en el entendido que será considerada especialmente, para el efecto de perfeccionarla, en el trámite de discusión en particular. **A la aprobación concurrieron los Honorables Senadores señora Alvear y señores Espina y Muñoz Aburto. El Honorable Senador señor Gómez se abstuvo.**

Seguidamente, **la Comisión** consideró el artículo 3º ter propuesto en el curso del debate. El tenor de esta disposición es el siguiente:

“Artículo 3° ter. Para la investigación del delito sancionado en el artículo anterior, el Ministerio Público podrá solicitar al Juez de Garantía que ordene la interceptación y grabación de las comunicaciones telefónicas o de otras formas de comunicación en que intervengan personas respecto de las cuales existan fundadas sospechas de haber participado o estar participando en la ejecución de los acuerdos o prácticas concertadas a los que dicho artículo se refiere.”.

**El Honorable Senador señor Espina** resaltó que esta norma rompe el principio según el cual las intercepciones telefónicas podrán utilizarse tratándose sólo de crímenes, toda vez que la colusión se sanciona como simple delito y no con pena de crimen.

Destacó, asimismo, que ya la Fiscalía Nacional Económica cuenta con la posibilidad de utilizar este mecanismo en las investigaciones que realiza. Sin embargo, agregó, para mantener la coherencia entre ambos campos, dijo, parece razonable dotar también al Ministerio Público de esta atribución.

**Esta disposición fue aprobada por cuatro votos a favor y una abstención. Votaron a favor los Honorables Senadores señora Alvear y señores Espina, Gómez y Muñoz Aburto. Se abstuvo el Honorable Senador señor Chadwick.**

**Los Honorables Senadores señora Alvear y señor Gómez**, dejaron constancia que concurrían a la aprobación de este precepto únicamente porque se trata de perseguir organizaciones criminales. Sin embargo, aclararon que no son partidarios de ampliar para cualquier delito el uso de esta atribución que, en principio, debe estar reservada para la investigación de crímenes especialmente graves.

Luego, la Comisión resolvió intercalar en el inciso cuarto del artículo 20 del decreto ley Nº 211, de 1973, entre la expresión "artículo 3º" y el vocablo "prescribirán", la frase "y en el artículo 3º bis", de manera de extender a la nueva figura penal que se crea el plazo de prescripción de cinco años contemplado en el mencionado inciso cuarto, así como la fórmula de cómputo de dicho plazo que ese mismo precepto regula.

**Este acuerdo fue adoptado por la unanimidad de los miembros presentes de la Comisión, Honorables Senadores señora Alvear y señores Espina, Gómez y Muñoz Aburto.**

A continuación, la Comisión consideró una norma referida a la calificación de la delación.

El texto del precepto es el siguiente:

“La Fiscalía Nacional Económica podrá reconocer la comparecencia de esta minorante en la conducta del infractor, pero la determinación de su procedencia o valoración le corresponderá siempre al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia o a los tribunales ordinarios con competencia en lo criminal, en sus respectivos casos.

**El Fiscal Nacional Económico** opinó que el contenido de esta redacción está al margen de las ideas matrices del proyecto y, además, se refiere a una cuestión latamente debatida durante la tramitación de la ley Nº 20.361.

Expresó que esta proposición afectaría directamente a la certidumbre que se debe proporcionar al delator para estimularlo a colaborar en el combate a los carteles. Si ella se aprobara, agregó, se

entregaría al Tribunal la decisión de conceder o denegar la exención o atenuación de responsabilidad, lo que, en su opinión, afectaría seriamente las delaciones futuras, toda vez que ya no se podría saber con certeza si los aportes que se hagan a la Fiscalía Nacional Económica serán útiles para eximirse de responsabilidad.

**La Comisión desechó esta propuesta por la unanimidad de los miembros presentes de la Comisión, Honorables Senadores señora Alvear y señores Espina, Gómez y Muñoz Aburto.**

Finalmente, **la Comisión** analizó el artículo 2º de la Moción, que propone agregar en el artículo 6º del Código Orgánico de Tribunales, un numeral 11, nuevo, del siguiente tenor:

"11. Los sancionados en el artículo 3º bis del decreto con fuerza de ley Nº 1, del Ministerio de Economía, Fomento y reconstrucción, de 2005, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley Nº 211, de 1973, cuando atenten contra la libre competencia en el mercado chileno.".

**El Fiscal Nacional Económico** resaltó la circunstancia de que una gran cantidad de colusiones se acuerdan en el exterior, en las casas matrices de las empresas transnacionales, las cuales normalmente tienen sus domicilios fuera de Chile.

**La Honorable Senadora señora Alvear** hizo presente que nuestro país ha suscrito varios acuerdos internacionales de cooperación en materias jurisdiccionales que facilitan el objetivo propuesto por esta norma. Sin embargo, agregó, es preciso que dichos instrumentos se refieran a figuras penales determinadas, lo que en el caso de la colusión no ocurriría.

**El Fiscal del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, señor Escalón**, puso de relieve el riesgo que podría implicar esta norma si se considera que el decreto ley Nº 211, de 1973, contempla otros ilícitos, distintos de la colusión, que por no ser llevados al campo penal -como se hace ahora con la colusión- podrían quedar al margen de la jurisdicción de nuestros Tribunales si tienen principio de ejecución en el extranjero.

**El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Espina**, aclaró que, en efecto, solamente el delito de colusión, en ciertos casos, será de competencia de los Tribunales Penales. En consecuencia, agregó, mediante esta iniciativa no se innova respecto de los demás ilícitos administrativos consagrados en nuestro ordenamiento, los que seguirán siendo conocidos y sancionados según la legislación hoy vigente.

Haciéndose cargo de la aprensión manifestada por el representante del Ministerio de Economía, el Fiscal Nacional Económico

solicitó a la Comisión incluir en el nuevo oficio que se debe despachar a la Corte Suprema en relación a este proyecto la consulta de si esta norma afectaría las responsabilidades derivadas de hechos sancionados por la ley de defensa de la libre competencia que tengan principio de ejecución en el extranjero y, además, produzcan efectos en Chile. La Comisión accedió a este planteamiento.

En definitiva, la Comisión aprobó la modificación al artículo 6º del Código Orgánico de Tribunales por tres votos a favor y una abstención, con dos enmiendas formales que adecuan este artículo a la incorporación del referido número 11, nuevo. **Por la aprobación estuvieron los Honorables Senadores señora Alvear y señores Espina y Muñoz Aburto. El Honorable Senador señor Gómez se abstuvo.**

Por último, a proposición del Honorable Senador señor Gómez, la Comisión acordó enviar el texto del proyecto que se despache en este trámite al Instituto de Jueces “Hernán Correa de la Cerda” para su estudio y para recibir de él las observaciones que le merezca.

## MODIFICACIONES PROPUESTAS

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento tiene el honor de proponeros la aprobación del proyecto de ley contenido en la Moción, con las siguientes modificaciones:

### Artículo 1°

### Número 1)

Sustituirlo por el que sigue:

1.- Intercálanse, a continuación del artículo 3°, los siguientes artículos 3° bis, y 3° ter, nuevos:

Artículo 3° bis. Sin perjuicio de lo previsto en el artículo anterior, los que ejecutaren acuerdos expresos o tácitos celebrados entre agentes económicos, o prácticas concertadas entre ellos, mediante los cuales se fijen precios de venta o de compra de bienes o servicios de primera necesidad, se limite su producción o se asignen zonas o cuotas de mercado, o hubieren ordenado dicha ejecución, serán castigados con la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados y una multa a beneficio fiscal de hasta treinta mil unidades tributarias anuales.(**Unanimidad 4 x 0**).

Si dichas conductas se cometen mediante un sistema de telecomunicaciones al que se tenga acceso desde el territorio

nacional, aun cuando hubieren principiado en el extranjero, se entenderán ejecutadas en Chile. El mismo principio se aplicará a las actuaciones realizadas en el extranjero por medio de sistemas de telecomunicaciones o de tratamiento de datos que contribuyan a la comisión de las conductas señaladas en el inciso anterior o faciliten los medios intelectuales o materiales para concretarlas. (**Mayoría. 3 x 1 abstención**).

Las investigaciones de los hechos señalados en el inciso primero, sólo podrán ser iniciadas por el Ministerio Público previa denuncia o querella de la Fiscalía Nacional Económica. Habiéndose iniciado con anterioridad una investigación administrativa por los mismos hechos, el Fiscal Nacional Económico se declarará incompetente para seguir conociendo el asunto en cuanto se haga constar en el proceso respectivo el hecho de haberse acogido a tramitación la querella o efectuado la denuncia, sin perjuicio de poder continuar la investigación de aquellos hechos que involucrando a los mismos agentes económicos, constituyan otro tipo de atentado en contra de la libre competencia. (**Unanimidad 4 x 0**).

La sentencia penal condenatoria pronunciada en contra de un imputado pondrá fin a la responsabilidad administrativa que en base a los mismos hechos pudiere a éste corresponderle. (**Mayoría. 3 x 1 abstención**).

Se considerará como eximente de responsabilidad penal la colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos que haya prestado el imputado en el proceso, cuando éste hubiere accedido previamente a una reducción o exención de la multa de acuerdo con el artículo 39 bis. **(Mayoría. 4 x 1 abstención**).

**Artículo 3° ter**. Para la investigación del delito sancionado en el artículo anterior, el Ministerio Público podrá solicitar al Juez de Garantía que ordene la interceptación y grabación de las comunicaciones telefónicas o de otras formas de comunicación en que intervengan personas respecto de las cuales existan fundadas sospechas de haber participado o estar participando en la ejecución de los acuerdos o prácticas concertadas a los que dicho artículo se refiere.”. **(Mayoría. 4 x 1 abstención**).

**Número 2)**

Remplazarlo por el siguiente:

2.- Intercálase, en el inciso cuarto del artículo 20, entre la expresión “artículo 3°” y el vocablo “prescribirán”, la frase “y en el artículo 3° bis”. (**Unanimidad. 4 x 0**).

**Artículo 2°**

Sustituirlo por el siguiente:

Artículo 2°.- Introdúcense las siguientes modificaciones al artículo 6º del Código Orgánico de Tribunales:

1.- Sustitúyese, en el numeral 9°, la letra “y”, y la coma (,) que le precede, por un punto aparte.

2.- Reemplázase al final del numeral 10, el punto aparte por una letra “y” precedida de una coma (,).

3.- Agrégase el siguiente numeral 11, nuevo:

“11. Los sancionados en el artículo 3º bis del decreto con fuerza de ley Nº 1, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2005, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley Nº 211, de 1973, cuando atenten contra la libre competencia en los mercados chilenos.”.”.(**Mayoría. 3 x 1 abstención)**.

**TEXTO DEL PROYECTO PROPUESTO AL SENADO**

Como consecuencia de lo anterior, el texto del proyecto de ley quedaría como sigue:

**PROYECTO LEY**

“Artículo 1°. Introdúcense las siguientes modificaciones en el decreto con fuerza de ley Nº 1, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2005, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley Nº 211, de 1973:

1.- Intercálanse, a continuación del artículo 3°, los siguientes artículos 3° bis, y 3° ter, nuevos:

Artículo 3° bis. Sin perjuicio de lo previsto en el artículo anterior, los que ejecutaren acuerdos expresos o tácitos celebrados entre agentes económicos, o prácticas concertadas entre ellos, mediante los cuales se fijen precios de venta o de compra de bienes o servicios de primera necesidad, se limite su producción o se asignen zonas o cuotas de mercado, o hubieren ordenado dicha ejecución, serán castigados con la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados y una multa a beneficio fiscal de hasta treinta mil unidades tributarias anuales.

Si dichas conductas se cometen mediante un sistema de telecomunicaciones al que se tenga acceso desde el territorio nacional, aun cuando se hubieren iniciado en el extranjero, se entenderán

ejecutadas en Chile. El mismo principio se aplicará a las actuaciones realizadas en el extranjero por medio de sistemas de telecomunicaciones o de tratamiento de datos que contribuyan a la comisión de las conductas señaladas en el inciso anterior o faciliten los medios intelectuales o materiales para concretarlas.

Las investigaciones de los hechos señalados en el inciso primero, sólo podrán ser iniciadas por el Ministerio Público previa denuncia o querella de la Fiscalía Nacional Económica. Habiéndose iniciado con anterioridad una investigación administrativa por los mismos hechos, el Fiscal Nacional Económico se declarará incompetente para seguir conociendo el asunto en cuanto se haga constar en el proceso respectivo el hecho de haberse acogido a tramitación la querella o efectuado la denuncia, sin perjuicio de poder continuar la investigación de aquellos hechos que involucrando a los mismos agentes económicos, constituyan otro tipo de atentado en contra de la libre competencia.

La sentencia penal condenatoria pronunciada en contra de un imputado pondrá fin a la responsabilidad administrativa que en base a los mismos hechos pudiere a éste corresponderle.

Se considerará como eximente de responsabilidad penal la colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos que haya prestado el imputado en el proceso, cuando éste hubiere accedido previamente a una reducción o exención de la multa de acuerdo con el artículo 39 bis.

Artículo 3° ter. Para la investigación del delito sancionado en el artículo anterior, el Ministerio Público podrá solicitar al Juez de Garantía que ordene la interceptación y grabación de las comunicaciones telefónicas o de otras formas de comunicación en que intervengan personas respecto de las cuales existan fundadas sospechas de haber participado o estar participando en la ejecución de los acuerdos o prácticas concertadas a los que dicho artículo se refiere.”.

2.- Intercálase, en el inciso cuarto del artículo 20, entre la expresión “artículo 3°” y el vocablo “prescribirán”, la frase “y en el artículo 3° bis”.

Artículo 2°.- Introdúcense las siguientes modificaciones al artículo 6º del Código Orgánico de Tribunales:

1.- Sustitúyese, en el numeral 9°, la letra “y”, y la coma (,) que le precede, por un punto aparte.

2.- Reemplázase al final del numeral 10, el punto aparte por una letra “y” precedida de una coma (,).

3.- Agrégase el siguiente numeral 11, nuevo:

“11. Los sancionados en el artículo 3º bis del decreto con fuerza de ley Nº 1, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2005, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley Nº 211, de 1973, cuando atenten contra la libre competencia en los mercados chilenos.”.”.

- - - - - - -

Acordado en sesiones celebradas los días 5 de mayo, 9 de junio y 8, 15 y 29 de julio, todas de 2009, con asistencia de sus integrantes, Honorables Senadores señor Alberto Espina Otero (Presidente), señora Soledad Alvear Valenzuela y señores Andrés Chadwick Piñera, José Antonio Gómez Urrutia y Pedro Muñoz Aburto.

Sala de la Comisión, a 3 de agosto de 2009.

RODRIGO PINEDA GARFIAS
Secretario

**RESUMEN EJECUTIVO**

**INFORME DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO, RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY, INICIADO EN MOCIÓN DE LOS HONORABLES SENADORES SEÑORES ESPINA, CANTERO, CHADWICK, GARCÍA Y HORVATH, QUE SANCIONA PENALMENTE LA COLUSIÓN**

**(Boletín Nº 6.454-05)**

---

**I. PRINCIPALES OBJETIVOS DEL PROYECTO PROPUESTO POR LA COMISIÓN:** El objetivo central de esta iniciativa es tipificar como delito los acuerdos celebrados entre agentes económicos para alterar el libre mercado tratándose de bienes y servicios de primera necesidad. Se establece que solamente la Fiscalía Nacional Económica podrá interponer la denuncia o querella correspondiente; consagrar la exención de responsabilidad penal al imputado que hubiere prestado una colaboración sustancial en la investigación administrativa; otorgar competencia a los tribunales nacionales para conocer de estos delitos, aún cuando hubieren tenido principio de ejecución en el extranjero, siempre que atentes contra la libre competencia en los mercados chilenos.

**II. ACUERDOS:** La idea de legislar fue aprobada por unanimidad de presentes (4 x 0). En la discusión en particular se adoptaron los siguientes acuerdos:
- Respecto del número 1 del artículo 1°:
**Artículo 3° bis**: inciso primero, aprobado por unanimidad (4 x 0); inciso segundo, mayoría (3 x 1 abstención); inciso tercero, aprobado por unanimidad (4 x 0); inciso cuarto, mayoría (3 x 1 abstención), e inciso quinto, mayoría (3 x 1 abstención). **Artículo 3° ter**, aprobado por mayoría (4 x 1 abstención);
- Respecto del número 2 del artículo 1°: aprobado por unanimidad (4 x 0)
- Respecto del artículo 2°: mayoría (3 x 1 abstención).

**III. ESTRUCTURA DEL PROYECTO APROBADO POR LA COMISIÓN:** El proyecto consta de dos artículos. El primero de ellos, a su vez, se compone de dos numerales.

**IV. NORMAS DE QUÓRUM ESPECIAL:** el artículo 3º ter, contenido en el número 1) del artículo 1º y el artículo 2º tienen rango de norma orgánica constitucional y, en consecuencia, deben ser aprobados por las cuatro séptimas partes de los Senadores en ejercicio, en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 77, en relación con el inciso segundo del artículo 66, ambos de la Constitución Política de la República.

**V. URGENCIA:** No tiene.

**VI. ORIGEN E INICIATIVA:** Moción de los Honorables Senadores Señores Espina, Cantero, Chadwick, García y Horvath.

**VII. TRÁMITE CONSTITUCIONAL:** Primero.

**VIII. APROBACIÓN POR LA CÁMARA DE DIPUTADOS:** No hay.

**IX. INICIO DE LA TRAMITACIÓN EN EL SENADO:** 8 de abril de 2009.

**X. TRÁMITE REGLAMENTARIO:** Primer informe; discusión en general y en particular.

**XI. LEYES QUE SE MODIFICAN O QUE SE RELACIONAN CON LA MATERIA:**

1.1.- Decreto con fuerza de ley Nº 1, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2005, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley Nº 211, de 1973. Este cuerpo legal tiene por objeto promover y defender la libre competencia de los mercados y sancionar los atentados en su contra. Además, consagra y regula el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la Fiscalía Nacional Económica.

1.2.- Ley Nº 20.361, de 13 de julio de 2009, que modifica el decreto ley Nº 211, de 1973.

1.3.- Código Orgánico de Tribunales. Su artículo 6° enumera los crímenes y simples delitos que, no obstante haber sido perpetrados fuera del territorio de la República, quedan sometidos a la jurisdicción chilena.

1.4.- Código Procesal Penal. Su artículo 176 obliga, entre otros, a los funcionarios públicos a denunciar ante el Ministerio Público, dentro de las veinticuatro horas siguientes, los hechos criminales de que tomen conocimiento.

1.5.- Texto original del decreto ley N° 211, de 1973.

- - - - - - -

Valparaíso, 3 de agosto de 2009.

RODRIGO PINEDA GARFIAS
Secretario de la Comisión

## ÍNDICE


| | Página |
|---|---|
| 1.- Constancias reglamentarias | 1 |
| 2.- Antecedentes | 2 |
| a) De Derecho | 2 |
| b) Moción | 3 |
| c) Derecho comparado | 6 |
| 3.- Discusión en general | 15 |
| 4.- Aprobación en general | 26 |
| 5.- Discusión en particular | 26 |
| 6.- Informes en Derecho | 35 |
| 7.- Modificaciones propuestas | 70 |
| 8.- Texto propuesto al Senado | 72 |
| 5.- Resumen Ejecutivo | 75 |


- - - - - - -