INFORME DE LA COMISIÓN DE ECONOMÍA, FOMENTO Y DESARROLLO RECAÍDO EN LOS PROYECTOS QUE TIPIFICAN EL DELITO DE COLUSIÓN Y OTROS ATENTATORIOS DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR.

BOLETINES N°s 6438-03 Y 6439-07-1[1]

HONORABLE CÁMARA:

La **Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo** pasa a informar sobre los proyectos de ley referidos en el epígrafe, en primer trámite constitucional y reglamentario, sin urgencia, originados en las mociones que a continuación se enuncian:

1.- De las Diputadas señoras María Antonieta Saa y Ximena Vidal y de los Diputados señores Enrique Accorsi, Ramón Farías, Guido Girardi, Felipe Harboe, Antonio Leal, Marco Antonio Nuñez, Gabriel Sliber y Patricio Vallespín que impone penas por delitos que atenten contra la libre competencia, boletín N° 6438-03.

2.- De las Diputadas señoras Isabel Allende y Denise Pascal y de los Diputados señores Marcelo Díaz, Francisco Encina, Alfonso De Urresti, Fidel Espinoza, Carlos Montes, Iván Paredes, Fulvio Rossi y Marcelo Schilling, que tipifica delitos atentatorios contra los derechos de los consumidores y la libre competencia, boletín N° 6439-07.

****

Cabe hacer presente que la Comisión, en su sesión ordinaria N° 113, de 04 de agosto de 2009, acordó refundirlos y estudiarlos en conjunto, por cuanto se refieren a materias afines.

****

I.- CONSTANCIAS PREVIAS.

1.- IDEA MATRIZ O FUNDAMENTAL DE LOS PROYECTOS.

Establecer un tipo penal que sancione a los que ejecuten conductas, actos o convenciones a que se refiere la letra a) del inciso segundo del artículo 3°, del decreto con fuerza de ley N°1, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2005, y a consecuencia de lo cual se afecten bienes o servicios esenciales.

2.- NORMAS DE CARÁCTER ORGÁNICO CONSTITUCIONAL O DE QUÓRUM CALIFICADO.

---

[1] La tramitación completa de estos proyectos se encuentra disponible en la página web de la Cámara de Diputados: http://sil.congreso.cl/pags/index.html

Tienen rango de norma orgánica constitucional, **de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 77 y 84 de la Constitución Política de la República de Chile** los artículos 286 bis y 286 quáter respectivamente, que introduce en la ley el número 2); todos del texto aprobado.

3.- TRÁMITE DE HACIENDA.

No existen normas en esta situación.

4.- LOS PROYECTOS FUERON APROBADOS, EN GENERAL, POR UNANIMIDAD.

VOTARON A FAVOR LOS DIPUTADOS **ARENAS,** DON **GONZALO**; **JARPA**, DON **CARLOS ABEL**; **LEAL**, DON **ANTONIO**; **ORTIZ, DON JOSÉ MIGUEL** Y **VALLESPÍN**, DON **PATRICIO**.

5.- SE DESIGNÓ DIPUTADO INFORMANTE AL SEÑOR **RENÉ AEDO ORMEÑO.**

****

La Comisión contó con la asistencia y colaboración de los señores **Eduardo Escalona,** jefe de la División Jurídica del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción; **José Tomás Morel y Carlos Rubio**, asesores de ese Ministerio; **Jaime Baraona**, Sub-Fiscal Nacional Económico y **Sebastián Castro**, abogado de esa entidad; **Manuel Zárate** y **Verónica Rosenbut**;, representantes del Ministerio Público; doña **Nelly Salvo**, Jefa del Departamento de Estudios de la División Jurídica del Ministerio de Justicia y doña **Elina Cruz**, representante del Centro de Libre Competencia de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

****

II. <u>ANTECEDENTES.</u>

I.- MOCIÓN QUE IMPONE PENAS POR DELITOS QUE ATENTEN CONTRA LA LIBRE COMPETENCIA. BOLETÍN N° 6438-03.

Los patrocinantes de la iniciativa señalan que en el año 1973 se dicta el decreto ley N° 211, conocido también como ley antimonopolio o de defensa de la libre competencia. En su artículo 1º tipificaba como delito el impedir la libre competencia, estableciendo como sanción el presidio menor en cualquiera de sus grados. Señalaba, además, que cuando el delito incida en artículos o servicios esenciales, tales como los correspondientes a alimentación, vestuario, vivienda, medicina o salud, la pena se aumentará en un grado.

Agregan que en el año 2002 se presentó un proyecto de ley para modificar el referido decreto ley, en virtud de los cambios y avances experimentados en la legislación comparada y en la ciencia económica y jurídica relativa a la libre competencia, así como la práctica y jurisprudencia que por casi treinta años se había desarrollado en Chile.

En aquella oportunidad, dicen, los ejes centrales del proyecto y de la discusión en el Congreso Nacional (hoy DFL 1, de marzo de 2005), fueron una nueva tipificación de las conductas que se consideran ilícitas, la creación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en reemplazo de las extintas Comisiones Preventivas y Comisión Resolutiva, la modernización de los procedimientos que se desarrollan ante ese Tribunal y la supresión del carácter penal de las sanciones que se imponen a quienes infringen la legislación antimonopólica. Es decir, por medio de esta nueva institucionalidad se cambiaron las sanciones para el caso de infracción a las normas que regulan la libre competencia y se establecieron como tales sanciones la modificación de los contratos, la modificación o disolución de las sociedades y la aplicación de multas. Con ello, se eliminaron las penas corporales para las personas que actuaron con infracción a estas normas.

Mediante la dictación de la ley N° 20.361 se modifica el DFL 1 perfeccionando y asegurando la independencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, además otorga nuevos instrumentos de investigación para la Fiscalía Nacional Económica, como por ejemplo la delación compensada, pero no se insiste en darle carácter penal a las sanciones en contra de las personas que infrinjan las normas sobre libre competencia, aun en casos graves como resultó con el concierto de farmacias para subir el precio de los medicamentos más requeridos por las personas.

A nivel planetario se han creado cadenas de establecimientos comerciales especializados en la distribución y comercialización de algún tipo de productos, especialmente los alimentos, medicamentos y otros artículos de primera necesidad, lo que también ha incentivado la concentración de ciertos mercados, mediante diversas formas de adquisición de empresas y fusiones, de tal manera que en algunos países, entre ellos el nuestro, dichos mercados se han concentrado en tres o cuatro grandes cadenas comerciales. Tal concentración no representa por si mismo un atentado a la libre competencia; pero es innegable que acrecienta el poder económico de estos grupos controladores, y en la medida que la competencia se mantenga entre ellos se pueden resguardar adecuadamente los derechos de los consumidores y el buen funcionamiento del mercado, pero, de no ser así, y existir concierto para vulnerar la libre competencia y manejar los precios en perjuicio de los consumidores, se está produciendo un grave daño al país, a las personas y al sistema económico en general, en cuyas bases se encuentra la libertad de mercado y la posibilidad de elegir en el correcto juego de la oferta y la demanda.

Consideran, por lo expuesto, que es necesario incorporar una norma penal para estos casos, con el objeto de castigar a quienes pudieren urdir engaños masivos a la población por medio de la vulneración a las normas que regulan la libre competencia, ya que hoy sólo se podrían aplicar multas o modificaciones a las empresas, y los ejecutivos, a lo más, serán responsables del pago de las multas.

Señalan, a modo de conclusión, que no parece comprensible que se castigue con penas de prisión a quien robe o hurte una cartera o una joya, y que se deje sin castigo penal a quienes puedan implementar engaños masivos, por medio de una aparente competencia comercial, y por otra mediante el engaño y el acuerdo oculto, obtener ganancias de miles de millones de pesos.

II.- MOCIÓN QUE TIPIFICA DELITOS ATENTATORIOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES Y LA LIBRE COMPETENCIA. BOLETÍN N° 6439-07.

Precisan sus patrocinantes que esta iniciativa tiene por objeto suplir un déficit en el Código Penal Chileno y otras leyes penales especiales, pues no existen los delitos contra los intereses de los consumidores y la libre competencia, por lo que una eventual intervención penal en esta materia queda condicionada a subsumir los hechos que configuran atentados contra los intereses difusos de los consumidores en alguno de los tipos penales que tutelan el patrimonio u otros bienes jurídicos (v. gr. el art. 467 o el numeral 1 del art. 469 del Código Penal), u otros bienes jurídicos, como los delitos contra la industria y el comercio o asociación ilícita (art. 285, 286 y 292 del C. Penal), como ha ocurrido con las acciones penales dirigidas contra las cadenas de farmacias.

La ley N° 19.496 contiene un catálogo de faltas que la doctrina ha incluido en el denominado *derecho contravencional,* sin establecer una distinción nítida en cuanto a la responsabilidad civil de la responsabilidad contravencional, estas falencias en la técnica empleada por el legislador impide que a las contravenciones resulten aplicables los principios propios del Derecho Penal, que se entienden incorporados en toda norma sancionatoria de carácter administrativo.

En este sentido, es necesario una revisión legislativa a objeto de establecer sanciones penales propiamente tales, a fin de evitar zonas de confusión y separar aquellos graves atentados de los que tienen un menor grado de ofensividad. La propuesta hace una especial referencia a los acuerdos de precios, discriminación comercial, la publicidad engañosa (como figura base), una agravante especial, y un tipo sobre la venta fraudulenta de productos o servicios defectuosos y la alteración de los precios.

En el sistema jurídico en general, la posición del consumidor ocupa un lugar relevante, siendo reconocida por la doctrina su función e importancia, lo que ha llevado a las legislaciones de los más diversos países a reconocerle una serie de derechos, incluso con rango

constitucional, como es el caso de España[2] y Argentina[3], más indirectamente la Constitución Política del Perú[4]. En nuestro sistema, la ley N° 19.496 *sobre protección del consumidor,* no contiene tipos penales, sino un catálogo de faltas aisladas y que la doctrina ha incluido en el denominado *derecho contravencional,* en la tendencia a prescindir de las penas privativas de libertad de corta duración, como las que podrían ser aplicadas en este caso, y opta por utilizar penas pecuniarias. A través de estas faltas se protege el interés difuso de los consumidores en el orden del mercado. El *derecho contravencional* está dirigido a reprimir infracciones normativas de menor gravedad que el delito. Este Derecho es una rama especializada que no tiene diferencia con el Derecho Penal en cuanto a la sustancia o naturaleza de las infracciones que castiga, sino en cuanto a sus cualidades, porque presenta un menor injusto.[5].

Las contravenciones tienen como rasgo principal la improcedencia de la aplicación de penas privativas de libertad, siendo la sanción por antonomasia la multa, que cualitativamente no es lo mismo que la pena pecuniaria que se prevé para los delitos[6]. La falta de una sistematización en esta ley no permita diferenciar claramente la responsabilidad civil de la contravencional. El artículo 24 de la ley, "contiene una sanción residual para las infracciones que no tengan señalada otra consecuencia"[7], dispone que "las infracciones a lo dispuesto en esta ley serán sancionadas con multa de hasta 50 UTM, si no tuvieren señaladas una sanción diferente". No señalando cuáles son específicamente esas infracciones, pareciera ser todas, sin limitarse a las infracciones más graves. Es decir, muchas de estas normas -como las del art. 23 y 24 inciso segundo-, dada su vaguedad y amplitud hacen impracticable su aplicación.

Agregan que lo anteriormente descrito, claramente demuestra la insuficiente regulación en este ámbito, lo que hace necesaria una revisión de los derechos de los consumidores. En este sentido, Muñoz Conde sostiene que los Derechos de los consumidores no son exclusivamente patrimoniales, y en un sistema social de mercado tienen un trascendente aspecto *supraindividual,* de ahí que sostenga que deben establecerse tipos especiales de características diferentes a los patrimoniales. Es por eso que Novoa Monreal, señala que "el bien jurídico que busca proteger y mantener el derecho económico es el orden público

---

[2] El art. 51.1 de la Constitución Política, dispone: *"Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos".*

[3] El art. 42 de la Constitución Nacional Argentina, dispone: *"Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y ala constitución de asociaciones de consumidores y usuarios".*

[4] El inciso primero del Art. 61, dispone: "El *Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede au rizar ni establecer monopolios".*

[5] Garrido Montt, Mario, *"Derecho Penal", pág.* 84, Editorial Jurídica de Chile.

[6] Bofill, Jorge, *"Sanciones contravencionales y responsabilidad penal en el sistema de protección al consumidor",* pág. 304, en "Derecho del Consumo y Protección al Consumidor", Hernán Corral Talciani (editor, Cuadernos de extensión N° 3, Universidad de los Andes, 1999.

[7] ídem, pág. 308.

económico de una nación"[8], es por eso que la tutela de intereses de los consumidores "se confunde en la legislación moderna con la de los intereses colectivos, porque todo miembro de la comunidad es en definitiva un consumidor. No corresponde por tanto, hacer una distinción entre delitos que protegen los intereses económicos de todos los consumidores y los que protegen los intereses económicos colectivos. Cosa diferente es que, ordinariamente, un delito destinado a velar por el interés de los consumidores no será un delito económico puro, pues también podrá causar un daño cuantificable y directo a algún consumidor concreto al cual afecte"[9]. Para el prof. Tiedemann, nos encontramos ante delitos en donde el bien jurídico tutelado es colectivo, que los sitúa dentro del marco de los delitos contra la estructura político-económico de la actividad empresarial"[10], por eso se habla de "bienes jurídicos supra-individuales (sociales)[11], los que han sido criticados por favorecer una *tendencia expansiva* del Derecho penal, por ejemplo a través de la creación de .tipos *de peligro abstracto[12],* con lo que los bienes jurídicos supraindividuales o sociales serían frecuentemente expresiones vacías sin existencia real[13], abandonando las fronteras del derecho penal, usurpando tareas de regulación que sólo podrían ser ejercidas por el derecho civil o el derecho administrativo, en este aspecto Bofill señala que "la ley **19.496** no es en absoluto clara cuando se trata de delimitar los ámbitos civil y contravencional"[14].

Señalan que la ley N° 16.464[15], dictada durante el gobierno de Eduardo Frei M., en el año 1966, establece en su título V una serie de *disposiciones penales* enmarcadas como *delitos socio económicos,* teniendo como objeto de protección entre otros derechos de los trabajadores, la fijación de ciertos precios y delitos relativos al abastecimiento de los bienes de primera necesidad de la población, con especiales normas de índole procesal cuya inicio quedaba encargado al ejercicio de la acción penal por la Dirección de Industria y Comercio, actualmente, mediante la sustitución en el D.F.L. N° 242 de 1960 de todas las menciones a la Dirección de Industria y Comercio por la de Servicio Nacional del Consumidor y, por lo tanto, todas las referencias que las leyes efectúen a la Dirección de Industria y Comercio se entenderán hechas al Servicio Nacional del Consumidor", como se desprende de la ley N° 18.959, publicada en el Diario Oficial el 24 de febrero de 1990.

---

[8] Novoa Monreal, Eduardo, *"Determinación y delimitación del delito económico", pág. 193,* en *Cuestiones de Derecho Penal y Criminología,* Editorial Ediar-ConoSur, 1987.

[9] Novoa Monreal, ob. cit. *pág. 187.*

[10] Cfr. Mercado, Daniel, *"La situación actual de los delitos contra los consumidores. referencia a la legislación chilena",* Publicado en el libro de ponencias del XIV Congreso Latinoamericano y III Iberoamericano de Derecho Penal y Criminología, realizado los días *25, 26, 27 y 28* de Septiembre de *2002* en el Facultad de Derecho de la Universidad de Valparaíso

[11] Tiedemann, Klaus, "El *Derecho penal económico: visión global del derecho substantivo y del derecho procesal penal ",* pág. *34,* en *Lecciones de Derecho Penal Económico (comunitario, español. Alemán), PPU,* Barcelona, *1993.*

[12] Una referencia sobre las posiciones críticas Cfr., Schünemann, Bemd, *"¿Ofrece la reforma del Derecho penal alemán un modelo o un escarmiento?",* pág. *188 y ss*., en *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio,* Editorial tecnos, *2002.*

[13] Ídem.

[14] Boffil, ob. cit. pág. 307.

[15] Publicada en el Diario Oficial de 25.04.1966.

Puntualizan, sin embargo, que tales normas dada su ubicación en el sistema, y sucesivas reformas han dificultado su aplicación práctica, aunque podría suscitar un concurso de leyes aplicables, a los casos actualmente investigados por la Fiscalía Nacional Económica, en materia de colusión de precios por las cadenas farmacéuticas.

En cuanto a los delitos contra la libre competencia, cabe recordar la discutible negociación que significó la *descriminalización de los delitos contra la libre competencia* a fin de establecer el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia el año 2003, mediante la ley N°19.911, lo que también significó un debilitamiento en el ámbito de la tutela penal de la libre competencia.

Como explica la doctrina comparada "A diferencia de los delitos contra bienes jurídicos individuales como la integridad corporal o el patrimonio, en el marco de las actividades económicas del mercado, los agentes económicos pueden afectar también a los individuos como consumidores, pero no en sentido individual sino colectivo, pues lo que está en juego es su derecho a gozar de los beneficios obtenidos de la lucha competitiva libre y leal o por las regulaciones establecidas por el Estado en su favor"[16]. En general se considera la separación de los delitos contra los intereses de los consumidores como delitos autónomos (v. gr. salud pública o intereses económicos), otros sostienen la posibilidad de englobarlos como delitos económicos.

En general, el sistema de protección penal en esta materia en Canadá y Estados Unidos de América "derivan de la responsabilidad asumida por el Estado en la organización de un mercado sano y libre. Para cumplir con dicha responsabilidad el Estado utiliza, en primer lugar, leyes penales que establecen sanciones de tipo penal público; y en segundo lugar, los llamados daños punitivos, que son sanciones penales privadas"[17] . En el caso de las sanciones penales de carácter público, destaca el objetivo de establecer una especie de "código de conducta empresarial y comercial prohibiendo ciertas practicas comerciales, tales como: las ventas piramidales, las ventas promocionales engañosas, publicidad falsa, publicidad sobre el crédito para promover las ventas, publicidad dirigida hacia los niños, falsa información sobre precios, pesos y medidas o sobre la composición del producto, etc."[18]. En el caso de los denominados "daños punitivos" (sanciones penales privadas), existe en todas las jurisdicciones de Norteamérica, -si que existe culpa intencional grave del demandado-, la posibilidad de la víctima de pedir, además del resarcimiento para compensar sus daños físicos, materiales o morales, una cuantía adicional por los daños punitivos causados.

---

[16] Cfr. Abanto Vásquez, Manuel, *"Diez años de Derecho penal económico peruano: un balance",* pág. 50, en Revista Peruana de Ciencias Penales, núm. 11, edición especial, Idemsa, 2002.

[17] Perret, Louis, *"Protección al consumidor en Canadá y Estados Unidos: Principales Técnicas",* pág. 16, en *"Derecho del Consumo y Protección al Consumidor",* Hernán Corral Talciani (editor), Cuadernos de extensión N°3, Universidad de los Andes, 1999.

[18] ídem.

En España, en el Código Penal de 1995, encontramos figuras penales en los artículos 281, 282 y 283 que al decir de los autores, el bien jurídico protegido se refiere al "derecho de los consumidores y usuarios a recibir una información veraz de sus productos y servicios ofertados en el mercado", es decir, "un bien jurídico colectivo netamente socio-económico cuya titularidad recae en los consumidores y usuarios. Sobre el particular el profesor Bustos, señala que, en estos delitos --el tipo básico previsto en el apartado primero del artículo 281 del Código Penal., constituye una innovación en el Código de 1995. Ahora bien, los delitos socioeconómicos contra los consumidores, entre los que la doctrina incluye al indicado tipo penal, se dirigen a preservar *auténticos intereses difusos de los consumidores,* configurado como un *bien jurídico espiritualizado o institucionalizado* de índole colectiva. Sin embargo, se entiende que al propio tiempo se tutela la libertad de competencia o libre mercado"[19]. Por su parte en el Código Penal de Perú, encontramos referencia expresa a la *publicidad engañosa y a* las *ventas fraudulentas*[20]*,* en los artículos 238 y 239 del Código Penal. En México, la letra d del artículo 253, castiga delitos contra el consumo, entre otros los acuerdos de los comerciantes para que los usuarios paguen precios exagerados. Con matices, el Código Penal Francés, contempla en su artículo 717-2, la punición de alza o baja artificial de precios, ventas engañosas o fraudulentas, pero adicionalmente admite la plena responsabilidad penal de las personas jurídicas (empresas) en esta clase de delitos.

DESCRIPCIÓN DE LAS MOCIONES.

La moción individualizada con el número **6438-03**, mediante un articulo único modifica los artículos 3º y 26 del decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Economía Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 211, de 1973, en orden a establecer una sanción corporal -presidio menor en cualquiera de sus grados (61 días a 5 años)-, a quienes impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia.

La moción individualizada con el número **6439-07**, a través de un artículo único, configura nuevos tipos penales autónomos en el Código Penal (sin que exista una remisión al decreto con fuerza de ley N°211, de 1973), estableciendo, asimismo, sanciones para otras conductas que no son propiamente colusorias.

III.- INTERVENCIONES,

Don **Eduardo Escalona,** jefe División Jurídica Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, manifestó que están de acuerdo en legislar en esta materia, por lo que valoran las mociones presentadas.

---

[19] Bustos, Juan, *Ohras Completas,* t. 111, parte especial, inédito.

[20] *"Código Penal Peruano", pág. 579,* en Revista Peruana de Ciencias Penales, núm. 12, edición especial, Idemsa, 2002.

Con la idea de mejorar el texto de las iniciativas parlamentarias, dijo, el Ejecutivo presentó una indicación sustitutiva que pretende restablecer la sanción penal para conductas de tipo concertado que tiendan a distorsionar el sistema de libre competencia que debe existir en el mercado, lo anterior, a raíz del impacto que generó el caso de la colusión de precios de ciertas cadenas farmacéuticas. Es así como el Gobierno, a partir de las sesiones finales de la tramitación legislativa del proyecto que reforzó nuestra institucionalidad de libre competencia, sostuvo que daría una atención preferente a la materia, lo que fue confirmado por la Presidenta de la República en su discurso del 21 de mayo pasado.

Durante su estudio, desde una perspectiva jurídica altamente compleja, varios parlamentarios presentaron mociones en la misma línea señalada por el Gobierno. De ahí que se decidió formular una indicación sustitutiva a las dos primeras mociones presentadas casi simultáneamente por Diputados de la Concertación, reconociéndoles su preocupación sobre el tema.

Recordó que la legislación vigente no consagra un tipo penal específico para sancionar los casos de colusión. En todo caso, dijo, sí se cuenta con una normativa sobre libre competencia que sanciona esta clase de conductas con multa, lo que se ha estimado insuficiente como mecanismo de disuasión cuando se trata de mercados muy sensibles para la población.

Señaló que un primer contenido de la indicación sustitutiva es la introducción de un nuevo tipo en el Código Penal, que hace referencia a la figura de colusión de la ley de libre competencia y añade un elemento que permite reflejar el mayor reproche social que conlleva a la sanción penal, cual es, la “finalidad de afectar actividades económicas consideradas esenciales”. Añadió que la conducta es sancionada con la pena de reclusión menor en su grado medio a máximo, esto es, de 541 días a 5 años de cárcel.

Un segundo aspecto de la indicación es la extensión de los efectos de la delación compensada, introducida en las recientes modificaciones de la ley de libre competencia, a la nueva figura penal.

En efecto, dada la eficacia de la delación compensada para detectar, poner pronto término y -en definitiva- disuadir los acuerdos colusorios, se consideró fundamental que quienes entreguen a la Fiscalía Nacional Económica antecedentes suficientes para acreditar un cartel en el que ellos participan, puedan acceder al beneficio de la exención o reducción de la pena de cárcel.

El tercer elemento de la indicación es que la acción penal sólo puede ejercerse previa instancia del Fiscal Nacional Económico. Por una parte, se consideró que para la eficacia del combate a la colusión debía contarse con antecedentes suficientemente contundentes, como los que pueden obtenerse de una investigación

desarrollada por la Fiscalía Nacional Económica. Por otra, de esta forma se respeta el principio penal de no sancionar dos o más veces a una persona por los mismos hechos (non bis in idem), ya que no se debe olvidar que la colusión seguirá estando sancionada con multa por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

En definitiva, será el Fiscal Nacional Económico, con todos los antecedentes provenientes de su investigación, quien estará en mejor posición para decidir qué alternativa judicial -penal o libre competencia- es más eficaz para sancionar cada caso particular de colusión.

Don Sabas Chahuán, Fiscal Nacional del Ministerio Público, por escrito, informó lo siguiente:

I. Antecedentes.

Con fecha 10 de junio de 2009, S.E. Presidenta de la República, formuló una indicación sustitutiva al proyecto de ley correspondiente al boletín N°6438-03, que impone penas por delitos que atenten contra la libre competencia, modificando íntegramente mediante dicha indicación, el texto del articulado del mencionado proyecto.

Como se señala en la exposición de motivos de la indicación sustitutiva, los objetivos fundamentales de dicha iniciativa, apuntan a introducir una reforma penal que permita la sanción a los responsables de la gestión de los negocios, que se concierten para impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, mediante un cartel o acuerdo colusorio, estableciéndose así una sanción penal exclusivamente para el ilícito de colusión bajo determinados supuestos de especial gravedad, regulando además ciertos aspectos de carácter procesal que se consideran indispensable para la eficacia de dicha sanción.

El texto de la indicación es el siguiente:

"Artículo único.- Introdúcense las siguientes modificaciones en el Código Penal:

1) Reemplázase el nombre del párrafo VII del Título VI del Libro 11 del Código Penal, por el siguiente: "De los delitos relativos a la industria, al comercio, a la libre competencia y a las subastas públicas.".

2) Intercálanse los siguientes artículo 285 bis, 285 ter y 285 quáter, nuevos:

"Art. 285 bis. Cuando las conductas, actos o convenciones a los que se refiere la letra a) del inciso segundo del artículo 3°, del decreto con fuerza de ley N°1, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2005, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N°211, de 1973, se cometan con la finalidad de afectar actividades consideradas esenciales, se castigarán con la pena de reclusión menor en su grado medio a máximo.

Art. 285 ter. El que realice alguna de las conductas establecidas en el artículo anterior podrá acceder a una exención de responsabilidad criminal cuando aporte a la Fiscalía Nacional Económica antecedentes que conduzcan a la acreditación de dicha conducta y a la determinación de los responsables.

Para acceder a este beneficio deberá cumplir los siguientes requisitos:

a. proporcionar antecedentes precisos, veraces y comprobables que representen un aporte efectivo a la constitución de elementos de prueba suficientes para fundar una querella ante los tribunales con competencia en lo penal;

b. abstenerse de divulgar la solicitud de estos beneficios hasta que la Fiscalía Nacional Económica haya formulado la querella u ordenado archivar los antecedentes de la solicitud, y

c. poner fin a su participación en la conducta inmediatamente de presentar su solicitud.

Sólo podrá acceder a esta exención de responsabilidad, el primero que solicitare este beneficio y hubiere cumplido con los requisitos del inciso anterior.

El Fiscal Nacional Económico en su querella individualizará a quien haya cumplido los beneficios para acceder al beneficio. Si el solicitante ratificara los antecedentes a que hace referencia la letra a) de este artículo ante el tribunal, éste dará por acreditados los requisitos de procedencia declarando la exención de responsabilidad criminal.

Lo anterior, no obstará a la aplicación de la circunstancia novena del artículo 11, a quienes con posterioridad a la declaración de exención, presten su colaboración en los términos señalados en este artículo.

Art. 285 quáter. El Ministerio Público iniciará la investigación por el delito establecido en el artículo 285 bis, únicamente previa querella del Fiscal Nacional Económico, presentada ante el juez de garantía competente, y cumpliendo con los requisitos del artículo 113 del Código Procesal Penal.

Respecto de este delito no será procedente lo dispuesto en El artículo 170 del Código Procesal Penal.".".

Encontrándose este proyecto en primer trámite constitucional, con fecha 12 de agosto de 2009, la Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo de la H. Cámara de Diputados, despachó invitación a este Fiscal Nacional para asistir a su próxima sesión, con el objeto de exponer su opinión acerca del contenido actual del proyecto.

Para estos efectos, y sin perjuicio de las observaciones que más adelante se formularán en relación con el texto de la indicación, resulta importante tener presente que, a la fecha se encuentran también en primer trámite constitucional otros proyectos de ley de similar índole, mediante los cuales se busca modificar la legislación protectora de la Libre Competencia, con el objeto de volver a incluir en el DL 211 una figura penal mediante la cual se castiguen conductas atentatorias en contra de dicho bien jurídico.

Estos proyectos de ley son los siguientes:

Boletín N° 6442-03, ingresado al Senado con fecha 1° de abril de 2009, por medio de moción de [os HH. Senadores Zaldivar y Bianchi; sin movimiento.

- Boletín N° 6439-07, ingresado a la Cámara de Diputados con fecha 2 de abril de 2009, por los HH. Diputados Allende, Urresti, Díaz, Encina, Espinoza, Montes, Paredes, Pascal, Rossi y Schilling; sin movimiento.

- Boletín N° 6454-07, ingresado al Senado con fecha 8 de abril de 2009, por medio de moción de los HH. Senadores Espina, Cantero, Chadwick, García y Horvath; cuyo texto ya ha sido aprobado al interior de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, encontrándose pendiente su votación en sala.

II. Observaciones a la indicación sustitutiva del Ejecutivo 479-357.

1. Tipo penal cuya incorporación se propone mediante el nuevo artículo 285 bis.

Tal como se desprende del número 2 del artículo único de esta indicación, en ella se propone la creación de una figura penal para sancionar las conductas colusivas descritas en el artículo 3° letra a) del recientemente modificado DL 211, cuando aquellas se cometan con la finalidad de afectar actividades económicas consideradas esenciales, estableciéndose la posibilidad de sancionar a los responsables de tales conductas, con una pena privativa de libertad de entre 541 días y 5 años.

A este respecto resulta importante destacar, que se valora de manera positiva la inclusión de este nuevo tipo penal, fundamentalmente por lo lesivas que pueden resultar [as conductas colusivas para el sano y libre funcionamiento del mercado, y por la indudable trascendencia que el establecimiento de una sanción penal puede tener como elemento disuasivo para la comisión de las mismas, por parte de los agentes económicos que ostentan posiciones dominantes en el mercado.

En este contexto, y con el objeto de instar por una adecuada técnica legislativa, parece necesario formular los siguientes

comentarios en relación con la interpretación que debe darse al nuevo delito que se propone incluir en el Código Penal, considerando no sólo la necesaria coherencia que debería tener con otros delitos relacionados ya establecidos en dicho código, sino también atendiendo a la redacción que se propone.

1.1. Relación del nuevo tipo penal propuesto con la figura del artículo 285 del Código Penal.

Si bien, de acuerdo con la historia fidedigna del establecimiento del Decreto Ley N° 211, con ocasión de la dictación de la Ley N° 19.911, de 14 de noviembre del 2003, la legislación nacional antimonopólica aparentemente habría dejado de sancionar penalmente los atentados cometidos en contra de la libre competencia, reduciendo así su esfera de reproche exclusivamente al ámbito administrativo sancionatorio, resulta importante recordar que, a dicha fecha, se encontraba vigente - desde su incorporación al primitivo texto del Código Penal de 1874 - el delito previsto en el artículo 285 de dicho cuerpo legal, por medio del cual se sanciona a los que "por medios fraudulentos consiguieren alterar el precio natural del trabajo, de los géneros o mercaderías, acciones, rentas públicas o privadas o de cualesquiera otras cosas que fueren objetos de contratación , sufrirán las penas de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales".

En cuanto al campo de aplicación de este ilícito, resulta importante recordar que los artículos 285 y 286 se encuentran ubicados en el parágrafo 7 del Título VI del libro II del Código Penal, párrafo titulado "Crímenes y simples delitos relativos a la industria, al comercio y a las subastas públicas", entre los cuales se encuentran delitos que la doctrina denomina como "Delitos contra la economía pública"2, lo que permite sostener que este delito es de aquellos en los que se protege como bien jurídico el orden socioeconómico, entendido como el buen y correcto funcionamiento del mercado, siendo posible sancionar a través del mismo, todos aquellos atentados que se cometen empleando medios fraudulentos que alteran los precios naturales, es decir, las alzas o bajas injustificadas del precio de la mano de obra y de las cosas comerciables".

Por su parte, de acuerdo con lo señalado en la indicación, el tipo penal propuesto tendría por objeto proteger el bien jurídico libre competencia, distinto por tanto al bien jurídico amparado en el artículo 285 antes referido, y en virtud de la remisión que la norma del artículo 285 bis propuesto efectúa a la letra a) del texto actual del artículo 3° del DL 211, puede afirmarse que mediante el mismo se pretende castigar conductas consistentes en 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, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de los procesos de licitación, entre las cuales cabrían las alteraciones fraudulentas de precios.

En consecuencia, si por medio de la inclusión de esta nueva figura penal, aquellas conductas desarrolladas para la alteración de los precios naturales del mercado pudieran eventualmente ser sancionadas mediante dos tipos penales diferentes, nos encontraríamos entonces frente a la situación que la doctrina describe como concurso aparente de delitos el que, de acuerdo con nuestra actual legislación penal, debiera solucionarse por aplicación de los principios de especialidad y consunción, en beneficio del nuevo tipo penal que se propone atendido que, mientras en la figura del artículo 285 del Código Penal se sanciona cualquier medio fraudulento, en el artículo 285 bis propuesto se sancionaría específicamente las convenciones, acuerdos o prácticas concertadas para la fijación de precios, esto es, las situaciones de colusión; y porque, de acuerdo con lo señalado en el proyecto, la pena asignada a esta nueva figura sería de mayor entidad que la que actualmente puede imponerse mediante la aplicación del referido artículo 285.

No obstante ello, y en caso que el legislador quisiera evitar cualquier dificultad interpretativa, podría incluirse en el mismo proyecto una norma en virtud de la cual se modificara el texto del referido artículo 285, para señalar en él que "Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente (haciendo así alusión al texto del nuevo artículo 285 bis), los que por medios fraudulentos consiguieren alterar el precio natural del trabajo, de los géneros o mercaderías, acciones, rentas públicas o privadas o de cualesquiera otras cosas que fueren objetos de contratación, sufrirán las penas de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales".

Por otra parte, resulta también importante considerar que el actual artículo 286 del Código Penal, impone de forma adicional a la pena privativa de libertad establecida para el fraude expresado en el artículo anterior, la del comiso de los géneros que fueren objeto del fraude, cuando éste recayere sobre mantenimientos u otros objetos de primera necesidad, de tal suerte de que con el objeto de no generar incongruencias en el articulado, debiera reformarse también el mencionado artículo 286, ya sea sustituyendo la referencia que la misma norma efectúa al fraude señalado en el artículo anterior, por una referencia al fraude señalado en el artículo 285, o bien, transformando su texto en inciso segundo de dicho artículo.

1.2. Redacción del tipo penal.

1.2.1. De la lectura del texto de la norma propuesta, se aprecia que la indicación sustitutiva ha optado por la utilización del mecanismo de la remisión, para los efectos de precisar el núcleo del injusto, atendido que la conducta típica no se describe completamente en el artículo 285 bis nuevo, sino que se recurre a la descripción de las conductas contenidas en la letra a) del artículo 3° del DL N° 211 actualmente vigente.

Sin perjuicio de poder estimarse que el empleo de la remisión como herramienta legislativa no resulta una técnica del todo acertada, resulta relevante referirse a lo señalado en la indicación, a propósito de la circunstancia que la remisión se efectúa a una norma que contempla una de las hipótesis de lesión a la Libre Competencia sancionada como ilícito administrativo, proponiéndose así la regulación de una figura penal en términos idénticos a una administrativa, estableciéndose como único elemento diferenciador un aparente criterio de gravedad, con los eventuales problemas interpretativos que ello conlleva.

En efecto, si bien en otras áreas de la legislación especial también resulta posible identificar situaciones en las cuales conductas similares son sancionadas como ilícitos administrativos e ilícitos penales, resulta fundamental que la labor legislativa sea capaz de explicitar de forma clara, el plus de lesividad de que se considera revestida una conducta en particular, en determinados casos y circunstancias, sirviendo dicho plus como el fundamento del reproche penal de que la misma se considera merecedora.

El éxito de esta labor, se ve sin embargo frustrado en aquellos casos en que la determinación de la concurrencia de dicho plus se deja entregada al intérprete, en base a aparentes criterios de gravedad caracterizados por tener un contenido que muchas veces resulta indeterminado y difícil de precisar, generando una consecuente inseguridad jurídica.

En el caso de la indicación en análisis, dicho criterio sería sólo aparente atendido que, de acuerdo con la remisión que el nuevo tipo penal efectúa al ilícito administrativo, el delito cuya incorporación se propone tendría la misma estructura que la referida infracción, al sancionarse mediante ambas la comisión de conductas consistentes en 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, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de los procesos de licitación, no estableciéndose así ninguna diferencia sustantiva con la conducta que es sancionada administrativamente, salva la exigencia que, en el caso de la figura penal concurra además un elemento subjetivo adicional, consistente en el ánimo con que el sujeto debe realizar la conducta, esto es, el de afectar actividades económicas consideradas esenciales, y no un elemento objetivo relacionado con la gravedad o potencial gravedad de la conducta, como se pretende en la indicación.

Pero además, ambas figuras compartirían también la naturaleza propia de los denominados ilícitos de peligro, en la medida que el tipo penal sólo exigiría para su consumación, la celebración del acuerdo o de las prácticas colusivas, sin que sea necesario que las mismas lleguen a implementarse.

En la búsqueda de este plus de lesividad, y estimándose que la indicación en análisis efectivamente pretende sustentar la coexistencia coherente de un ilícito administrativo con otro de naturaleza penal cuya creación propone, en nuestro concepto, sería conveniente adoptar como criterio diferenciador de ambos ilícitos, el de la efectiva lesión del bien jurídico, considerándose así merecedora de reproche penal la realización o comisión de algunas de las conductas, acuerdos o prácticas descritas en la letra a) del artículo 3 del DL N° 211, sólo cuando aquellas se hayan efectivamente ejecutado, afectando actividades económicas de carácter esencial.

1.2.2. En segundo término, resulta importante señalar, que la redacción propuesta para el nuevo tipo penal, en ningún caso favorecería la consecución del objetivo descrito en la exposición de motivos de la indicación, referido a permitir la sanción de los responsables de la gestión de los negocios, que se concierten para impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, mediante un cartel o acuerdo colusorio, atendido que la remisión que se efectúa en el artículo 285 bis propuesto al ya mencionado ilícito administrativo, restringe la figura del sujeto activo del delito a los denominados "competidores", vale decir, en palabras del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, a dos o más personas que contienden entre sí, aspirando unas y otras con empeño a una misma cosa, lo que en el contexto del mercado, significa aludir a los agentes económicos y no a las personas naturales que al interior de los mismos o en su cúpula directiva, se encuentran dotados de poder de decisión para los efectos de adoptar tales acuerdos.

Lo anterior ocurre, por cuanto la lógica de la legislación protectora de la Libre Competencia, busca establecer por vía administrativa, la responsabilidad civil del ente económico que actúa en el mercado y que lo distorsiona o afecta, a diferencia de la legislación penal, cuyo objetivo sería en este ámbito la determinación de las responsabilidades personales e individuales de los sujetos que, integrando dichos entes económicos, pero siendo distintos a ellos, han contribuido con su conducta a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico.

Siendo en consecuencia dichas lógicas absolutamente distintas, lo razonable sería que el tipo penal cuya incorporación se propone, identifique de forma autónoma y con claridad al sujeto activo del delito, el que pudiendo perfectamente ser indeterminado, mediante el uso de fórmulas como "el que" o "al que", deberá corresponder, según lo pretendido en la propia indicación, al responsable de la gestión de los negocios, esto es, en términos penales, a aquél que haya ejecutado u ordenado ejecutar el acuerdo, convención o práctica colusiva que, afectando actividades esenciales, haya lesionado la libre competencia.

1.2.3. En tercer lugar, si bien podría evaluarse la posibilidad que, para sancionar penalmente estas conductas, conjuntamente con requerir, como se ha dicho, la efectiva lesión del bien

jurídico, pudiera además exigirse una determinada gravedad de la lesión, atendiendo para ello por ejemplo, al carácter esencial de la actividad afectada (y no a un elemento subjetivo adicional o ánimo), resulta ineludible señalar los problemas que supondría para el intérprete determinar las actividades que deben considerarse esenciales, salvo que con dicho concepto normativo se esté haciendo alusión a algún indicador económico objetivamente determinable.

Pero además, ello supondría adoptar previamente la decisión de querer o no regular un tipo de resultado, en el sentido de aclarar si lo que se pretende es que la afectación de la actividad considerada esencial, constituya otro elemento del tipo objetivo del ilícito penal, concretamente un resultado, debiendo en consecuencia - ser abarcado por el dolo del agente y concurrir para los efectos que el delito pueda consumarse, sin perjuicio de poder sancionarse en esos casos a título de frustración o tentativa; o bien, si lo que se desea es que dicha afectación constituya una condición objetiva de punibilidad, que mantenga la figura como delito de mera actividad, que no requerirá ser abarcada por el dolo del agente y que, de no concurrir, impedirá por completo la sanción de la conducta.

De acuerdo con todo lo dicho anteriormente, se considera que el proyecto, al momento de incluir la creación de una nueva figura penal, debiera optar por un tipo autónomo con redacción propia, en que la conducta merecedora del reproche penal, aunque similar y coexistente con el ilícito administrativo contemplado en la letra a) del artículo 3° del DL N° 211, consista en (el que ejecute) ejecutar acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado, mediante las cuales se fijen precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, se limite la producción, se asignen zonas o cuotas de mercado, se excluyan otros competidores o se afecte el resultado de procesos de licitación, u ordenar (o hubiere ordenado) dicha ejecución.

2. Reconocimiento en el proceso penal de la denominada delación compensada o cooperación eficaz.

De acuerdo con lo establecido en la exposición de motivos de la indicación enanálisis, el propósito perseguido por el legislador en la reciente modificación realizada al DL N° 211, en cuanto dotar a la Fiscalía Nacional Económica de una de las herramientas consideradas como más eficaces para detectar y poner pronto término a los acuerdos colusorios, denominada delación compensada, se vería frustrado o al menos cuestionada en cuanto a su eficacia, en caso que no pudiera otorgarse a los sujetos investigados por dicho organismo público, que se han acogido a la exención de responsabilidad administrativa según el procedimiento previsto en el artículo 39 bis del referido decreto, la misma certeza que dicha exención operará también respecto de su eventual responsabilidad penal, en caso que las conductas por ellos ejecutadas fueren, además, constitutivas de delito.

Si bien se considera razonable que, en aras de una aplicación útil de la legislación, sea necesario incentivar o al menos hacer factible el uso de la mencionada herramienta, mediante el reconocimiento en sede penal de algún efecto a la colaboración que el sujeto investigado haya prestado en sede administrativa, tornando en consideración que el legislador ha establecido expresamente que la responsabilidad penal es personal y que aquellas conductas de colaboración con la Administración de Justicia que pueden tener efectos, en relación con la responsabilidad penal del imputado, deben ser desarrolladas al interior del proceso penal, se estima que en caso de que pretenda establecerse una norma especial de exención de responsabilidad penal para este delito, la colaboración substancial en que dicha exención haya de fundarse, deberá prestarse ante el Fiscal del Ministerio Público, en el marco del proceso penal, siendo el Fiscal a cargo de la investigación, quien deberá expresar en la formalización de la investigación o en su escrito de acusación, si la cooperación prestada por el imputado ha sido eficaz para el esclarecimiento de los hechos o la identificación de los responsables, en los términos establecidos en la Ley 20.000.

En efecto, si bien la posibilidad de exención de responsabilidad penal debiera establecerse exclusivamente para aquél que, habiendo cumplido con los requisitos establecidos en el artículo 39 bis del DL N° 211, haya resultado beneficiado con la exención de responsabilidad administrativa, pudiendo ser en consecuencia bastante útil que esta situación fuera hecha presente en la querella o denuncia que interpusiera el Fiscal Nacional Económico, individualizando al sujeto y detallando los antecedentes por él entregados, de acuerdo a la lógica del proceso penal, resulta imprescindible que el sujeto reitere dicha colaboración en el marco de la investigación fiscal, esto es, ratificando o proporcionando nuevamente esos antecedentes y eventualmente otros al Ministerio Público, correspondiendo discrecional y autónomamente al juez con competencia en lo penal que deba conocer del asunto de acuerdo al procedimiento que se adopte, determinar si dicha colaboración se considera substancial para los efectos de permitir la exención de responsabilidad penal del sujeto.

De esta suerte, se considera que lo adecuado, sería eliminar por completo el texto del artículo 285 ter propuesto, para establecer en su lugar, que dará lugar a la exención de responsabilidad penal del sujeto, la colaboración substancial al esclarecimiento de los hechos que haya prestado el imputado en el proceso, cuando aquél hubiere accedido previamente a una exención de la multa de acuerdo con el artículo 39 bis del DFL N° 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2005.

Y ello, evidentemente, sin perjuicio que dicha colaboración, en caso de no satisfacer el estándar deseado, pueda considerarse corno una atenuante muy calificada de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 68 bis del Código Penal.

3. Normas de carácter procesal.

3.1. De acuerdo al texto del artículo 285 quáter propuesto, la naturaleza de la acción penal que emanaría del delito previsto en el artículo 285 bis, sería la de una acción pública previa instancia de particular, o en otras palabras, de acción mixta, en la medida que sólo a instancias del Fiscal Nacional Económico, y como resultado del ejercicio discrecional de sus facultades legales, podría iniciarse un proceso penal por este delito y proceder el mismo en consecuencia, a ser investigado por el Ministerio Público.

A este respecto resulta importante señalar, que la existencia de delitos de acción penal mixta en otras áreas de la legislación, respecto de hechos que tienen lugar a la vista de la potestad fiscalizadora de ciertos órganos del Estado, como ocurre en materia tributaria y aduanera, ha permitido coordinar de mejor forma las facultades de investigación que de hecho ejercen los órganos fiscalizadores con la actividad investigativa del Ministerio Público, así como servir de filtro natural para cumplir con el principio de ultima ratio que impera en materia penal, en ámbitos en que las conductas eventualmente delictivas pueden proporcionalmente sancionarse y reprimirse previamente por medio de sanciones administrativas, lo que por otra parte ha evitado además la recarga de la labor que desempeña el Ministerio Público, permitiendo concentrar sus esfuerzos en la persecución de aquellos hechos respecto de los cuales la vía penal surge como única y necesaria respuesta.

Desde esta perspectiva, se estima adecuado el modelo procesal propuesto, debiendo empero formularse al mismo las siguientes prevenciones.

3.1.1. En cuanto a la forma de inicio del procedimiento, si bien resulta correcto otorgar al Fiscal Nacional Económico la "iniciativa" para activar el comienzo de la persecución penal, resulta poco conveniente restringir esta facultad únicamente a la realización del acto procesal consistente en la presentación de una querella, ya que cumpliendo la denuncia la misma función de poner en conocimiento del órgano encargado de la persecución penal la existencia de hechos que revisten caracteres de delito, no requiere en cambio que dicha comunicación deba pasar primero por el Juzgado de Garantía correspondiente, lo que podrá resultar particularmente beneficioso en aquellas investigaciones en que dada su relevancia o el perfil de los sujetos involucrados, sea necesario mantener bajo especial reserva los antecedentes.

Pero además, la posibilidad que dicho servicio se encuentre habilitado para presentar querella en el proceso penal parece poco factible, desde que el inciso final del artículo 111 del Código Procesal Penal establece que "los órganos y servicios públicos sólo podrán interponer querella cuando sus respectivas leyes orgánicas les otorguen expresamente las potestades correspondientes", siendo discutible que dicha potestad se encuentre contemplada en el DL 211.

De acuerdo con ello, se estima que la norma aludida debiera quedar redactada en términos tales que haga procedente el inicio de la persecución penal previa querella o denuncia del Fiscal Nacional Económico.

3.1.2. Por otro lado, resulta importante advertir, que la indicación en análisis no prevé ninguna norma que regule la forma en que paralelamente podrían sustanciarse el proceso administrativo y penal a que eventualmente una misma conducta pudiera dar lugar, de tal suerte que, una misma persona, podría paralelamente ser sujeto pasivo de ambas investigaciones, lo que vendría a contradecir el principio non bis in idem que se estima existir entre el proceso administrativo y el proceso penal, y fundamentalmente entre las sanciones que en uno y otro pueden imponerse.

En efecto, si bien se le otorga la exclusividad del ejercicio de la acción penal al Fiscal Nacional Económico, no se establece el efecto que el ejercicio de dicha acción tendría respecto del proceso administrativo en curso, lo que pudiera resultar en extremo complejo si se piensa por ejemplo en la situación de doble incriminación en la que podrían encontrarse aquellos sujetos que, siendo objeto de la investigación administrativa y no habiéndose acogido o logrado acogerse al mecanismo de la delación compensada, adquieran calidad de imputados en sede penal tras la denuncia o querella presentada por la autoridad administrativa, encontrándose aún pendiente el proceso instruido por esta última.

Por este motivo se estima que, este modelo de acción penal mixta, debe ser complementado con una norma en virtud de la cual, como ocurre en legislaciones comparadas, y en nuestra propia legislación, en materia tributarias y aduaneras, una vez que el ente administrativo ha resuelto ejercer la acción penal de que es titular, debe suspenderse el proceso administrativo ya iniciado por los mismos hechos y declararse "incompetente" para seguir conociendo de ellos, aún cuando un particular formule una denuncia ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, atendido que tras el ejercicio de su facultad, la investigación de esos hechos debe entenderse de competencia exclusiva del Ministerio Público.

De acuerdo con ello, como inciso segundo del artículo 285 quáter, debiera agregarse una norma que dispusiese que, habiéndose iniciado con anterioridad una investigación administrativa por los mismos hechos, el Fiscal Nacional Económico suspenderá el proceso administrativo una vez que se haga constar en el proceso penal 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 sujetos, constituyan otro tipo de atentados en contra de la Libre Competencia.

3.2. Por otra parte, en relación con el inciso segundo del artículo 285 quáter propuesto, mediante el cual se declara improcedente la aplicación del principio de oportunidad en los procesos que versen sobre el delito del artículo 285 bis, resulta necesario señalar que, a la luz de los propios requisitos establecidos por el artículo 170 del Código Procesal Penal, esta norma aparece como innecesaria, ya que la pena mínima asignada en la indicación a este delito, supera la de presidio o reclusión menor en su grado mínimo, y además, la afectación de la Libre Competencia puede considerarse razonablemente como un hecho que compromete gravemente el interés público, razones que en virtud de la normativa procesal vigente impiden por sí solas la aplicación de esta modalidad de término temprano de la investigación penal.

4. Facultades del Ministerio Público para la investigación del delito que se propone.

Por último, pero no por eso menos importante, resulta preciso señalar que, a la luz del contenido del actual artículo 39 del DL N° 211, la legislación protectora de la Libre Competencia confiere a la autoridad administrativa importantes herramientas de investigación de las cuales, sin embargo, el propio Ministerio Público carece, dada la regulación procesal penal vigente.

En efecto, en la letra n) del referido precepto, se concede a la Fiscalía Nacional Económica la facultad de interceptar toda clase de comunicaciones (n.3) en circunstancias que, en el marco del actual sistema procesal penal, el artículo 222 del Código del ramo, restringe dicha posibilidad únicamente a la investigación de aquellos delitos que merecen pena de crimen, supeditando su utilización a la autorización judicial previa, interceptación que en definitiva el Ministerio Público nunca podría solicitar respecto del delito propuesto, atendido que para el mismo el proyecto establece una pena de simple delito.

Por este motivo, por razones de coherencia legislativa, y con el objeto de afinar y potenciar la investigación penal que deba hacer el Ministerio Público en los casos de colusión, en donde sin duda alguna por la naturaleza de los acuerdos que los mismos conllevan, resulta indispensable poder interceptar las comunicaciones de los sujetos involucrados, se estima imprescindible que el proyecto incluya una norma especial en el propio Código Penal, como ocurre por ejemplo en materia de delitos sexuales, o bien, una modificación en el Código Procesal Penal, en donde se faculte expresamente a los fiscales del Ministerio Público para solicitar esta interceptación, previa autorización judicial, en el marco de la investigación del delito que sanciona los actos de colusión.

Doña **María Elina Cruz**, profesora de Derecho Comercial de la Pontificia Universidad Católica de Chile, expresó que por “tipo penal”, en general, se refiere a penas corporales (presidio), como la propuesta en la indicación sustitutiva. Esta distinción es muy relevante porque una multa puede ser una sanción penal, como lo es en el contexto

de la libre competencia en Chile (enmarcándose dentro de Derecho Administrativo Criminal).

- Citó a países que integran la OCDE con tipo penal corporal que sanciona la colusión: Canadá, EEUU, México, Brasil, Noruega, Reino Unido, Irlanda, Japón, China, entre otros. Países donde se ha aplicado efectivamente el tipo penal: Canadá, EEUU, Brasil, Reino Unido (1 vez), Irlanda (1 vez).

O sea, si bien hay muchos países que contemplan un tipo penal, éste no sido plenamente aplicado internacionalmente, lo cual genera la pregunta: ¿Es mejor tener un tipo penal que no se use nunca (como pasó en Chile por 30 años) vs. no tener tipo penal?

Siempre es conveniente, dijo, cuestionar la creación de leyes que van a tener escaso impacto práctico y, en consecuencia, que pueden tender a desprestigiar una institución más que reforzarla. Algunos países –igual que Chile- están en transición (se discute adoptar un tipo penal): Australia, Sudáfrica. Estos procesos deben seguirse de cerca ya que –especialmente en Australia- el debate ya está muy avanzado, por lo que puede aprovecharse su experiencia en la materia.

- Ventajas de introducir el tipo penal:

1. Sobre su efecto disuasivo:

Se ha demostrado empíricamente que las penas exclusivamente corporativas (o sea, a nivel de empresa) no alcanzan un nivel de disuasión óptimo. En consecuencia, se requiere disponer de sanciones a nivel individual para la lucha contra los carteles. Hay 2 tipos de sanciones individuales: pecuniarias y corporales

Se ha demostrado que las sanciones corporativas son insuficientes. Las sanciones individuales pecuniarias (multas) aumentan la disuasión en el delito, siempre que el monto de la multa sea efectivamente pagado por el involucrado y no por la empresa. No se ha demostrado –ni nunca podrá demostrarse con exactitud (por un problema de manejo y tratamiento de datos)- que las sanciones penales corporales aumentan la disuasión. Sí se ha demostrado que las sanciones cortas son más eficientes que las sanciones de mayor duración.

En consecuencia, la decisión de legislar sobre un tipo penal corporal para casos de colusión siempre responderá a los valores sociales y sistema legal vigente en un país, no en relación a su eficacia como pena.

- Por ello, la OCDE respeta la incorporación de un tipo penal para casos de colusión, pero no necesariamente la recomienda. Sí recomienda tener sanciones individuales.

En Chile la ley contempla sanciones individuales pecuniarias (Art. 26 letra c DL 211). Las multas podrán ser impuestas a la persona jurídica correspondiente, a sus directores, administradores y a toda persona que haya intervenido en la realización del acto respectivo. En el caso de las multas aplicadas a personas jurídicas, responderán solidariamente del pago de las mismas sus directores, administradores y aquellas personas que se hayan beneficiado del acto respectivo, siempre que hubieren participado en la realización del mismo. Las multas aplicadas a personas naturales no podrán pagarse por la persona jurídica en la que ejercieron funciones ni por los accionistas o socios de la misma. Asimismo, tampoco podrán ser pagadas por cualquier otra entidad perteneciente al mismo grupo empresarial en los términos señalados por el artículo 96 de la Ley de Mercado de Valores, ni por los accionistas o socios de éstas. Con este último inciso Chile cumple el requisito de efectividad de las penas pecuniarias.

2. Sobre la cooperación con la investigación

Se ha demostrado que es más probable que una persona colabore con la investigación de la Fiscalía si existen sanciones individuales en la legislación.

- Desventajas de introducir el tipo penal:

1. Se alza el estándar de la prueba.

Recordó que esto se ha visto en Chile mediante las diferencias en estándar de la prueba de la colusión impuesto por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la Corte Suprema, hecho que ha generado la revocación de muchas sentencias condenatorias del tribunal por parte de la Corte Suprema.

2. La OECD señala que hay ciertos problemas que pueden generar que la introducción del tipo penal sea dañino para un sistema de libre competencia. Estos problemas pueden generar que se cree una traba para la aplicación de la legislación de la libre competencia en un país. En otras palabras, de no resolverse estos problemas, se estaría generando un retroceso a lo ya existente.

SI SE DECIDE INTRODUCIR EL TIPO PENAL, HAY QUE TENER CUIDADO CON TRES TEMAS (OCDE):

1. Correcta definición del tipo penal: En su sentido tradicional, este problema se refiere a si se debe igualar el tipo contemplado en la ley de libre competencia con el contemplado en el Código Penal. Muchos países han creado definiciones distintas para uno y otro caso, siempre haciendo una definición más exigente en materia penal. Este es el caso del Reino Unido (que además exige una actitud “deshonesta”).

En Chile se están igualando el tipo del DL 211 y el del Código Penal:

3a) 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; limitar la producción; asignarse zonas o cuotas de mercado; excluir competidores; o afectar el resultado de procesos de licitación.

Este es un tipo demasiado amplio para materia penal. Así, por ejemplo, la colusión tácita debiera excluirse a toda costa, ya que no se sanciona con pena de cárcel en ningún país del mundo (¡no hay intención criminal!). Peor aún, el sistema chileno NO deroga el tipo ya existente del Código Penal, haciendo que dos figuras penales diferentes coexistan para el mismo hecho. Esto transgrede derechos fundamentales constitucionales básicos.

2. Derecho a no ser juzgado o castigado dos veces (non bis in idem): Este principio es un derecho fundamental se ha reconocido por muchos cuerpos legales internacionales, como lo es la Convención Europea sobre derechos humanos. El principio consiste en que un mismo hecho puede tener sólo una calificación jurídica. Por lo tanto, una misma colusión no puede –terminado un proceso llevado ante el TDLC que resulta en una sanción de multa- llevarse nuevamente ante el Juez de Garantía. Asimismo, esto genera problemas prácticos (por ejemplo: ¿que se hace con la prueba recibida ante el TDLC? ¿Vale en materia criminal o hay que partir desde cero?)

3. Coordinación de Autoridades de libre competencia y criminales. Delación Compensada:

Un solo querellante: Fiscal Nacional Económico. Esto facilita la aplicación de la ley

Procedimiento expedito, transparente y homogéneo de la aplicación de la delación compensada. En este sentido, el proyecto de ley parece seguir el camino correcto.

Conclusiones:

1. Hay ventajas y desventajas de imponer un tipo penal para la colusión

2. Si se opta por imponerlo, debe tenerse cuidado en varios temas:

a. Definición del tipo penal.

Primero, debe elegirse UN TIPO PENAL. No deben hacerse co-existir 2 tipos a la vez.

Hecho esto, debe decidirse si se quieren igualar las conductas del DL 211 y del Código Penal. Por definición la conducta penal debe ser más exigente que la de libre competencia, como se ha hecho en muchos lugares del mundo. Además, debe excluir la colusión tácita.

b. No juzgar dos veces por el mismo hecho. En última instancia, si se debe optar, se debe preferir el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que ha demostrado ser un organismo eficaz para la solución de materias de libre competencia. En general, las intervenciones de otros organismos ha causado confusión e incertidumbre en el sistema de libre competencia en Chile.

c. Implementar la debida coordinación entre autoridades.

Don **Héctor Hernández**, profesor universitario, manifestó por escrito lo siguiente:

Breves observaciones sobre la indicación sustitutiva del Ejecutivo al proyecto de ley que impone penas por delitos contra la libre competencia (Boletín Nº 6438-03)

1. Como comentario general, la indicación sugiere que los tipos penales vigentes del Código penal no serían aplicables al caso de la supuesta “colusión de las farmacias”, sin justificar mayormente esa opinión, en circunstancias que existe una investigación en curso en manos del Ministerio Público fundada en esos tipos penales.

2. La exigencia subjetiva de un actuar “con la finalidad de afectar actividades económicas consideradas esenciales” condena al tipo a la inaplicabilidad, tanto porque abrirá una discusión interminable en cuanto a qué puede considerarse actividad económica esencial y qué significa afectación de las mismas, como porque en el plano subjetivo impone exigencias probatorias de casi imposible cumplimiento. Lo razonable es que se defina bien qué es lo que objetivamente se quiere prohibir bajo amenaza de pena y dejar jugar luego las reglas generales en materia de dolo y prueba del mismo.

3. El establecimiento de un delito de acción penal pública previa instancia particular (en este caso previa instancia del Fiscal Nacional Económico, FNE) hace dudar de la seriedad del propósito criminalizador. No puede dejar de mencionarse que con esto se reproduciría exactamente el mismo esquema contemplado en el decreto ley 211 original, que, como se sabe, en casi treinta años de

vigencia nunca dio lugar al ejercicio de acciones penales en la materia.

Los delitos de acción penal pública previa instancia particular se establecen excepcionalmente para proteger los intereses de las víctimas de ciertos delitos para quienes la persecución penal puede irrogar daños incluso mayores (en su intimidad, honra, intereses económicos, etc.) que los provocados por el delito mismo. Tal es el caso paradigmático de los delitos sexuales. Pero evidentemente no es ése el caso tratándose de delitos que afectan bienes jurídicos supraindividuales o "sin víctima", como es éste.

No se aprecian razones que legitimen que la decisión sobre la persecución penal la adopte quien no es víctima del delito[21] ni es órgano constitucionalmente encargado de ella. El rol del FNE en rigor debería ser el de denunciante obligado por ley y principal coadyuvante de la acción del Ministerio Público en este tipo de investigaciones. Si efectivamente el FNE está interesado en la persecución penal de estos hechos, este esquema no debería merecerle ninguna objeción. Lo único que sería necesario resolver es la situación en que queda la persecución de responsabilidades estrictamente administrativas por parte del FNE y la necesaria prevención del *bis in idem*, aspecto que, sin embargo, la indicación ni siquiera menciona.

Lo que todavía podría discutirse es si la especificidad técnica de la materia no requeriría 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). Podría pensarse en un modelo que permita al FNE diferir el cumplimiento de su deber de denuncia, aunque siempre dejando la posibilidad de intervención directa del Ministerio Público. 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. Que la decisión quede, en cambio, absolutamente en las manos del FNE como propone la indicación – casi como para que el Ministerio Público y los tribunales de justicia "no molesten" o no se entrometan en lo que "no saben" - no puede, desde luego, legitimarse.

Esto último no sólo porque no responde al diseño constitucional de ejercicio de la acción penal pública, que consagra como titulares a

[21] Matiz relevante respecto de los delitos tributarios y aduaneros, cuya persecución requiere denuncia o querella del respectivo servicio recaudador, por tratarse precisamente de protección del patrimonio fiscal. Esto sin perjuicio de que, aun en este caso, se trata de un mecanismo apenas legitimable.

> la víctima y al Ministerio Público, sino además porque las agendas y fines de los entes reguladores y fiscalizadores no coinciden con los de la persecución penal, y más aún a menudo son contrapuestos, sin contar con el riesgo de la llamada “captura” de aquéllos por parte de los sujetos regulados y fiscalizados, fenómeno que, nótese bien, resulta más de las características y circunstancias mismas de la relación que de posibles conductas indebidas. Los casi treinta años de inaplicabilidad de los tipos penales del decreto ley 211 original tienen con seguridad algo que ver con esto.

En síntesis, criminalizar o no prácticas colusorias es una cuestión política que se resuelve de distinto modo en diversos ordenamientos jurídicos. Nada hay de objetable *per se* en que se hayan derogado las normas penales del decreto ley 211 o en que ahora, por ejemplo, se derogaran las normas subsistentes del Código penal. Pero si se quiere criminalizar en serio debe actuarse en consecuencia y prescindirse de mecanismos (acción penal pública previa instancia particular, exigencias subjetivas inadecuadas) que precisamente aseguran la impunidad de los posibles infractores.

Don **Jaime Baraona**, Sub Fiscal Nacional Económico, al referirse al tipo penal cuya incorporación se propone mediante el nuevo artículo 285 bis, comentó que tal como se desprende del número 2 del artículo único de la indicación sustitutiva, en ella se propone la creación de una figura penal para sancionar las conductas colusivas descritas en el artículo 3° letra a) del recientemente modificado decreto ley 211, cuando aquéllas se cometan con la finalidad de afectar actividades económicas consideradas esenciales, estableciéndose la posibilidad de sancionar a los responsables de tales conductas, con una pena privativa de libertad de entre 541 días y 5 años.

Al respecto, dijo, resulta importante destacar que se valora de manera positiva la inclusión de este nuevo tipo penal, fundamentalmente por lo lesivas que pueden resultar las conductas colusivas para el sano y libre funcionamiento del mercado, y por la indudable trascendencia que el establecimiento de una sanción penal puede tener como elemento disuasivo para la comisión de las mismas por parte de los agentes económicos que ostentan posiciones dominantes en el mercado.

IV.- <u>DISCUSIÓN DEL PROYECTO.</u>

A) DISCUSIÓN GENERAL.

Teniendo en vista las consideraciones y argumentos contenidos en las mociones boletines números 6438-03 y 6439-07 (refundidas), los señores Diputados estuvieron por aprobar la idea de legislar sobre la materia.

Puesta en votación general la idea de legislar sobre la materia de que tratan las mociones, se APRUEBA por unanimidad.

Se estimó del todo conveniente legislar, en términos de introducir una reforma penal que permita sancionar a quienes se concierten para impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, mediante un cartel o acuerdo colusorio, estableciéndose así una sanción penal exclusivamente para el ilícito de colusión, bajo determinados supuestos de especial gravedad y regulando, además, ciertos aspectos de carácter procesal que se consideran indispensable para su eficaz implementación.

De este modo, se propone la creación de una figura penal para sancionar las conductas colusivas descritas en el artículo 3° letra a) del decreto ley N° 211, de 1973, cuando aquéllas se cometan con la finalidad de afectar actividades económicas consideradas esenciales, estableciéndose la posibilidad de sancionar a los responsables de tales conductas con una pena privativa de libertad de entre 541 días y 5 años.

Las conductas colusivas indicadas en el párrafo anterior representan por cierto un grave obstáculo para el sano y libre funcionamiento del mercado. Es indudable la trascendencia que el establecimiento de una sanción penal puede tener como elemento disuasivo para la comisión de las mismas por parte de los agentes económicos que ostentan posiciones dominantes.

Si bien la legislación nacional antimonopólica habría dejado de sancionar penalmente los atentados cometidos en contra de la libre competencia, reduciendo así su esfera de reproche exclusivamente al ámbito administrativo sancionatorio, resulta importante recordar que se encuentra vigente el delito previsto en el artículo 285 del Código Penal, por medio del cual se sanciona a los que "por medios fraudulentos consiguieren alterar el precio natural del trabajo, de los géneros o mercaderías, acciones, rentas públicas o privadas o de cualesquiera otras cosas que fueren objetos de contratación , sufrirán las penas de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales".

Este delito es de aquellos en los que se protege como bien jurídico el orden socioeconómico, entendido como el buen y correcto funcionamiento del mercado, siendo posible sancionar a través del mismo, todos aquellos atentados que se cometen empleando medios fraudulentos que alteran los precios naturales, es decir, las alzas o bajas injustificadas del precio de la mano de obra y de las cosas comerciables.

El tipo penal propuesto difiere del anterior en que éste tiene por objeto proteger el bien jurídico libre competencia, distinto por tanto al bien jurídico amparado en el artículo 285 antes referido. En virtud de la remisión que la norma del artículo 285 bis

propuesto efectúa a la letra a) del texto actual del artículo 3° del decreto ley N°211, se pretende castigar conductas consistentes en 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, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de los procesos de licitación, entre las cuales cabrían las alteraciones fraudulentas de precios.

Se observó, sin embargo, que el deslinde entre el ilícito infraccional y el penal no se encontraba suficientemente claro, toda vez que el delito cuya incorporación se propone tendría la misma estructura que la referida infracción, al sancionarse mediante ambas la comisión de conductas consistentes en 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, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de los procesos de licitación. No se establece, entonces, ninguna diferencia sustantiva con la conducta que es sancionada administrativamente, salvo la exigencia que, en el caso de la figura penal concurra además un elemento subjetivo adicional, consistente en el ánimo con que el sujeto debe realizar la conducta, esto es, el de afectar actividades económicas consideradas esenciales.

Se advirtió además que ambas figuras compartirían también la naturaleza propia de los denominados ilícitos de peligro, en la medida que el tipo penal sólo exigiría para su consumación, la celebración del acuerdo o de las prácticas colusivas, sin que sea necesario que las mismas lleguen a implementarse.

Por otro lado, la remisión pura y simple a la figura contemplada en la letra a) del inciso segundo del artículo 3° del decreto con fuerza de ley N°1, de 2005, restringe la figura del sujeto activo del delito a los denominados "competidores", vale decir, en palabras del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, a dos o más personas que contienden entre sí, aspirando unas y otras con empeño a una misma cosa, lo que en el contexto del mercado, significa aludir a los agentes económicos y no a las personas naturales que al interior de los mismos o en su cúpula directiva, se encuentran dotados de poder de decisión para los efectos de adoptar tales acuerdos.

También se consideró conveniente precisar el carácter de esencial de la actividad afectada, ya que, en su defecto, para el intérprete le resultaría muy difícil determinar las actividades que deben considerarse como tal.

Se estimó apropiado dotar a la Fiscalía Nacional Económica de la herramienta procesal -considerada como más eficaz para detectar y poner pronto término a los acuerdos colusorios-, denominada delación compensada, y que ella produjera pleno efecto en

sede penal. En cuanto a la forma de inicio del procedimiento, se consideró acertado otorgar al Fiscal Nacional Económico la "iniciativa" para activar el comienzo de la persecución penal, mediante la presentación de una querella.

B) DISCUSIÓN PARTICULAR.

La totalidad de los artículos de las mociones refundidas, fueron objeto de una **indicación sustitutiva de S.E. la Presidenta de la República (479-357)**, que se transcribe a continuación y que tuvo el siguiente tratamiento:

INDICACIÓN SUSTITUTIVA DEL EJECUTIVO.

1) Para reemplazar el epígrafe de la moción parlamentaria Boletín N° 6438-03, por el siguiente:

“PROYECTO DE LEY QUE TIPIFICA EL DELITO DE COLUSIÓN”;

2) Para sustituir íntegramente el articulado de la moción, por el siguiente:

“Artículo único.- Introdúcense las siguientes modificaciones en el Código Penal:

1) Reemplázase el nombre del párrafo VII del título VI del Libro II del Código Penal, por el siguiente:

“De los delitos relativos a la industria, al comercio, a la libre competencia y las subastas públicas.”.

2) Intercálanse los siguientes artículos 285 bis, 285 ter y 285 quáter, nuevos:

“Art. 285 bis.- Cuando las conductas, actos o convenciones a los que se refiere la letra a) del inciso segundo del artículo 3º, del decreto con fuerza de ley N° 1, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2005, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 211, de 1973, se cometan con la finalidad de afectar actividades económicas consideradas esenciales, se castigarán con la pena de reclusión menor en su grado medio a máximo.

Art. 285 ter.- El que realice alguna de las conductas establecidas en el artículo anterior podrá acceder a una exención de responsabilidad criminal cuando aporte a la Fiscalía Nacional Económica antecedentes que conduzcan a la acreditación de dicha conducta y a la determinación de los responsables.

Para acceder a este beneficio se deberá cumplir los siguientes requisitos:

a. Proporcionar antecedentes precisos, veraces y comprobables que representen un aporte efectivo a la constitución de elementos de prueba suficientes para fundar una querella ante los tribunales con competencia en lo penal;

b. abstenerse de divulgar la solicitud de estos beneficios hasta que la Fiscalía Nacional Económica haya formulado la querella u ordenado archivar los antecedentes de la solicitud, y

c. poner fin a su participación en la conducta inmediatamente de presentar su solicitud.

Sólo podrá acceder a esta exención de responsabilidad, el primero que solicitare este beneficio y hubiere cumplido con los requisitos del inciso anterior.

El Fiscal Nacional Económico en su querella individualizará a quien haya cumplido los requisitos para acceder al beneficio. Si el solicitante ratificara los antecedentes a que hace referencia la letra a) de este artículo ante el tribunal, éste dará por acreditados los requisitos de procedencia declarando la exención de responsabilidad criminal.

Lo anterior no obstará la aplicación de la circunstancia novena del artículo 11, a quienes con posterioridad a la declaración de exención, presten su colaboración en los términos señalados en este artículo.

Art. 285 quáter.- El Ministerio Público iniciará la investigación por el delito establecido en el artículo 285 bis, únicamente previa querella del Fiscal Nacional Económico, presentada ante el juez de garantía competente, y cumpliendo con los requisitos del artículo 113 del Código Procesal Penal.

Respecto de este delito no será procedente lo dispuesto en el artículo 170 del Código Procesal Penal.”.

Indicación complementaria de la Diputada señora Herrera y de los Diputados señores Arenas, Ortiz, Aedo, Jarpa, Vallespín y Tuma:

PARA SUSTITUIR EL N° 2 DE LA INDICACIÓN SUSTITUTIVA DEL EJECUTIVO N° 479-357:

“2) INTERCÁLANSE LOS SIGUIENTES ARTÍCULOS 286 BIS, 286, TER Y 286 QUÁTER, NUEVOS:

“Art. 286 bis. El que ejecutare las conductas, actos o convenciones a los que se refiere la letra a) del inciso segundo del artículo 3º, del decreto con fuerza de ley N° 1, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2005, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 211, de 1973, y a consecuencia de lo cual se afecten bienes o servicios esenciales, entendiendo por tales aquellos que ponen en riesgo la vida, la salud y la seguridad física de las personas o un servicio de utilidad pública, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado medio a máximo.

Art. 286 ter. El que realice alguna de las conductas establecidas en el artículo anterior podrá acceder a una exención de responsabilidad criminal cuando aporte a la Fiscalía Nacional Económica antecedentes que conduzcan a la acreditación de dicha conducta y a la determinación de los responsables.

Para acceder a este beneficio se deberá cumplir los siguientes requisitos:

a. Proporcionar antecedentes precisos, veraces y comprobables que representen un aporte efectivo a la constitución de elementos de prueba suficientes para fundar una querella ante los tribunales con competencia en lo penal;

b. Abstenerse de divulgar la solicitud de estos beneficios hasta que la Fiscalía Nacional Económica haya formulado la querella u ordenado archivar los antecedentes de la solicitud, y

c. Poner fin a su participación en la conducta inmediatamente de presentar su solicitud.

Sólo podrá acceder a esta exención de responsabilidad, el primero que solicitare este beneficio y hubiere cumplido con los requisitos del inciso anterior.

El Fiscal Nacional Económico en su querella individualizará a quien haya cumplido los requisitos para acceder al beneficio. Si el solicitante ratificara los antecedentes a que hace referencia la letra a) de este artículo ante el tribunal, éste dará por acreditados los requisitos de procedencia declarando la exención de responsabilidad criminal.

Lo anterior no obstará a la aplicación de la circunstancia novena del artículo 11, a quienes con posterioridad a la declaración de exención, presten su colaboración en los términos señalados en este artículo.

Art. 286 quáter. El Ministerio Público iniciará la investigación por el delito establecido en el artículo 286 bis, únicamente previa querella del Fiscal Nacional Económico, presentada ante el juez de garantía competente, y cumpliendo con los requisitos del artículo 113 del Código Procesal Penal.”.

Puestas en votación las referidas indicaciones, se **APRUEBAN** por unanimidad. Votaron a favor los Diputados señores Aedo, Arenas, Jarpa, Ortiz y Tuma.

****

C) ARTÍCULOS E INDICACIONES RECHAZADAS POR LA COMISIÓN.

Los mismos señores Diputados votaron por el rechazo de los artículos de las mociones refundidas:

1.- Moción que impone penas por delitos que atenten contra la libre competencia. Boletín N° 6438-03

“Artículo único.- Introdúzcanse las siguientes modificaciones al decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Economía Fomento y Reconstrucción, Subsecretaría de Economía, que fijó el texto refundido del decreto ley N ° 211, de 1973:

1. En el artículo 3 °, en el inciso primero luego de la frase "será sancionado con" intercálese la frase "presidio menor en cualquiera de sus grados y con".

2. En el artículo 26 agréguese el siguiente inciso final:

El Tribunal deberá notificar esta resolución al Ministerio Público a fin de que se persigan las responsabilidades penales que de ella se desprendan.”.

2.- Moción que tipifica delitos atentatorios contra los derechos de los consumidores y la libre competencia. Boletín N° 6439-07.

“Artículo único**.-** Para agregar en el párrafo 7° relativo a *crímenes y simples delitos relativos a la industria, al comercio y a las subastas públicas,* del título VI del Código Penal, los siguientes artículos 287 bis, 287 ter, 287 quáter y 287 quinquies:

Artículo 287 bis.- *Será sancionado con presidio menor en su grado máximo y multa de 100 a 1000 UTM, el que abusando de una posición de dominio total o parcial del mercado, o mediante acuerdos con otras personas o empresas, dificultare, impidiere o distorsionare la competencia, mediante alguna de las modalidades siguientes:*

a) La imposición en forma directa o indirecta del precio de venta de bienes o servicios;

b) La imposición de condiciones especiales para las transacciones, o la subordinación de las conclusiones de los contratos a la aceptación de prestaciones, o de operaciones comerciales suplementarias, que por su naturaleza y según las prácticas usuales, no guarden relación con el objeto de los contratos;

c) La imposición de obligaciones de producir, distribuir o comercializar una cantidad limitada de bienes, o la prestación de un número restringido de servicios o la imposición de limitaciones al desarrollo técnico o a las inversiones;

d) La imposición de condiciones discriminatorias injustificadas para la enajenación de bienes o servicios.

Artículo 287 ter. *Los proveedores que en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, su naturaleza, composición o sus cualidades esenciales de modo que puedan causar un perjuicio a los consumidores, serán sancionados con presidio menor en su grado mínimo a medio y multa de 50 a 500 UTM.*

Tratándose de publicidad de productos alimenticios, preservantes y aditivos alimentarios, medicamentos o artículos de primera necesidad o destinados al consumo infantil, la pena se aumentará en un grado y la multa se duplicará.

Artículo 287 ter. *El proveedor que, a sabiendas, venda un bien o preste un servicio, que cause un perjuicio al consumidor debido a fallas o deficiencias en la calidad, cantidad, identidad, sustancia, procedencia, seguridad, peso o medida del respectivo bien o servicio será sancionado con presidio menor en su grado medio a máximo y multa de 100 a 1000 UTM.*

Artículo 287 quinquies.- *El que, en perjuicio del consumidor, facture cantidades superiores por productos o servicios cuyo costo o precio se mida por aparatos automáticos u otro medio tecnológico, mediante la alteración o manipulación de éstos será sancionado con presidio menor en su grado mínimo y multa de 100 a 1000 UTM.".*

3.- Indicación del Diputado Encina.

"Para sustituir el art. 1º del proyecto por lo siguiente:

1.º Para agregar en el párrafo 7º relativo a crímenes y simples delitos relativos a la industria, al comercio y a las

subastas públicas, del título VI del Código Penal, el siguiente artículos 287 bis.

Art. 287 bis.- Los que ejecutaren acuerdos expresos o tácitos celebrados entre agentes económicos, o prácticas concertadas entre ellos, abusando de una posición de dominio total o parcial del mercado, 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 su grado medio a máximo.

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.

Se considerará como atenuante de responsabilidad penal la colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos que haya prestado el imputado en el proceso. La reducción de pena se efectuará con posterioridad a la individualización de la sanción penal conforme a las reglas generales, rebajando la penalidad en uno o dos grados.”.

Por el rechazo de esta indicación votaron los Diputados señores Aedo, Arenas, Jarpa y Ortiz. Se abstuvo el Diputado Tuma.

D) INDICACIONES DECLARADAS INADMISIBLES.

No hubo.

****

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, y por las otras consideraciones que en su oportunidad dará a

conocer el señor Diputado Informante, la Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo recomienda aprobar el siguiente

PROYECTO DE LEY

“Artículo único.- introdúcense las siguientes modificaciones en el Código Penal:

1) Reemplázase el nombre del párrafo VII del título VI del Libro II del Código Penal, por el siguiente:

“De los delitos relativos a la industria, al comercio, a la libre competencia y las subastas públicas.”.

2) Intercálanse los siguientes artículos 286 bis, 286, ter y 286 quáter, nuevos:

“Art. 286 bis. El que ejecutare las conductas, actos o convenciones a los que se refiere la letra a) del inciso segundo del artículo 3º, del decreto con fuerza de ley N° 1, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2005, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 211, de 1973, y a consecuencia de lo cual se afecten bienes o servicios esenciales, entendiendo por tales aquellos que ponen en riesgo la vida, la salud y la seguridad física de las personas o un servicio de utilidad pública, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado medio a máximo.

Art. 286 ter. El que realice alguna de las conductas establecidas en el artículo anterior podrá acceder a una exención de responsabilidad criminal cuando aporte a la Fiscalía Nacional Económica antecedentes que conduzcan a la acreditación de dicha conducta y a la determinación de los responsables.

Para acceder a este beneficio se deberá cumplir los siguientes requisitos:

a. Proporcionar antecedentes precisos, veraces y comprobables que representen un aporte efectivo a la constitución de elementos de prueba suficientes para fundar una querella ante los tribunales con competencia en lo penal;

b. Abstenerse de divulgar la solicitud de estos beneficios hasta que la Fiscalía Nacional Económica haya formulado la querella u ordenado archivar los antecedentes de la solicitud, y

c. Poner fin a su participación en la conducta inmediatamente de presentar su solicitud.

Sólo podrá acceder a esta exención de responsabilidad, el primero que solicitare este beneficio y hubiere cumplido con los requisitos del inciso anterior.

El Fiscal Nacional Económico en su querella individualizará a quien haya cumplido los requisitos para acceder al beneficio. Si el solicitante ratificara los antecedentes a que hace referencia la letra a) de este artículo ante el tribunal, éste dará por acreditados los requisitos de procedencia declarando la exención de responsabilidad criminal.

Lo anterior no obstará la aplicación de la circunstancia novena del artículo 11, a quienes con posterioridad a la declaración de exención, presten su colaboración en los términos señalados en este artículo.

Art. 286 quáter. El Ministerio Público iniciará la investigación por el delito establecido en el artículo 286 bis, únicamente previa querella del Fiscal Nacional Económico, presentada ante el juez de garantía competente, y cumpliendo con los requisitos del artículo 113 del Código Procesal Penal.”.”.

****

SALA DE LA COMISIÓN, a 17 de diciembre de 2009.

Tratado y acordado en sesiones de fecha 04, 11 de agosto, 08 de septiembre y 15 de diciembre de 2009, con asistencia de la Diputada señora Amelia Herrera y de los Diputados señores Gonzalo Arenas (Presidente), René Aedo, Marcelo Díaz, Carlos Abel Jarpa; Antonio Leal, Jaime Mulet, José Miguel Ortiz, Darío Paya, Eugenio Tuma y Patricio Vallespín. Asiste además el Diputado señor Felipe Salaberry en reemplazo temporal de Diputado señor Gonzalo Arenas.

ROBERTO FUENTES INNOCENTI
Secretario de la Comisión