MODIFICA DIVERSOS CUERPOS LEGALES PARA IMPONER RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS POR EL DELITO DE COLUSIÓN, Y CONSAGRAR EL COMISO DE LAS UTILIDADES COMO SANCIÓN ADICIONAL, EN CASOS DE INFRACCIÓN A LAS LEYES SOBRE MERCADO FINANCIERO Y LIBRE COMPETENCIA

BOLETÍN Nº 13180-03

FUNDAMENTOS Y ANTECEDENTES

1. ***Es altamente importante sancionar los ilícitos económicos o "de poder"***

Durante las últimas jornadas se ha discutido de manera lata en torno a la sanción que merecen y deben recibir los delitos económicos o comúnmente llamados delitos "de cuello y corbata", entre los que se cuentan con particular especialidad el ilícito de colusión, aquellos que atentan contra el Mercado de Valores, los delitos electorales y los fraudes o delitos tributarios.

Sobre esta materia ha existido una evolución también extensa en nuestra legislación, en relación con el establecimiento de sanciones penales, sanciones administrativas y otra clase de medidas como reacción ante la ocurrencia de los hechos aludidos, ya que se considera que los mismos afectan y socavan de manera grave determinados aspectos de la institucionalidad que, por su parte, sostienen la convivencia democrática, como lo son la libre competencia, la probidad y la trasparencia de la actividad política o la protección del Fisco, entre otros.

Estos bienes, por su parte, permiten a las personas ejercer su libertad, toda vez que, sin ellos, nadie podría afirmar de manera contundente, que es posible y beneficioso ejercer una actividad económica, concurrir al mercado como oferente o demandante o participar de manera igualitaria en la actividad política. En otras palabras, existe en estos hechos una grave trasgresión de un medio que permite un fin, en donde los bienes y la institucionalidad que se protegen son los medios que permiten a las personas desplegar su individualidad de manera efectivamente libre. El denominado Derecho Penal Económico tutela de manera clara la libertad de las personas en ese sentido[1], así como también la protección del Fisco y de la probidad en el caso de la sanción a la corrupción concurren a ello.

Atendida la importancia que revisten los bienes señalados, es que las normas que sancionan su trasgresión son igual de importantes.

En nuestra legislación ha existido una profusa evolución que, muy paradojalmente, ha arrojado un cierto manto de impunidad para quienes cometen estos hechos, lo cual puede extraerse, tanto al observar en sí misma la comisión de estos ilícitos, como al compararlos en relación con otra clase de criminalidad.

---

1 Urs Kindhäuser (2013): "*Los tipos de delitos en el Derecho Penal Económico*", En**:** La teoría del delito en la práctica penal económica (directores: Jesús María Silva Sánchez y Fernando Miró), pp. 71-72.

La sanción penal para la colusión fue repuesta el año 2016[2], tras los bullados casos de colusión en las farmacias, en alimentos, insumos básicos y en el transporte interurbano de buses, lo que terminó por perjudicar a millones de chilenos. Asimismo, tras los casos de financiamiento irregular de la política que por la misma época fueron conocidos, se instituyó la sanción penal para tales actos[3]. Estas son dos de las últimas grandes reformas practicadas y que denotan un interés común por abordar estas situaciones.

Con antelación, existe en nuestro ordenamiento la Ley de Mercado de Valores que considera sanciones administrativas y penales por la comisión de ciertos actos que vulneran tal institucionalidad y en 2009 se instituyó la Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, que creó una especial forma de imputación y sanción a los entes colectivos con personalidad jurídica en cuyo seno y en cuyo favor se cometen actos criminales.

Pero, como se dijo, visto como un apartado en sí mismo, el Derecho Penal Económico, vinculado con los delitos de abuso de poder, no ha generado un aliciente claro para que estos hechos no se cometan, a lo que abona en general el criterio de que la multa "a pagar" sigue siendo más baja que las utilidades obtenidas en estas operaciones ilícitas (colusorias o fraudulentas, por ejemplo) y que las penas asociadas a los delitos del Mercado de Valores y fraudes tributarios siguen también siendo bajas, lo que hace que en estos casos la amenaza de la reacción penal sea sólo simbólica.

En contraste con la delincuencia "común", que es aquella que protege eminentemente la propiedad y sobre la cual se ha legislado con intensidad a través de las denominadas "agenda corta anti-delincuencia", existe una disparidad notoria. Como ejemplo, quien comete actos en uso de información privilegiada, se arriesga a una pena que parte en 61 días y termina en 5 años, permitiendo que apliquen toda clase de salidas y penas alternativas en libertad. Por su parte, la pena para el delito de robo en cualquiera de sus variantes suele partir en 3 años y 1 día, llegando hasta los 10 años, lo que permite que el condenado cumpla una pena de cárcel efectiva.

Algunos de estos vacíos buscan ser reformados mediante distintos proyectos de ley en actual trámite ante el Congreso, los que buscan agravar las sanciones. Con todo, los diputados que suscriben esta moción creen necesario establecer medidas adicionales, que refuercen el conjunto de aquellas disponibles para reaccionar ante la delincuencia económica o de abuso de poder y que permitan concluir que efectivamente se hace justicia ante estos hechos tan lesivos.

2. ***Contenido de la propuesta***

Con la intención de introducir medidas adicionales para el combate contra la delincuencia económica, "de cuello y corbata" o abusos de poder, se propone integrar las siguientes medidas:

---

2 Ley N° 20.945
3 Ley N° 20.900

(a) **Incluir el delito de colusión en el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas**: el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, introducido por la Ley N° 20.393, plantea una especial forma de imputación a entes colectivos, en virtud del cual se aplica una sanción de naturaleza penal a aquella persona jurídica en cuyo beneficio se haya cometido alguno de los delitos contemplados en el artículo 1 de dicha norma.

Como se conoce, esta ley imputa y sanciona el defecto organizacional, constituido por la no adopción de medidas de prevención que permitan suponer el recto actuar del ente jurídico y que, en consecuencia, obsten a que se aplique una pena. Es aquello la mayor virtud de esta normativa, puesto que se constituye como un aliciente directo para la adopción de los denominados "modelos de prevención de delitos" y para respetar el estricto cumplimiento normativo o *compliance*.

Sostenemos que el delito de colusión se circunscribe a los caracteres de aquellos hechos por los cuales puede imputarse responsabilidad penal a una persona jurídica. Efectivamente, es un hecho ilícito que puede ser configurado directa e inmediatamente en interés de la compañía, ejecutado por quienes tienen poder de decisión para aquello y consumado en virtud de la inexistencia de medidas que impidan su acaecimiento.

(b) **Instituir la sanción de comiso en sede administrativa**: nuestro Código Penal contempla actualmente, como pena, la de comiso, tal como se señala en su artículo 31. Este comiso o requisición caería por sobre los *instrumentos* con que se perpetra un delito y por sobre los *efectos* que provienen del mismo.

Ahora bien, la redacción de esta norma, antiquísima, ha sido objeto de múltiples interpretaciones y variaciones tanto doctrinarias, como jurisprudenciales[4], abarcando actualmente la noción de ganancias que se obtienen en base a un hecho ilícito. Las reformas legales sobre lavado de activos, tráfico ilícito de estupefacientes y responsabilidad penal de las personas jurídicas han abonado en dicho sentido, esto es, que puede el tribunal penal imponer la pena de comiso de las utilidades obtenidas a raíz de una operación ilícita de carácter económico, por ejemplo.

Habiéndose ya señalado que existe una diferencia entre la responsabilidad administrativa y penal que puede surgir a raíz de los ilícitos que en esta iniciativa se han comentado, es importante indicar que en materia administrativa, en el contexto de los procedimientos de investigación y sanción que llevan adelante entes como la Comisión para el Mercado Financiero (Mercado de Valores) y la Fiscalía Nacional Económica (Libre Competencia), la sanción de comiso de ganancias o utilidades no existe, por lo que es allí donde se genera el aliciente para cometer estos hechos y terminar pagando una multa que es inferior a lo recaudado en función del acto ilícito.

Persistiendo la situación que se señala con anterioridad, continuará resultando más beneficio coludirse o ejecutar actos en contravención a la normativa del Mercado de Capitales, puesto que

4 Ignacio Ananías (2014) "*El Comiso de Ganancias*" En: Revista de Estudios de la Justicia, N° 21, pp. 182-189.

sólo la sanción penal, de ulterior ratio y mucho más compleja aplicación, podría significar un verdadero desincentivo.

Por lo dicho, se propone instituir la sanción de comiso de ganancias o utilidades en sede administrativa, utilizando para ello similar redacción a la contemplada al respecto en la legislación sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas. Creemos que esta medida dispone un desincentivo directo para la realización de esta clase de maquinaciones, ya que nadie podrá enriquecerse, ni gozar de beneficios obtenidos de manera fraudulenta.

IDEA MATRIZ

El presente proyecto busca modificar diversos cuerpos legales con el objeto incluir el delito de colusión en el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas e instituir la sanción de comiso de ganancias en sede administrativa

NORMATIVA LEGAL VIGENTE AFECTADA POR EL PROYECTO

Decreto Ley N° 211 de 1973 sobre Libre Competencia
Ley 20.393 sobre Responsabilidad Penal de las Personas jurídicas
Ley 21.000 que crea la Comisión para el Mercado Financiero

PROYECTO DE LEY

ARTÍCULO PRIMERO: Modifíquese el Decreto Ley N° 211 de 1973 sobre Libre Competencia, agregándose una nueva letra f) al artículo 26, del siguiente tenor: "*f) El comiso de los activos patrimoniales cuyo valor correspondiere a la cuantía de las ganancias obtenidas a través de la perpetración del acto que motiva la sanción. Dichas ganancias comprenden los frutos obtenidos y las utilidades que se hubieren originado, cualquiera que sea su naturaleza jurídica.*"

ARTÍCULO SEGUNDO: Modifíquese la Ley N° 20.393 sobre Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, agregando en el inciso primero del artículo 1, inmediatamente después del vocablo "*ley 18.314*" e inmediatamente antes de la conjunción *y* que le sigue, la siguiente frase: ", *en el artículo 62 del Decreto Ley 211 de 1973*", quedando dicho inciso de la siguiente manera:

"*Contenido de la ley. La presente ley regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto de los delitos previstos en los artículos 136, 139, 139 bis y 139 ter de la Ley General de Pesca y Acuicultura, en el artículo 27 de la ley N° 19.913, en el artículo 8° de la ley N°18.314* ***, en el artículo 62 del Decreto Ley N° 211 de 1973*** *y en los artículos 240, 250, 251 bis, 287 bis, 287 ter, 456 bis A y 470, numerales 1° y 11, del Código Penal; el procedimiento para la investigación y establecimiento de dicha responsabilidad penal, la determinación de las sanciones procedentes y la ejecución de éstas*."

ARTÍCULO TERCERO: Efectúense las siguientes modificaciones a la Ley N° 21.000 que crea la Comisión para el Mercado Financiero:

1. Agréguese un nuevo número 4 al artículo 36, del siguiente tenor: "*4. El comiso de los activos patrimoniales cuyo valor correspondiere a la cuantía de las ganancias obtenidas a través de la perpetración del acto que motiva la sanción. Dichas ganancias comprenden los frutos obtenidos y las utilidades que se hubieren originado, cualquiera que sea su naturaleza jurídica.*"

2. Agréguese un nuevo número 3 al artículo 37, del siguiente tenor: "*3. El comiso de los activos patrimoniales cuyo valor correspondiere a la cuantía de las ganancias obtenidas a través de la perpetración del acto que motiva la sanción. Dichas ganancias comprenden los frutos obtenidos y las utilidades que se hubieren originado, cualquiera que sea su naturaleza jurídica.*"

_____ _____

ANDRÉS LONGTON HERRERA
Diputado

HUGO REY MARTÍNEZ
Diputado