



**UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES**

LA IDONEIDAD DE LA MULTA EN LOS DELITOS ECONÓMICOS

Su importancia en el Derecho Comparado y Chileno

**Memoria de Tesis para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y
Sociales**

**EVELYN CONSTANZA ARAYA PIZARRO
PROFESOR GUÍA VIVIAN BULLEMORE**

Santiago, Chile

2017

*A mi madre, que nunca ha dejado de luchar, y quien me enseñó a levantarme
todos los días con fuerza pese a las dificultades.*

A mi padre, quien me enseñó el valor de la constancia y el esfuerzo.

A mis hermanas, por las risas y aventuras en mi vida.

Y a Mercedes, la luz que me guió durante todo este camino.

AGRADECIMIENTOS

Primeramente agradezco a mis profesores de pregrado, quienes me empujaron siempre a seguir investigando y a seguir obteniendo conocimientos en las distintas áreas del derecho.

A mi profesor guía, le agradezco su sincera preocupación y dedicación en este proyecto.

Y, por último agradezco a mi familia, quienes me apoyaron en este proceso tanto en contención como con ayuda para conseguir los diferentes materiales de estudio, y muy especialmente agradezco a don Manuel Toledo Gómez, quien incansablemente siempre ha estado disponible para ayudarme en todo lo relacionado o no con este trabajo.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	3
1. LAS SANCIONES EN EL DERECHO PENAL ECONÓMICO	6
1.1 LA ELECCIÓN DE LAS SANCIONES	9
1.1.1 Sanciones contra las Personas Físicas.....	11
1.1.2 Sanciones contra las Agrupaciones.....	17
1.2 RESPECTO DEL MODELO SANCIONATORIO PARA LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS ILÍCITAS.....	21
1.3 DISTINCIÓN ENTRE SANCIÓN CIVIL Y SANCIÓN ADMINISTRATIVA.....	23
2. LAS SANCIONES EN LA LEGISLACIÓN ANTITRUST NORTEAMERICANA	23
2.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS	23
2.1.1 Breve historia del derecho de la competencia en EEUU.....	26
2.2 PRINCIPALES LEYES “ANTITRUST” NORTEAMERICANAS.....	30
2.3 APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA LEGISLACIÓN “ANTITRUST”.....	32
3. EL DERECHO PENAL ECONÓMICO Y SUS SANCIONES EN ALGUNOS PAÍSES EUROPEOS.....	34
3.1 ESPAÑA	34
3.2 ALEMANIA	35
3.3 ITALIA.....	37
3.4 FRANCIA.....	41
4. EL CASO CHILENO.....	45
4.1 CONVENCIONES INTERNACIONALES	45
4.1.1 Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo).....	45
4.1.2 Convención para combatir el Cohecho OCDE.....	48
4.1.3 Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción	49
4.2 CASOS EMBLEMÁTICOS.....	52
4.2.1 “International Tobacco Marketing Limitada (Philip Morris) contra Compañía Chilena de Tabacos S.A (Chiletabacos)”, Rol C-11-04 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia	52
4.2.2 “Fiscalía Nacional Económica contra Isapres ING S.A., Isapre Vida Tres S.A., Isapre Colmena Golden Cross, Isapre Banmédica S.A., e Isapre Consalud S.A.” Rol C-77-055 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia	54

4.2.3	<i>“Fiscalía Nacional Económica con Farmacias Ahumada S.A., Farmacias Cruz Verde S.A. y Farmacias Salcobrand S.A.” Rol C-184-08 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia</i>	56
4.3	BREVE HISTORIA DE LAS NORMAS QUE HAN REGIDO LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE	58
4.4	LEY Nº20.945, PERFECCIONA EL SISTEMA DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL EL 30 DE AGOSTO DE 2016	64
4.4.1	<i>De las sanciones a la colusión y la determinación de su multa</i> ..	71
	CONCLUSIONES	73
	BIBLIOGRAFÍA	75

INTRODUCCIÓN

Desde larga data, los delitos económicos han sido tipificados y puestos en la palestra para su discusión en el ámbito internacional. Ya en el siglo XIX se crearon las primeras leyes antimonopolios en Estados Unidos, las cuales vinieron a solucionar un problema cada vez más desmedido provocado por la creciente industrialización de ese país; la concentración del poder económico y los consiguientes abusos de poder de mercado, fijación de precios abusivos, entre otros fenómenos, suscitaron dicha legislación.

Si bien, la primera legislación al respecto en ese país –la “ley Sherman”- tuvo una lenta aplicación, fue el antecedente que vino a inspirar a otras legislaciones en el mundo a crear también leyes regulatorias y sancionadoras de conductas contrarias a la libre competencia.

En nuestro país, el desarrollo en esta área ha sido lento y, en palabras de BAUCELLS LLADÓS¹, si bien todas estas cuestiones fueron debatidas en extenso en el derecho comparado, en los últimos treinta años en nuestro país no ha habido un desarrollo investigativo sobre el sistema de penas para la delincuencia económica. Recién casi a la mitad del siglo XX pudimos ver algún desarrollo en este ámbito, lo cual obtuvo sus frutos recién en el año 1959 cuando se dictó una ley de carácter heterogéneo que no sólo regulaba prácticas anticompetitivas, sino que además temas tan diversos como el reajuste de remuneraciones, establecer una nueva unidad monetaria, entre otros.

Sin embargo, el país iba avanzando hacia una nueva mirada de lo que era la economía y las prácticas que amenazaban la estabilidad de ésta. Y el ejemplo más patente de ello es la creación de la Comisión Antimonopolios y el correspondiente cargo de fiscal.

Más aún, no es hasta el año 1973 con la creación del D.L. N°211 que no entraríamos de lleno a una regulación más completa de estas problemáticas. Sin embargo, desde ese momento y hasta sólo unos años atrás, Chile vivió una especie de aletargamiento jurídico e intelectual respecto a lo que en otros países cobraba cada vez más importancia: los *trust*, las prácticas desleales, el abuso de poder de mercado, la concentración de recursos, la fijación de precios y sus implicancias, no

¹ BAUCELLS LLADÓS, Joan. Sistema de penas para el delincuente económico. Cuadernos de Política Criminal N°107, II, Época II, octubre 2012, pp. 144.

sólo en el ámbito económico, sino también desde el punto de vista de su impacto en la sociedad.

Posteriormente veríamos cómo se crearía el Tribunal de la Libre Competencia, la instauración del Fiscal Nacional como cabeza de la Fiscalía Nacional Económica, entre otras modificaciones.

Sin embargo, permanecía latente la pregunta respecto a la punibilidad, o más bien, respecto de quién o quiénes podíamos aplicar las sanciones que veníamos estableciendo y caracterizando.

En Chile, la pregunta flotaba en el aire mientras se erigía como estandarte el adagio bien olvidado hoy en gran parte de Europa: “societas delinquere non potest”. De esta manera, sólo se construía sobre la base de sancionar a las personas naturales y, por supuesto, sólo mediante penas de carácter pecuniario y/o administrativas.

El problema de lo anterior es la nula capacidad de prevenir que se siguieran cometiendo estas conductas; o quizás, solo fuera la manera en que se configuró el sistema de sanciones para este tipo de delitos.

Las sanciones no eran eficaces y no lo fueron por mucho tiempo, permitiendo que estas prácticas se siguieran cometiendo por los mismos agentes económicos una y otra vez.

Con cada nueva modificación en el siglo XXI en nuestro país, fue aumentando la cuantía de la multa para castigar estas prácticas. Sin embargo, no fue suficiente, y los infractores se vieron cada vez más alentados a seguir realizando estas conductas, ya que no existía un modelo disuasorio que les impidiera en forma real y efectiva seguir cometiéndolas.

Es por ello que dedicamos este trabajo a determinar, llevando a cabo primeramente un análisis generalizado respecto de las sanciones que existen para este tipo de conductas en el derecho comparado, su evolución legislativa, el tratamiento que actualmente se les da a aquellas y, los casos más importantes que han tenido que enfrentar; la mejor manera de sancionar estas conductas para evitar su concurrencia, ya sea mediante la instauración de la multa o, estableciendo quizás otro tipo de sanciones.

En nuestro país, también pasaremos por una relación histórica respecto de lo que ha sido el derecho de la competencia, sus implicancias en el ámbito económico, la creación de instituciones y la legislación que lo pudo llevar a cabo. Además, de analizar concienzudamente algunos de los casos más actuales y emblemáticos que ha tenido que afrontar nuestro Tribunal de la Libre Competencia. Éstos han sido elegidos con el objeto de determinar –a lo menos superficialmente-, si es o no relevante la instauración de un sistema de penas de carácter penal más que de sanciones administrativas para actuar en contra de estas prácticas. Éstas si bien, en el ámbito colectivo se perciben como menos dañinas para la sociedad desde el punto de vista de un crimen violento, no es menos cierto que, establecer su responsabilidad y sancionarlos de la manera más eficaz posible para “intimidar” de manera suficiente a sus posibles perpetradores, produce en la economía una mayor estabilidad, favorece el libre mercado y, por consiguiente, mejora la calidad de vida de las personas en su conjunto.

Las siguientes líneas tratan abordan aquello.

1. LAS SANCIONES EN EL DERECHO PENAL ECONÓMICO

Es imperativo que, en primer lugar y para referirnos a las sanciones en el derecho penal económico propiamente tal –y su tratamiento tanto nacional como internacional-, debamos detenernos en el concepto de delito económico y en su caracterización.

A este respecto el galardonado profesor uruguayo Raúl Cervini ha hecho una recopilación bastante acabada de los distintos conceptos que se han dado para el Derecho Penal Económico². Es en este sentido que ha dividido la discusión respecto de la corriente restrictiva y la amplia, así como también respecto de los bienes jurídicos en juego.

Un ejemplo de la corriente restrictiva, lo tenemos en la definición de OTTO, para quien “son delitos económicos aquellos comportamientos descritos en las leyes que lesionan la confianza en el orden económico vigente con carácter general o en alguna de sus instituciones en particular y, por tanto, ponen en peligro la propia existencia y las formas de actividad de ese orden económico”³. Y así también respecto de la definición que nos da WERGET, quien lo definía como “la infracción que lesionaba o ponía en peligro esa actividad directora, interventora y reguladora del Estado en la economía”⁴, se puede establecer que en sentido restrictivo, el concepto de Derecho Penal Económico está dedicado al estudio de estos delitos y de las consecuencias jurídicas que las leyes prevén para sus autores.

Por otro lado, en el ámbito de la corriente amplia, tenemos a BAJO FERNANDEZ quien lo define como “el conjunto de infracciones que afectando a un bien jurídico patrimonial individual, lesionaban o ponían en peligro en segundo término la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios⁵. TIEDEMANN, por su parte, señala que “el delito económico consiste en un comportamiento realizado por un agente económico con infracción de la confianza que le ha sido socialmente depositada y que afecta a un interés individual (bien jurídico patrimonial individual) y pone en peligro el equilibrio del orden económico (bien jurídico supraindividual)”⁶. De esta manera –y así lo señala Cervini⁷- el concepto amplio abarca no sólo la lesión de un bien jurídico individual

² CERVINI, Raúl. Derecho Penal Económico: Concepto y Bien Jurídico. [en línea] Uruguay. Abril, 2003. Disponible en internet: <http://www.fder.edu.uy/contenido/penal/cervini_derecho-penal-economico.pdf> [Consulta 28 Junio 2016]

³ OTTO, H. Reschtsgutsbegriff Und Deliktsatbestand, en Strafrech-tdogmatik und Kriminalpolitik, Köln, Carl H. Verlag 1971, p.72.

⁴ WERGET, Samuel. El concepto de delito económico para las Ciencias Penales en Cuadernos de Ciencias penales de Guatemala. Editorial Galkir, 1972. p.34.

⁵ BAJO FERNANDEZ, Miguel. Derecho penal económico, aplicado a la actividad empresarial. Editorial Civitas. Madrid, 1978, p.32.

⁶ TIEDEMANN, Klaus. El concepto de derecho económico, de derecho penal económico y de delito económico. *Revista Chilena de Derecho*. Vol.10, N°1, Abr. 1983. p.59-68.

⁷ CERVINI, Raúl. Op. cit. p. 3.

(patrimonio) sino también se lesiona uno supraindividual (orden económico). Y es esta última definición la que a juicio de su autor, es la más aceptada hoy en día, sin perjuicio del gran sector de la doctrina que asimismo, lo critica por no delimitar claramente el ámbito de la disciplina ni la noción de lo que debe entenderse por delito económico.

DEL RÍO por su parte, hace un análisis acabado, primeramente, de los bienes jurídicos en juego. Así, concuerda con Capitant en que “los derechos individuales y los derechos sociales no se oponen sino en apariencia porque todos tienen por fin último el interés del hombre social”⁸. También alude a que el Derecho no da una misma protección a todos los bienes jurídicos. En este sentido, el delito económico -según sus palabras-, “es el que va (...) contra la economía, entendida en el buen sentido que dan a este término sus raíces griegas *oikos* (casa) y *nomos* (ley, orden o regla), o sea, como (...) el orden en los bienes mirados en general con relación a uno o más grupos humanos en un momento histórico determinado”⁹. Así, “si determinadas personas naturales o jurídicas realizan un *trust*, alteran dolosamente los precios con fines de vedado lucro, destruyen o abandonan la riqueza, o esquivando el Código Penal asilados en la compleja maquinaria de la ley, constituyen y explotan sociedades en bien de los menos y perjuicio de los más, pueden afectar o destruir la *economía de la casa*, vale decir, de una colectividad o de un país”¹⁰. Y estos hechos, son los que a juicio de Del Río, constituyen los delitos económicos.

Por su parte RIGHI, señala que “una infracción será delito económico cuando vulnere el interés del Estado en la permanencia y conservación del orden económico.”¹¹

Como vemos, hay distintas concepciones de los que es delito económico, pero todos tienen en común la infracción del orden público económico, afectando la economía de un país o de un Estado mediante las conductas lesivas.

Introducido el concepto de Delito Económico, podemos aproximarnos a las sanciones que se generan con su contravención.

Respecto al catálogo de sanciones, TERRADILLOS BASOCO expresa que respecto a las sanciones que le corresponden a estos “delitos de cuello blanco”, debemos tener en cuenta una doble realidad¹², y es que en primer lugar, están las características criminológicas del sujeto al que se imponen y, en segundo las

⁸ DEL RÍO, Raimundo. Concepto del delito económico. Revista de Derecho N°64, año XVI, Abr-Jun 1948. Universidad de Concepción, p.160.

⁹ *Ibíd.*, p. 161

¹⁰ *Ibíd.*, p. 162.

¹¹ RIGHI, Esteban. Derecho Penal Económico Comparado. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1991. p. 319.

¹² TERRADILLOS BASOCO, Juan. Derecho penal de la empresa. Editorial Trotta. Madrid, 1995. p. 58

peculiaridades de un comportamiento que no sería posible en otros ámbitos, o sea, sólo posibles en el ámbito empresarial o societario en el cual se producen.

Las sanciones –en general- abarcan todas las consecuencias que el autor de un hecho punible debe afrontar, siempre que ellas estén previstas por la legislación y sean infligidas por los órganos estatales determinados para ello. Así, las consecuencias ocasionales de un hecho no entran en la categoría de sanciones que tratamos, y así lo expresa Tiedemann¹³. Éste expresa que existen las sanciones civiles legales que se dedican mayoritariamente a disuadir al hechor de proseguir con sus conductas ilícitas. Sin embargo, existe discusión respecto a que, si bien el Estado no debe servirse del Derecho Penal más que como *ultima ratio*, y que las sanciones civiles funcionan como sustitutos de carácter penal o administrativo, no por ello queda olvidada la tarea social de protección a cargo del Derecho Penal.

Es por esta razón que TIEDEMANN es enfático al señalar que, en virtud de darle una mayor solidez a estas sanciones es que propone que tengan finalmente una doble faz: una, de carácter civil infligida por el Estado; y la otra, a cargo de la legislación penal¹⁴. Lo cual viene a revolucionar grandemente el derecho comparado, no sólo en el caso de Chile –que sólo contempla sanción para las personas jurídicas en virtud del delito de cohecho, lavado de dinero y financiamiento del terrorismo- sino en la mayoría de los países en que el viejo adagio *societas delinquere non potest* forma parte fundamental de su legislación.

Esto, sin lugar a dudas, deja en estado de desigualdad a las personas naturales -a quienes no se les duda en castigar con el mayor rigor de la ley cuando son responsables de infringir el ordenamiento jurídico y, en especial el económico pues afecta no sólo a una persona sino a la sociedad como un todo-, frente a las grandes corporaciones con personalidad jurídica que, si bien se les considera sujetos que accionan y se obligan, así como también son consideradas víctimas cuando les son lesionados sus derechos, no son susceptibles de ser penadas de la misma forma que las personas naturales respecto de delitos de índole económica en la que son tanto o más responsables que la persona material que realiza el hecho.

Es por esto que, numerosas jurisdicciones tienden a admitir la responsabilidad de las personas jurídicas porque son éstas las que se encuentran en el origen de las infracciones y quienes comúnmente reciben sus beneficios. La persona que realiza los hechos en concreto puede variar a lo largo del tiempo, pero la entidad social y jurídica que es la agrupación puede continuar existiendo y actuando,

¹³ TIEDEMANN, Klaus. Poder económico y delito. 1º ed. Barcelona, ed. Ariel, 1985. pp. 152-153

¹⁴ *Ibíd.* pp.152-157

incitando y facilitando los medios necesarios a los autores materiales a cometer delitos en provecho del mismo.

Es en este sentido, que TERRADILLOS BASOCO expresa muy bien que existe el riesgo de caer en “una dinámica punitiva expansionista”¹⁵, es decir, que con el afán de impedir que se desconozcan garantías consolidadas en nuestros sistemas penales se establezca una especie de derecho penal de dos velocidades: “el derecho penal clásico, adornado de las tradicionales garantías, se reservaría para los (“clásicos”) delitos castigados con penas privativas de libertad, mientras que procedería flexibilizar (en lo garantista y en lo dogmático) el derecho penal económico”¹⁶.

Ya EDWIN SUTHERLAND en 1940, al acuñar por primera vez el término “*white-collar criminality*” anticipaba lo que Terradillos señala al referirse al “derecho penal de dos velocidades”, expresando que¹⁷

“White-collar crime is real crime (...) The crucial question in this analysis is the criterion of violation of the criminal law. Conviction in the criminal court, which is sometimes suggested as the criterion, is not adequate because a large proportion of those who commit crimes are not convicted in criminal courts. This criterion, therefore, needs to be supplemented. When it is supplemented, the criterion of the crimes of one class must be kept consistent in general terms with the criterion of the crimes of the other class. The definition should not be the spirit of the law for white-collar crimes and the letter of the law for other crimes, or in their respects be more liberal for one class than the other.”

1.1 LA ELECCIÓN DE LAS SANCIONES

En la práctica de las sanciones económicas podemos reconocer dos tipos de soluciones diferentes según TIEDEMANN¹⁸. Por un lado, las sanciones pueden limitarse, en la legislación o en la práctica, a un número restringido de penas o medidas. Por otro lado, puede haber una variada gama de sanciones, contenida en leyes especiales o desarrolladas por otros medios.

La primera solución identificable tiene relación con acudir exclusivamente a la multa y a la prisión (ya sea para ser ejecutada o en suspenso dentro de un término de hasta dos años). Este sistema es el que aplica la legislación alemana en el Código Penal Alemán de 1975.

¹⁵ TERRADILLOS BASOCO, Juan. Empresa y Derecho Penal. Editorial AD-HOC. Buenos Aires, 2001. p. 37

¹⁶ *ibid.* p.37

¹⁷ SUTHERLAND, Edwin. White-Collar Criminality [en línea]. American Sociological Review, 1940. Volume 5, Number 1. Disponible en internet:

<[http://www.asanet.org/sites/default/files/savvy/images/asa/docs/pdf/1939%20Presidential%20Address%20\(Edwin%20Sutherland\).pdf](http://www.asanet.org/sites/default/files/savvy/images/asa/docs/pdf/1939%20Presidential%20Address%20(Edwin%20Sutherland).pdf)> p.5

¹⁸ TIEDEMANN, Klaus. Poder Económico y Delito. Op. cit. p.158.

La otra solución, diametralmente opuesta a la anterior la detenta Estados Unidos. En esta opción, se postula, al menos en ciertos ámbitos como en la legislación *antitrust*, que la pena sea de cierta brevedad, sin posibilidad de suspenderla condicionalmente. Además, se utiliza la multa y, de manera adicional, se aplican a una serie de otras sanciones accesorias, como es el caso de, por ejemplo, prohibir temporalmente hacer publicidad.

Respecto entonces, del tema que acontece, TIEDEMANN asegura que, el factor principal sobre la elegibilidad de la sanción correspondiente no es el de elegir la mejor sanción, sino el de tener la posibilidad de detectar el delito y procesar penalmente a su responsable¹⁹.

Además, según un estudio realizado por este mismo autor evidencia que, a través de la entrevista a hombres y mujeres de negocios y de empresas, la pena privativa de libertad sin posibilidad de ser suspendida condicionalmente tenía un efecto preventivo. Es decir, de todas las personas que fueron consultadas al respecto, se obtuvo que las penas de multa no tienen el efecto de intimidación suficiente en los casos de delitos previstos en las leyes *antitrust*, y así también lo afirmó con sus estudios paralelos el académico Mark Green en Nueva York. Y en este sentido lo confirman las entrevistas hechas a más de dos mil personas por el Centro Nazionale de Milán, que arrojaron resultados similares en que la prisión tenía un efecto intimidatorio sobre delincuentes de la clase media o alta.

Si bien es cierto que, la pena de multa tiene numerosas ventajas, tales como el de no privar al condenado de su fuerza de trabajo y no constituir una carga financiera para el Estado (como recluso) y participando de esta forma en la vida productiva, y es cierto además, que la pena de multa se puede graduar y adaptar con cierta facilidad a la situación individual del condenado²⁰, no es menos cierto que la eficacia de esta dependerá mayoritariamente de lo discutido respecto del efecto intimidatorio que tendrá la pena para el condenado y, por otro lado, respecto si éste tiene la capacidad suficiente para soportar la carga económica y de sentirla, en definitiva, como una sanción racional y justa. Si no se llevara a cabo de esta manera, se produciría –lo cual es muy usado en la actualidad respecto de las personas jurídicas- que los costos de estas multas primero, sean internalizados dentro de los costos habituales de la empresa y, segundo, que estos costos repercutan con posterioridad en los consumidores.

En este sentido BAULCELLS LLADÓS, señala –refiriéndose a las características del fenómeno criminológico que nos ocupa- que, “el delincuente económico no tiene conciencia de su culpabilidad”, es así que éste –y comparado

¹⁹ *Ibíd.* p.158-162

²⁰ DU PUIT Joseph. La pena de multa [en línea]. Anuario Derecho Penal 1997-1998. Disponible en Internet <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1997_07.pdf.p.2> [Consultado 10 Junio 2016]

con el “delincuente común”- el delito económico ni provoca reacción social negativa ni efecto de choque (afectividad) en el sujeto, lo cual lleva a concluir que “el autor no se considere culpable”²¹.

De esta manera, -señala Baucells- dentro del perfil criminológico que se presenta en este tipo de delincuencia económica, quien ha llegado más cerca de esclarecer las razones del por qué de este comportamiento criminal es, en su opinión –y con la cual concordamos- Sutherland, al señalar que “la conducta criminal del delincuente económico, como cualquier otro delincuente y como cualquier otro comportamiento ni se hereda, ni se inventa, sino que más bien es consecuencia del aprendizaje a lo largo de un proceso normal de interacción sobre todo en el interior de un grupo reducido de relaciones personales en el que a través de la intensidad, la prioridad y la frecuencia de los contactos, se aprende desde las técnicas de comisión de la infracción hasta la asimilación de los valores subyacentes a ella, pasando por la orientación de los móviles, impulsos y razones para llevarla a cabo”²².

Es por todo lo anterior, y porque este tipo de delitos –como ya anticipábamos- generan una dañosidad que impacta a la sociedad toda, es que en las siguientes líneas describiremos los tipos de sanciones que la doctrina internacional ha señalado como base para sancionar al delincuente económico no sólo como persona natural, sino también respecto de la persona jurídica que permite, dentro de su maquinaria societaria, que estas conductas se lleven a cabo.

1.1.1 Sanciones contra las Personas Físicas

Entre las sanciones contra las personas físicas Tiedemann menciona las siguientes²³:

1.1.1.1 Privación de libertad

Esta sanción se establece respecto de aquellos casos graves de delitos económicos que se caracterizan por producir un daño particularmente grande, por la perseverancia en la actividad delictiva y por utilizar refinados medios fraudulentos para cumplir su cometido. Y es debido a que ponen en peligro la vida económica y la fortuna o la salud de muchas personas, que ha sido necesario “abandonar toda

²¹ BAUCELLS LLADÓS, Joan. Op. cit. p. 148.

²² *Ibid.* pp.149-150.

²³ TIEDEMANN, Klaus. Poder Económico y Delito. Op. cit. pp. 161-167.

indulgencia hacia ellos tanto en el procedimiento y la sentencia como en la ejecución de la pena”.²⁴

BAUCELLS LLADÓS ha dividido la línea argumentativa para apoyar la necesidad de la prisión para estos tipos de delincuentes en dos vías: en primer lugar, estableciendo la supuesta inutilidad de la prisión para alcanzar la prevención especial de estos delincuentes y, por otro, sobre la necesidad de la prisión para alcanzar la prevención general de estos delitos²⁵.

En cuanto al primer punto, desarrolla la idea estableciendo las más importantes objeciones que impiden afirmar que la pena de prisión deba ser descartada para el delincuente económico. La primera de ellas es la relativa a la falta de acuerdo sobre el concepto de “reeducción y reinserción social”, ya que según algunos el delincuente económico no necesitaría ser reeducado; o, en palabras de BAJO²⁶: “(...) en la medida en que los componentes de las clases superiores no son susceptibles de rehabilitación, readaptación social y reeducación, resulta que en el caso, poco común hasta ahora, de quedar sometidos al peso de la Ley penal, no se podría cumplir el fin esencial de la pena, con lo que la lógica de toda esta concepción conduce a excluir de tal castigo al delincuente económico.” BAJO FERNANDEZ es categórico al plantear lo anterior y, más aún, señala que “es necesario, en primer lugar, tener confianza del Derecho penal y no pensar, como Dinitz, que el delito económico es un equívoco y un callejón sin salida, no constituyendo, salvo para los estafadores del hampa, un problema criminal sino simplemente social.”²⁷ Y como no pensar en no confiar en el “Derecho penal” cuando el mismo BAJO reitera una y otra vez a lo largo de su trabajo que el delito penal económico es visto por la sociedad como un delito de carácter leve puesto que no afecta directamente al sujeto individual y, más aún, éste no lo concibe de tal gravedad como puede ser el homicidio o la violación. Todo lo anterior unido a que el mismo sistema en que se basa en el “Derecho penal de Bajo” considera que éstos delitos no son merecedores de penas ni privativas de libertad ni tampoco – como sería la otra fórmula que señalan la mayoría de los catedráticos del mundo- existiría una multa lo suficientemente proporcional que cumpla con el fin de prevenir la comisión de estos. Simplemente entonces hay que mantener el *status quo* respecto del tratamiento que se les da, puesto que el catedrático señala que si bien los mecanismos de selección sociales “impiden una lucha eficaz contra este fenómeno delictivo, la Ley penal deja caer su rigor cada vez en mayor número de

²⁴ *Ibíd.* pp 161-162.

²⁵ BAUCELLS LLADÓS, Joan. *Op.cit.* p. 164.

²⁶ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *La delincuencia económica. Un enfoque criminológico y política criminal* [en línea]. España: Universidad de Salamanca. Disponible en internet: <<http://www.bajo-trallero.es/publicacion/LaDelincuenciaEconomica.pdf>> [consulta 26 de Mayo] pp. 587-615.

²⁷ BAJO FERNANDEZ, Miguel. *Loc. cit.*

casos sobre la delincuencia económica”. Esto, por supuesto, sin señalar cuáles serían esos casos ni tampoco en qué forma ha dejado caer su rigor.

Es evidente a nuestro parecer, por otro lado, que si la finalidad de la “reeducación” es conseguir que el sujeto pueda vivir, una vez puesto en libertad sin cometer delitos, no hay duda que “aquellos autores que consideran que los delincuentes económicos pueden necesitar de intervención para no volver a delinquir”²⁸ están en lo cierto, tomando en consideración más aún que con su actuar vienen en lesionar toda clase de bienes jurídicos protegidos así como los pilares fundamentales en los que descansa la economía y bienestar de nuestra sociedad.

Finalmente, en cuanto a la segunda línea argumentativa propuesta por BAUCELLS esto es, respecto a la necesidad de la prisión para alcanzar la prevención general de estos delitos, se ha llegado a una cierta convicción en la doctrina en cuanto a que la pena más intimidante para los empresarios era la pena de prisión, sin posibilidad de ser suspendida condicionalmente. Sin perjuicio de lo cual, y a pesar que este tipo de individuos conocen con mayor seguridad las normas penales que inciden en el ámbito de sus negocios, “si el sentido de las normas penales no coincide con el de las normas sociales la eventual eficacia preventivo-general del derecho penal queda cuestionada y se apuntala la necesidad de tomar iniciativas para que las normas penales vayan acompañadas de otras medidas de política social y de política legislativa”²⁹. Sin perjuicio de lo anterior, es que no sólo es necesario que la norma penal establezca la pena de prisión, sino que efectivamente se aplique. Esto, ya que el delincuente “no se motiva por la amenaza de la pena, sino por la idea de cuáles son las posibilidades de no ser descubierto y, añadiría, de cuáles son las posibilidades de que efectivamente se le imponga a él la pena”³⁰. Este último punto viene directamente relacionado con la predisposición más permisiva y benévola con la que se trata a este tipo de delincuencia y, por lo mismo, la pena privativa de libertad sólo podría llegar a desarrollar efectos de prevención general “si el derecho penal económico estuviera en condiciones de poder asegurar que funciona como instrumento de *última ratio* (...)”, es decir, “si la sociedad, los medios de comunicación, las administraciones encargadas del control de la actividad económica o los jueces encargados de enjuiciar estos casos comparten la necesidad de desvalorar estas conductas.”³¹

²⁸ BAUCELLS LLADÓS, Joan. Loc. cit.

²⁹ BAUCELLS LLADÓS, Joan. Op.cit. p.169

³⁰ BAUCELLS LLADÓS, Joan. Op.cit. p.170

³¹ BAUCELLS LLADÓS, Joan. Op.cit. p.171

1.1.1.2 Inhabilitación profesional

En Chile, la inhabilitación para profesión titular, está contenida como pena en el artículo 21 del Código Penal, sin perjuicio de lo cual éste no precisa el concepto, que se trata de profesiones para cuyo ejercicio se requiere de un título cuya obtención está sujeta a reglamentación por la ley o la administración, “la cual puede ser absoluta, o sea para toda clase de profesiones titulares, o especial, cuando se refiere a alguna determinada”³².

Estas penas pueden ser perpetuas o temporales. En el caso de la inhabilitación para profesiones titulares, pueden ser absolutas o especiales. Pero en el caso de las suspensiones de profesiones titulares son siempre especiales, ya que se refieren a un cargo o profesión determinados.

Respecto a la duración de ellas hay “que distinguir entre inhabilidades y suspensiones; las inhabilidades duran entre tres años y un día y diez años, y se dividen en tres grados: mínimo (de tres años y un día a cinco años), medio (de cinco años y un día a siete años) y máximo (de siete años y un día a diez años). Las suspensiones duran de sesenta y un días a tres años, y se dividen en tres grados: mínimo (de sesenta y un días a un año), medio (de un año y un día a dos años) y máximo (de dos años y un día a tres años), todo conforme al art. 56”³³.

Por otro lado, respecto a los efectos que tienen las inhabilidades y suspensiones, éstos están precisados en los arts.38 y 39 del Código Penal, que señala:

Art. 38. La pena de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesionales titulares, y la de inhabilitación absoluta temporal para cargos y oficios públicos y profesiones titulares, producen:

1° La privación de todos los honores, cargos, empleos y oficios públicos y profesiones titulares de que estuviere en posesión el penado, aun cuando sean de elección popular.

2° La privación de todos los derechos políticos activos y pasivos y la incapacidad perpetúa para obtenerlos.

3° La incapacidad para obtener los honores, cargos, empleos, oficios y profesionales mencionados, perpetuamente si la inhabilitación es perpetua y durante el tiempo de la condena si es temporal.

³² GARRIDO MONTT, Mario. Derecho Penal Parte General Tomo I. [en línea] Editorial Jurídica de Chile. Chile, 2010. Disponible en Internet: <https://app.vlex.com/?r=true#CL/search/jurisdiction:CL/la+pena+su+naturaleza+y+efectos/CL/vid/275058959/graphical_version> [consulta 1 de junio 2016] pp.301-305.

³³ GARRIDO MONTT, Mario. Loc. cit.

4° Derogado.

Art. 39. Las penas de inhabilitación especial perpetua y temporal para algún cargo u oficio público o profesión titular, producen:

1° La privación del cargo, empleo, oficio o profesión sobre que recaen, y la de los honores anexos a él, perpetuamente si la inhabilitación es perpetua, y por el tiempo de la condena si es temporal.

2° La incapacidad para tener dicho cargo, empleo, oficio o profesión u otros en la misma carrera, perpetuamente cuando la inhabilitación es perpetua, y por el tiempo de la condena cuando es temporal.

La diferencia sustancial entonces, respecto de la inhabilitación por un lado, y la suspensión por la otra, es que respecto de la primera, cumplida la misma, no se recuperan los cargos o funciones, en tanto que cumplida la segunda estos sí se recuperan, toda vez que sólo se encuentra suspendido el sentenciado.

La inhabilitación según Tiedemann, resulta apropiada para, en forma perpetua o temporal, excluir de la vida económica a aquellos que desde un principio tienen como finalidad el delinquir puesto que la pena pecuniaria no les es suficientemente inhibitoria de la actividad ilícita. Así, –estima Tiedemann- esta sanción conjuntamente con la prisión tendrá el efecto apropiado para este tipo de personas.

Sin embargo, la sanción expuesta debe estar debidamente vigilada en su ejecución puesto que puede llevar a producirse otros actos fraudulentos por parte del delincuente³⁴.

Pese a esto, la inhabilitación profesional sólo debe ser propuesta como solución en los casos de grave reincidencia, esto ya que, tal como sucede con la persona jurídica y el cierre de la empresa, importa graves consecuencias para el individuo debido a que priva precisamente del ejercicio de la profesión del sujeto y, en definitiva, de ingresar nuevamente en el mercado laboral.

1.1.1.3 Trabajo Social Voluntario

En el derecho anglosajón, el *community service*, tiene su fundamento en que muchas de las actividades ilícitas que comete el individuo en virtud de este tema, afecta bienes supraindividuales de la comunidad. Por esto, y según ha estimado el renombrado psicólogo Alfred Adler, las ventajas se derivan no sólo del beneficio que se provee a la comunidad sino también, y en gran medida, produce un efecto

³⁴ TIEDEMANN, Klaus. Poder Económico y Delito. Op.cit. pp 163-165.

armonioso y curativo que los servicios prestados voluntariamente a otros tienen en beneficio del individuo que los realiza.

Esta posición ha ganado más de un adepto en la doctrina y legislación comparada; en especial, el caso del Código Penal portugués de 1983.

1.1.1.4 Publicidad del procedimiento o de la sentencia

Esta medida tiene un carácter complementario a las demás, la cual tendrá sus efectos mayoritariamente para la empresa del infractor.

Al respecto, la Comisión sobre Monopolios en Alemania, ha señalado que las empresas, muchas veces, están dispuestas a realizar toda suerte de concesiones con el fin de que no se publiquen sus nombres y así evitar afectar el buen nombre de su compañía, Pese a esto, en la legislación alemana no está codificada de esta forma por considerársele una pena de carácter medieval y, por tanto, sólo se considera esta opción en los casos en que está en juego la violación de bienes estrictamente personales³⁵.

1.1.1.5 Transacción

Esta sanción considera la negociación con el delincuente acerca de las modalidades de la sanción y así, terminar de manera más rápida y eficiente el proceso.

La transacción, como sanción, como es posible inferir, tendrá un efecto debilitador del carácter preventivo general, no inhibiendo la conducta ilícita por parte del delincuente quien, verá en esta figura, una puerta para seguir cometiendo delitos de esta especie sin ninguna sanción fuerte que prevenga la reincidencia pues, el individuo verá en la transacción el medio ideal para llegar a un acuerdo con los órganos sancionadores. Es por esto que, la legislación alemana en particular ha desechado esta herramienta pues, ante la desobediencia de tal acuerdo, muchos países no han tipificado una conducta que conlleve sanción penal.

1.1.1.6 Caución

Esta sanción tiene un objetivo similar al de la sanción anterior: prevenir que se repita o continúe el efecto dañoso.

Su significación está establecida en el art. 46 del Código Penal de nuestro país en los siguientes términos,

³⁵ *Ibíd.* pp. 166-167.

“Art. 46. La pena de caución produce en el penado la obligación de presentar un fiador abonado que responda o bien de que aquél no ejecutará el mal que se trata de precaver, o de que cumplirá su condena; obligándose a satisfacer, si causare el mal o quebrantare la condena, la cantidad que haya fijado el tribunal.

Si el penado no presentare fiador, sufrirá una reclusión equivalente a la cuantía de la fianza, computándose un día por cada quinto de unidad tributaria mensual; pero sin poder en ningún caso exceder de seis meses.”

Por su parte, la cuantía se establece en el art. 25 inciso final del código del ramo,

“(…) En cuanto a la cuantía de la caución, se observarán las reglas establecidas para la multa, doblando las cantidades respectivamente, y su duración no podrá exceder del tiempo de la pena u obligación cuyo cumplimiento asegura, o de cinco años en los demás casos.”

1.1.2 Sanciones contra las Agrupaciones

Respecto de las Sanciones contra Agrupaciones, encontramos las siguientes:

1.1.2.1 Multa

Esta se considera como la más idónea en general para sancionar a las personas jurídicas, sin embargo, podemos evidenciar que ofrece dificultades para poder determinar su cuantía, es decir, para su medición según el tipo de delito económico. Y, además, aparte de aplicar la pena, hay que privarla de la ganancia ilícita obtenida por el delito, ya sea mediante la misma multa, como es el caso de Alemania, ya a través de un mecanismo particular como es el caso de la confiscación especial³⁶.

De esta manera, no privar de las ganancias ilícitas al delincuente funcionaría como una suerte de incentivo a seguir cometiendo delitos, tanto por parte de del autor como de la empresa, sin un verdadero riesgo económico de por medio.

Por otro lado, y como mencionábamos, es muy difícil determinar el monto de la multa, por cuanto la finalidad de esta es restablecer –en la mejor medida posible– al estado anterior a la comisión al delito. Esto, se traduce en la imposibilidad de obtener precios posibles y ganancias adicionales cuando se impide la certeza de su monto, en las situaciones en que el mercado, por ejemplo, ha sufrido una tendencia negativa, como cuando muchas empresas de un mismo rubro acuerdan ilícitamente los precios en un sector económico determinado.

³⁶ *Ibíd.* pp.167-169.

Respecto a esto último, Tiedemann ³⁷ aconseja que, dentro de las posibilidades legales, se haga una apreciación estimativa sobre la cuantía del beneficio ilícito. Lo cual tuvo cabida en 1980 en Alemania, a propósito del ámbito de la normativa penal-administrativa sobre infracciones contra la libre competencia.

Otro tipo de estimación sería el de considerar la ganancia ilícita, o todo el monto de la multa, es fijada en un porcentaje sobre la cantidad de negocios de la empresa en el año anterior a la comisión al delito. Este último mecanismo utilizado en gran medida por la Comunidad Económica Europea.

Respecto de esta ficción legal sobre la estimación de la multa, se ha visto que esto lesiona el principio de individualidad de la pena, el cual exige igualmente tener en cuenta la situación económica de la empresa en el momento de la condena. Esto podría parecerle a la opinión pública, injusto desde la perspectiva de la cantidad de ganancia ilícita que obtuvieron con el delito, sin embargo, no atender a esta circunstancia, lesionaría los principios fundamentales del derecho penal contemporáneo, aun cuando el sujeto castigado sea una personas jurídica, por cuanto no es sólo la persona jurídica que está en juego sino las personas naturales que lo conforman.

Pese a esto, existen variadas opiniones que estiman que, respecto a valorar las consecuencias de la multa, las empresas podrían estar en posición de calcular los precios futuros de sus mercancías y servicios a partir de las multas pagadas, y las transferirían a los consumidores de estos, elevando los precios. Sin embargo, los mercados regulan en cierta forma el aumento de precios de determinados grupos o colectivos económicos, por lo cual, se vería dificultado enormemente un aumento arbitrario de precios sin que la autoridad hiciese algo al respecto –esto desde el punto de vista de la utopía de la regulación económica-.

Para Tiedemann lo más grave que podría producirse aparte del caso antes mencionado, sería que las empresas sancionadas pudiesen verse tentados a hacer pagar las multas impuestas a sus administradores o trabajadores, lo cual evidentemente sería mucho menos visible a la esfera pública que lo anterior³⁸.

En esto último, BAUCCELLS apunta que la pena de multa en general ha sido precisamente criticada en virtud que no procuraría evitar la comisión del delito (prevención general negativa) puesto que –como señala Tiedemann-, las empresas podrían hacer repercutir los costos de estas en los consumidores. Así tampoco, podría evitar la reincidencia (prevención especial positiva) puesto que “ésta debería tener un efecto admonitorio” y la pena de multa no sería capaz de desarrollar dicha función debido a que, y sobre todo, no es una pena personal, pudiendo satisfacerse

³⁷ *Ibíd.* p. 169.

³⁸ *Ibíd.* p.170

por cualquier otra persona, incluso la persona jurídica en nombre o beneficio de la cual se hubiera cometido el delito³⁹.

Respecto de lo anterior, dicho autor viene a sostener que con el objeto de neutralizar el beneficio o ganancia obtenida con el delito económico, la figura del comiso vendría a ser lo suficientemente eficaz. En este sentido, y apoyando la variante de días-multa establecida en España, es que señala que, una vez neutralizado el beneficio económico a través del comiso, la pena de días-multa, “en la medida en que se impone de forma proporcional a la capacidad económica del reo es más adecuada desde un punto de vista preventivo general y especial”.

Sin perjuicio de lo anterior, es que además del comiso, la pena de días-multa en el caso español, debiera centrarse en dos criterios fundamentales para efectos de prevenir la realización de dichos delitos: 1) elevar la cuantía máxima del importe de la pena de días-multa (que en España es de 360.000 euros) y, sobre todo, 2) mejorar las leyes procesales y los instrumentos judiciales para poder recabar los datos económicos del reo y asegurar la imposición de una pena adecuada no sólo a la proporcionalidad del daño causado sino también a la eficacia preventiva que se espera de esta pena de multa⁴⁰.

Pese a que el caso anterior se refiere sólo al modelo español, los criterios de Baucells son esclarecedores. En el caso chileno, como sabemos, existe la pena de multa, la cual según lo expresado en el artículo 60 del Código Penal señala que la “multa se considera como la pena inmediatamente inferior a la última en todas las escalas graduales”; estas escalas están descritas en el art. 59 del mismo cuerpo legal, el cual señala 5 diferentes escalas “para determinar las penas que deben imponerse según los artículos 51, 52, 53 y 54 (...)”.

El opúsculo legal mencionado señala que la cuantía de la multa se adoptará en base a lo establecido en el artículo 25 que señala, “la cuantía de la multa, tratándose de crímenes, no podrá exceder de treinta unidades tributarias mensuales; en los simples delitos, de veinte unidades tributarias mensuales, y en las faltas, de cuatro unidades tributarias mensuales; todo ello, sin perjuicio de que en determinadas infracciones, atendida su gravedad, se contemplen multas de cuantía superior. (...) Cuando la ley impone multas cuyo cómputo debe hacerse en relación a cantidades indeterminadas, nunca podrán aquéllas exceder de treinta unidades tributarias mensuales.”

En este sentido, la regla cuarta del artículo 61, señala que “cuando se señalan al delito copulativamente penas comprendidas en distintas escalas o se agrega la multa las de la misma escala, se aplicarán unas y otras con sujeción a las reglas 1ª

³⁹ BAUCELLS, Joan. Op.cit.p.156

⁴⁰ Ibíd. p.161-163

y 2ª, a todos los responsables; pero cuando una de dichas penas se impone al autor del crimen o simple delito por circunstancias peculiares a él que no concurren en los demás, no se hará extensiva a éstos”. Lo anterior se traduce en que, 1) la pena señalada al crimen o simple delito será de reclusión mayor en su grado mínimo, inhabilitación absoluta perpetua y multa, 2) la pena de los autores de crimen o simple delito frustrado y cómplices de crimen o simple delito consumado será reclusión menor en su grado máximo y multa de veinte sueldos vitales, 3) la pena de los autores de tentativa de crimen o simple delito, cómplices de crimen o simple delito frustrado y encubridores de crimen o simple delito consumado, de reclusión menor en su grado medio, inhabilitación absoluta temporal en su grado medio y multa de diez sueldos vitales, 4) la pena de los cómplices de tentativa de crimen o simple delito y encubridores de crimen o simple delito frustrado, de reclusión menor en su grado mínimo y multa de cinco sueldos vitales, 5) la pena de los encubridores de tentativa de crimen o simple delito, será de prisión en su grado máximo, suspensión en su grado máximo y multa de dos y medio sueldos vitales.

El artículo 70 del Código Penal⁴¹, por otro lado, trata de establecer los criterios para determinar la multa pero, en mi opinión, no son suficientes ni eficaces a la hora de aplicarlo.

1.1.2.2 Otras sanciones

Entre éstas figuran algunas que son de escasa aplicación como la revocación de licencia para operar o de funcionamiento, el sometimiento de secuestro o a vigilancia judicial, la pérdida de ciertos derechos, ventajas o posibilidades (como los de emisión de cheques, publicidad y participación en las licitaciones públicas) y, finalmente, la disolución de la empresa.

Sin embargo, se ha estado gestando otro tipo de sanciones más nuevas, como por ejemplo, la introducción en la empresa de un “director con interés público” (*public interest director*), la obligación de la empresa de permitir una participación del Estado o el comprometerse en un trabajo voluntario socialmente útil (*community service as a corporate sanction*).⁴²

Todo lo anterior podría, sin embargo, entrar en conflicto con ciertos principios constitucionales como lo es el derecho a la libertad de empresa, que está consagrada tanto en nuestra carta fundamental chilena como en otras del derecho comparado, y que socavarían gravemente, en definitiva, principios de carácter fundamental en pro de cualquier tipo de restricciones que pudiesen verse útiles para contrarrestar la delincuencia económica.

⁴¹ CHILE. Código Penal. Chile. Ley No. 20.830. [en línea]. Disponible en Biblioteca del Congreso Nacional. <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1984>> visitado el 25-05-16.

⁴² TIEDEMANN, Klaus. Poder Económico y Delito. Op.cit. pp. 170-171

1.2 RESPECTO DEL MODELO SANCIONATORIO PARA LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS ILÍCITAS

En el derecho comparado no es del todo pacífica la discusión sobre cual sanción aplicar respecto de estas conductas ilícitas –como ya mencionábamos con anterioridad-, más bien se ha establecido que se puede optar por el modelo de sanción penal o por el modelo de sanción administrativa. A este respecto se ha estimado que, la aplicación de las normas de derecho penal administrativo otorgaría cierta eficacia preventiva, por lo que utilizar penas se tornaría innecesario. De esta manera sólo cuando la infracción de la norma supone un peligro para bienes altamente personales como la vida, es realmente necesaria una respuesta penal.⁴³

La doctrina mayoritaria ha señalado, por otro lado, que el derecho penal económico debe ser considerado *ultima ratio* en la protección del orden económico. Así, sólo debe ser utilizado una vez hayan fracasado previamente los demás mecanismos de control jurídico.

En la gran mayoría de los países europeos se regula la sanción de las organizaciones en leyes penales complementarias, con el objetivo de apoyar la dirección estatal de la economía, la política de seguridad, etc. y de reprimir las infracciones de las disposiciones administrativas.

La sanción en este ámbito de ideas no es considerada de índole penal, aun cuando varias veces puede ser mucho más severa que la multa penal. De esto resultan dos cuestiones diferentes: deben enfrentarse dificultades infranqueables relacionadas con el principio penal de culpabilidad y los problemas deben ser resueltos de manera específica y no general. En Dinamarca, por ejemplo, se han establecido alrededor de doscientas normas especiales.

De acuerdo con esto, cada vez mas es el número de países que prefieren el derecho penal de acuerdo con la concepción anglo – americana, es el caso sobre todo en Francia, Finlandia, Suecia, Suiza y Holanda. De este modo, se espera reforzar el efecto preventivo. Pero por sobre todo, se busca tratar de manera igualitaria las conductas dañosas cometidas sea por personas naturales, sea por o a través de empresas.⁴⁴

Respecto de las sanciones administrativas versus las de carácter penal; muchas veces se percibe que las segundas tienen un carácter mucho más gravoso que las primeras, por ser aquéllas “más visibles” y de mayor impacto en la limitación a las libertades del individuo que las primeras. Sin embargo, esta conclusión nos

⁴³ JAÉN, Manuel. Cuestiones actuales del Derecho Penal Económico. Ed. Ad-Hoc. 1º ed., Buenos Aires, 2004. pp.42-51.

⁴⁴ HEINE, Günter. La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales. [en línea]. Disponible en internet: <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1996_04.pdf> [consulta 25 Mayo 2016] p.5.

puede llevar a resultados errados, ya que en no pocas situaciones, el ámbito administrativo sancionador puede llegar a ser más gravoso incluso que el ámbito penal. Esto, en el caso de que se genere imposibilidad de ser ejecutadas. En cambio, en el ámbito penal, existen tanto en nuestro ordenamiento como en el derecho comparado la posibilidad de conmutar la pena de presidio por algunas que le permitan al individuo libertad ambulatoria, las llamadas salidas alternativas al proceso penal.

En el derecho italiano y francés, se prevé este beneficio también con respecto a otras penas, como las pecuniarias o restrictivas de derechos (esta última en el código penal francés).

En definitiva, todo lo anterior significa que, paradójicamente, en algunas hipótesis podría ser más ventajoso ser sancionado penalmente que administrativamente.

En este orden de ideas, el argentino Manuel Jaén Vallejos, expresa que todo Código Penal debería contener un *sistema de triple vía*, “en el que además, de las penas y medidas de seguridad como respuestas básicas al delito, se contemplase la reparación como forma de resolución del conflicto creado por el delito mismo, que puede tener una importancia extraordinaria entre otros delitos en algunas de las nuevas conductas delictivas, asociadas al derecho penal económico, como, por ejemplo, en los delitos fiscales.”

Esta reparación puede ser de dos tipos según JAÉN: el primero tiene como principal destinatario y beneficiario a la víctima del delito, y el segundo tipo, se tiene como destinatario a la propia colectividad cuando la reparación tiene lugar a través de trabajos en beneficio de la comunidad.

Sin embargo, la reparación tendrá lugar más propiamente en aquellos delitos que no sean graves, y que no concurra violencia, como en los delitos contra la propiedad y el patrimonio, así como en el derecho penal económico.

Respecto a lo anterior, la Comisión Redactora del Código Penal Tipo Iberoamericano, en su Primer Encuentro de 1995, celebrado en Bogotá, señaló que a reparación es un caso clásico de compensación constructiva de la culpabilidad, que tiene lugar cuando el autor, mediante un *actus contrarius*, reconoce la vigencia de la norma vulnerada frente a los de compensación constructiva de la culpabilidad, en los que el autor recibe un mal que compensa total o parcialmente su culpabilidad.

1.3 DISTINCIÓN ENTRE SANCIÓN CIVIL Y SANCIÓN ADMINISTRATIVA

En nuestro país existen sólo dos normas en el Código Penal de las cuales pueden extraerse algunos elementos que permiten estructurar las sanciones civiles y las de carácter administrativo.

Desde el punto de vista de la autoridad que la impone, la sanción administrativa puede provenir de la autoridad gubernativa o la autoridad disciplinal, en tanto que la pena sólo puede ser impuesta por la autoridad judicial, por medio de sentencia ejecutoriada dictada en el marco de un debido proceso legal.

Desde el punto de vista de la cuantía, la sanción administrativa no debería ser superior a las penas que contempla el Libro III del Código Penal, al regular las faltas, o sea, las multas que no excedan las 4 UTM.

Lo anterior tiene su relevancia en el principio del non bis in ídem, es decir, según el cual un mismo hecho no debe ser objeto de doble sanción; o una misma circunstancia, de doble ponderación.⁴⁵ O sea, que la codificación penal establezca por un lado, un marco único para cada conducta, de tal manera que su autor no se vea expuesto, a una aplicación conjunta de una pena por ejemplo y, por otro, de una sanción administrativa. Así tampoco debe suponer la necesidad de ponderar un mismo antecedente en más de una oportunidad. De la misma manera, no podría en nuestro ordenamiento respecto de la punibilidad de los delitos económicos, considerar aplicar por un lado una sanción civil derivada del delito y, por otro, la sanción que correspondería en el marco regulatorio administrativo.

Es indudable que se debe establecer un marco definitorio organizado, en virtud del cual, se establezca ya sea respecto de la gravedad del delito si es suficiente pena en el marco civil o, por otro, respecto de la sanción administrativa que proviene directamente de la autoridad gubernativa, como es el ejemplo característico actual de la legislación norteamericana que veremos a continuación.

2. LAS SANCIONES EN LA LEGISLACIÓN ANTITRUST **NORTEAMERICANA**

2.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Cuando Adam Smith escribe en 1776 “La riqueza de las naciones”, surge la economía moderna, iniciándose con esto la llamada escuela clásica de la

⁴⁵ RODRIGUEZ COLLAO, Luis. Los principios rectores del derecho penal y su proyección en el campo de las circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal. Revista de Derechos Fundamentales. Núm. 8. Chile. Julio, 2012 [En línea] Disponible en internet: <http://app.vlex.com/#CL/search/jurisdictions:CL+content_type:4/non+bis+in+idem+derecho+penal/CL/vid/456818882> [consulta 28 Mayo 2016] p.147.

economía, lo cual tiene sus raíces en el pensamiento filosófico defendido por los moralistas ingleses del siglo XVIII, para los cuales la sociedad funciona al “igual que una máquina perfecta puesto que los individuos, al buscar el bien persona, trabajan en beneficio del bien común”.⁴⁶ Sin embargo, el autor pronto se dio cuenta de las imperfecciones del sistema: en primer lugar, los traficantes siempre irán en forma diferente, o incluso opuesto, a los intereses del público; y en segundo lugar, este sistema se dificulta porque los comerciantes son siempre partidarios del monopolio.

Y consecuentemente con estas ideas, Europa fue uno de los puntos centrales de la evolución del pensamiento económico, en el que la labor del Estado intervencionista en la economía fue uno de los temas predilectos a la hora de abordar la eficiencia de los mercados.

Pese a esto, fue en Estados Unidos donde se dictaron las primeras leyes antimonopolios o *antitrust* y desde donde, muy posteriormente, fueron exportadas al Viejo Mundo.

El origen de las disposiciones norteamericanas, tienen su fundamento en la excesiva concentración de la industria norteamericana de finales del siglo XIX, dirigida en forma irremediable a la creación de monopolios que pusieron en la cuerda floja tanto a los consumidores, influidos por la fijación de precios abusivos; y los propios competidores en el mercado relevante⁴⁷.

Dada esta situación, ni el más acérrimo defensor de la escuela clásica osó poner en duda la labor intervencionista del Estado para evitar estos *trusts*.

Estas tendencias más las socializadoras consecuencia de la expansión del marxismo dieron lugar a principio del siglo XX a un cambio significativo en cuanto al papel de los poderes públicos en la economía, orientado hacia la llamada economía de bienestar, en la que se le asigna al gobierno el papel de redistribuir la riqueza.

Keynes, quien en 1925 sostenía férreamente la libertad de comercio “porque, a largo plazo y en general, es la única política técnicamente sólida e intelectualmente firme”⁴⁸, un año después rectificó diametralmente su opinión al publicar un opúsculo denominado *El fin del laissez faire*.

Con esto, se vino a ratificar el pensamiento de la política económica británica que, luego de la crisis del 29, adoptaron, cada vez más, una decidida intervención del Estado en la economía. Y con ello, -más la ampliación del mercado interno- la creación de grandes unidades empresariales con perfil y vocación monopólica y la

⁴⁶ FERNÁNDEZ, Juan Eduardo. Poderes Públicos y derecho de la Competencia. [en línea] Universidad Católica de Temuco, 2008. Disponible en internet: <<http://scribd.com/doc/22495153>> [consulta 20 de diciembre 2016] p.3-4.

⁴⁷ *Ibíd.* p.6.

⁴⁸ *Ibíd.*

colonización del oeste, llevó a Estados Unidos a sancionar la famosa Sherman Act en 1890⁴⁹.

Moviéndonos aún más allá de los orígenes de la sanción a los delitos económicos, en 1939 en la cuarta reunión anual de la Sociedad Americana de Sociología celebrada en Filadelfia, Edwin Sutherland dictó su conferencia titulada “El criminal de cuello blanco”, poniendo en evidencia formas nuevas de infringir la ley que habían sido ignorados por completo. Es así que Sutherland manifiesta que existen ciertos grupos de personas que no se sitúan en la pobreza o en hogares rotos, y que la buena salud tanto física como psíquica no servía para prevenir infracciones a la ley penal, puesto que existían individuos que se ubicaban en posición de poder y llevaban a cabo ilícitos valiéndose de ello.⁵⁰

Es así como Sutherland advierte que, “el delito de cuello blanco puede ser definido, aproximadamente, como un delito cometido por una persona de respetabilidad y alto estatus social en el curso de sus ocupaciones”.⁵¹

Este concepto, aún cuando se encuadra dentro de la sociología, o si se quiere, dentro de la criminología, es una teoría que nos sirve para comprender un sector amplio de los delitos positivamente vigentes, al menos, en el ordenamiento jurídico de EE.UU.

De esto, Albanese⁵², plantea tres criterios de agrupación de delitos: A) Delitos de Robo, que incluye a los delitos de malversación, extorsión, falsificación y fraude. B) Delitos contra la administración pública, que incluye soborno, obstrucción a la justicia, ejercicio indebido de funciones públicas y perjurio. C) Delitos de regulación, entre los cuales se encuentran infracciones administrativas, infracciones ambientales, infracciones laborales, infracciones de producto e injustas prácticas de comercio.

Todo lo anterior tuvo cabida y perfecta armonía con lo señalado por Sutherland en la resolución del Caso Chiarella v. US (445 US 222, 1980): “Vincent Chiarella era un impresor de formularios financieros a quien una empresa proporcionó materiales para hacer formularios de propuestas de fusiones y ofertas de adquisiciones hostiles, en las cuales siempre se dejaba en blanco los espacios que identificaban a las entidades involucradas o se usaban nombres ficticios, con la obvia finalidad de resguardar la confidencialidad de las operaciones. Sin embargo, el señor Chiarella fue capaz de deducir los verdaderos participantes y en cinco oportunidades adquirió acciones que posteriormente vendió, obteniendo algo

⁴⁹ *Ibíd.*

⁵⁰ MONSALVE, Sergio. Derecho Penal de los Poderosos. Derecho Penal Moderno, Relaciones entre el Delito de Cuello Blanco y la Expansión del Derecho Penal. Ed. Metropolitana. Santiago, 2009. pp.29-31.

⁵¹ SUTHERLAND, Edwin. Op.cit. pp.2-10.

⁵² ALBANESE, Jay S. White Collar Crime in America. Prentice Hall, Inc. New Jersey, United States, 1995. p. viii

más de treinta mil dólares de ganancia en un periodo de cuatro meses.” Es así que la Comisión de Transacciones y Valores (SEC) dedujo cargos contra Chiarella, argumentando el mal uso de información privilegiada y fue sentenciado a la confiscación de sus ganancias y a un año de prisión. La Corte Suprema, sin embargo, revirtió la condena sobre la base de que Chiarella no era un miembro de la persona jurídica (corporate insider) y por ende no estaba obligado a limitarse en el uso de la información confidencial sin hacer previa y pública revelación de la misma. Es así, que se resolvió que Chiarella no estaba vinculado por un deber fiduciario especial, se encontraba, en cambio, era un caso de una persona con estatus socioeconómico bajo que infringe el código penal común o las regulaciones especiales de comercio vigentes.⁵³

Con esto, y la evidencia de diversos factores como la legislación de la ley de control sobre el crimen organizado, los escándalos del Caso Watergate y el evidente interés del ministerio público norteamericano para comenzar a estudiar los llamados White Collar Crimes (WCC), es que la Corte Suprema de EEUU, sostiene en 1988 que, los WCC son uno de los más serios problemas que enfrentan las autoridades para el cumplimiento de la ley.⁵⁴

2.1.1 Breve historia del derecho de la competencia en EEUU

Para efectos de conocer las raíces desde donde proviene el estudio del derecho de la competencia, es necesario comenzar por comentar como nació en Estados Unidos, lugar en el cual nacieron las primeras normas que regulan la economía y en especial, el derecho de la competencia propiamente tal.

Sin perjuicio de lo cual, existen antecedentes que permiten afirmar que, incluso en la Edad Media estarían arraigados los orígenes de lo que es el hoy moderno derecho de la competencia. Es así que sir Edgard Coke afirma “que hay evidencias de que los monopolios estaban prohibidos desde el derecho romano, luego implícitamente en la Carta Magna y en ciertas leyes del Rey Eduardo III”⁵⁵.

Más aún, el profesor Jorge Witker afirma que las normas que imperaban en la Edad Media tuvieron como consecuencia abusos en la creación de monopolios y en su desarrollo lo que generó que en el Reino Unido se aprobara la Ley de Monopolios (“Statute of Monopolies”), durante el reinado de Jaime I en 1623⁵⁶.

⁵³ GEIS, Gilbert. White Collar crime and corporate crime. Pearson, Prentice Hall. New Jersey, 2007. p.15.

⁵⁴ EEUU. Supreme Court (22 de junio de 1988) Sentencia BRASWELL v. US, 487 US. 99,115, cit. por STRADER, J. Nelly. Understanding white collar crime. Lexis Nexis, United States, 2002.

⁵⁵ MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. Anotaciones sobre el Derecho Antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica. En “CEDEC III”. Colección Seminarios 10. Javegraf, Reimpresión, Bogotá, 2002. P. 147.

⁵⁶ WITKER, Jorge. Derecho de la Competencia en América, Canadá, Chile, Estados Unidos y México. Fondo de Cultura Económica, Chile, 2000. p.22.

En el caso de Estados Unidos, nace propiamente tal el derecho de la competencia en el año 1890 con la aprobación de la ley contra los monopolios presentado en el Congreso por el senador John Sherman. Nace así la Ley Sherman, la cual señala que “es una ley para la protección del comercio contra las restricciones ilegales y los monopolios”, la cual pasaría a ser la primera norma antimonopolios de aplicación nacional.⁵⁷

Sin embargo, en un comienzo la Corte Suprema de Justicia aplicó con debilidad la norma en comento. Esto, quedó evidenciado en 1895 en el caso *United States v. E.C. Knight Co.*, en la cual se toleraron una serie de fusiones que le otorgaron a esta empresa el monopolio del azúcar, controlando alrededor del 98 por ciento de la capacidad de azúcar refinada del país. La Corte determinó que las operaciones manufactureras del monopolio no constituían comercio interestatal que alcanzara la Ley Sherman. Todo lo cual produjo que se desencadenara con posterioridad a este fallo una oleada de fusiones como es el caso de General Electric, International Harvester, du Pont, Eastman Kodak, U.S. Steel así como también es el caso de Standard Oil⁵⁸.

Por otro lado, en el caso de *Standard Oil Co. v. United States* del año 1911, la Corte Suprema se dirigió directamente a la pregunta sobre la de si detentaba o no una posición dominante dentro del mercado y además, dejó establecidas cuatro cuestiones que hicieron que este caso pasara a la historia no sólo respecto de Estados Unidos sino que de todo el mundo.

En primer lugar, la Corte estableció que el 90 por ciento de las acciones en refinería pertenecientes a Standard Oil era prueba suficiente de la existencia un monopolio. En segundo lugar, la Corte estableció la “regla de la razón” como método básico de análisis “antitrust”. Por este estándar, los jueces podrían conducir un análisis en base al caso a caso, si bien respecto de comportamientos especialmente dañinos aún podrían ser condenados en base a las reglas per se. En tercer lugar, la Corte comenzó a clasificar algunos comportamientos como irrazonablemente excluyentes. Esto, debido a que se sentenció que los recortes de precio por debajo del costo y la compra de participaciones de los rivales creadas en forma ilegal ayudó a mantener la posición dominante de la firma. Finalmente, la Corte decidió dividir la firma en 34 partes.⁵⁹

⁵⁷ MIRANDA LONDOÑO, Alfonso y GUTIERREZ RODRIGUEZ, Juan. Historia del derecho de la competencia. Orígenes y evolución en Estados Unidos, la Unión Europea y América Latina. *Revista Boliviana de Derecho* [en línea] núm.3, 2007. Disponible en internet: <<http://www.redalyc.org/pdf/4275/427539903013.pdf>> [consulta 10 de septiembre 2016] p. 215-267

⁵⁸ KOVACIC, William y SHAPIRO, Carl. Antitrust Policy: A century of Economic and Legal Thinking. Competition Policy Center. University of California, Berkeley. [en línea] 1999. Disponible en internet: <<http://escholarship.org/uc/item/5zb4g387>> [Consulta 11 de septiembre 2016] p. 3.

⁵⁹ *Ibíd.* p.4.

Otra limitante significativa respecto de las empresas dominantes se encuentra en el fallo de la Corte Suprema de EEUU en el caso *United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis* en el año 1912. En este caso, la Corte prohibió a varios ferrocarriles usar su control en instalaciones terminales en la ruta principal del Río Misisipi en Saint Louis discriminando, de esta manera, a sus rivales quienes no poseían dichas instalaciones. En una decisión con una significancia importantísima para la industria de las redes de conectividad, la Corte forzó a los demandados a dar a los otros participantes de la industria acceso en términos razonables, tomando en cuenta que la Comisión de Comercio Interestatal podría resolver el problema estableciendo precios de acceso justos.⁶⁰

Con posterioridad a estos importantes fallos en el área del derecho de la competencia, entre los años 1915 e incluso, hasta mediados de los años 30, las cortes entraron en una etapa de reposo, donde se apoyaron en exámenes de razonabilidad para evaluar la conducta en estos negocios y, habitualmente trataron los comportamientos sospechosos de forma más permisiva.

Este cambio tan radical tiene variadas razones y, entre ellas se destaca la identificación entre las visiones del “negocio” o de las empresas, por un lado, y la del gobierno por el otro. Esto, debido a la experiencia con la “industria de la guerra” en la Primera Guerra Mundial que dejó a economistas, líderes de negocio, y oficiales gubernamentales creer que la colaboración entre la industria y el gobierno que guió la movilización durante la guerra produjo la mejor forma de organizar la economía en tiempos de paz.

En esta etapa, como anticipábamos, la Corte Suprema de Justicia falló de manera mucho más tolerante e incluso, más favorable a los demandados que en sus comienzos. Es el caso de *Board of Trade of the City of Chicago v. United States* en el año 1918, en el cual se mantenían límites en la fijación de precios en el intercambio de productos en horas posteriores al cierre. La Corte señaló que las restricciones debían ser evaluadas a través de una investigación exhaustiva tomando en cuenta su historia, propósito y efecto. Esta multifactorizada regla de la razón podría hacer el análisis mucho más preciso, pero tal aproximación implicaría esfuerzos costosos y con mucha pérdida de tiempo para reunir y evaluar dicha información. Todo lo cual tendía a favorecer a los demandados.⁶¹

En la mitad de los años 30, los modelos de planificación económica que inspiraron la gran esperanza en el New Deal perdieron su lustre. No es hasta que Franklin Roosevelt dirigió su mirada a restaurar la competencia que no surgieron

⁶⁰ *Ibíd.* p.6

⁶¹ *Ibíd.* p.6

grandes intelectuales de la Universidad de Chicago como Henry Simons, Jacob Viner y Frank Knight⁶².

El fortalecimiento del antitrust a finales de los años 30 produjo tanto una suspicacia cada vez más grande respecto de las grandes corporaciones como las formas de simplificar la carga de la prueba del gobierno. Debido a la regla de la razón formulada en casos como Chicago Board of Trade a menudo se estableció una indeterminada investigación que exoneraba a los demandados, y es por ello que muchos académicos pidieron a las cortes que simplificaran la carga de la prueba de los demandantes.⁶³ Lo cual se vio cumplido en casos como United States v. Socony-Vacuum Oil Co. en el año 1940, en el cual la Corte condenó colectivamente los esfuerzos de refinerías de comprar gasolina producida por independientes. La Corte enfatizó que los acuerdos de fijación de precios horizontal podrían ser condenados sumariamente y tratada como crímenes, a pesar de sus efectos actuales. Asimismo, la Corte advirtió en esa oportunidad que los gerentes de empresas que trataran privadamente planear nuevamente estas maquinaciones que previamente funcionarios públicos han aprobado actuarían bajo su propio riesgo y castigados severamente.

Ya a mediados de los años 60 en casos como United States v. Philadelphia National Bank, en el cual la Corte permitió que se estableciera prima facie un caso de ilegalidad probando un incremento en la concentración de mercado, diferentes gerentes de empresas se dieron cuenta que el péndulo de la figura del antitrust se había balanceado dramáticamente lejos de los tiempos permisivos de los años 20 y de los inicios de 1930. Es así como Kovacic y Shapiro relatan que en la famosa disidencia en Von's Grocery, el juez Potter Stewart capturó el espíritu de aquel tiempo lamentando que la única consistencia que podía percibir en la Corte Suprema respecto a decisiones en cuanto a fusiones era que "el Gobierno siempre gana". La mayoría de los comentaristas de hoy comparten la visión pesimista de Stewart de la jurisprudencia en fusiones de los años 60 y ven la antipatía que prodigaba la Corte Suprema respecto de las fusiones y las dudas acerca de las indefensas fuerzas del mercado.

Posteriormente entre los años 1973 y hasta 1991, se produce el ascenso de la llamada "Escuela de Chicago". A diferencia de sus predecesores, los nuevos estudiosos de Chicago hicieron hincapié en las explicaciones de eficiencia para muchos fenómenos, incluyendo la concentración industrial, fusiones, y restricciones contractuales, que la ley antimonopolios de los años 1950 y 1960 los desfavorecían.⁶⁴

⁶² *Ibíd.*

⁶³ *Ibíd.* p.9

⁶⁴ *Ibíd.* p.12

Abogados del ámbito económico como Bork, Posner, Frank Easterbrook, Ernest Gellhorn y Betty Bock tomaron los preceptos analíticos de la nueva escuela de Chicago y la tradujeron en principios operacionales que los jueces realmente podían aplicar. Estos académicos cuestionaron muchas reglas de ilegalidad per se que la Corte Suprema había credo entre 1940 y 1972, y argumentaron que algunas conductas como las restricciones verticales, eran muchas veces benignas o, incluso, pro-competitivas que las cortes podían defender con reglas de *legalidad per se*.⁶⁵

Posteriormente, en los años 90 el gobierno de EEUU ha aplicado la teoría de juegos en dos notables formas. En primer lugar, el Departamento de Justicia ha adquirido la política de dar inmunidad criminal al primer miembro del cartel que revele la existencia de dicho cartel. Lo cual ha dado tan beneficiosos resultados como es el caso de las firmas BASF y Roche en el que se obtuvo un “acuerdo de culpabilidad” y fueron condenados a pagar 750 millones de dólares en multas por la fijación de precios en ciertas vitaminas. En segundo lugar, el gobierno ha perseguido el comportamiento que facilita la coordinación entre empresas y no sólo la coordinación en sí misma. Un ejemplo de ello lo vemos en un caso que se dio en los años 90, en el cual el gobierno obtuvo un acuerdo de varias líneas aéreas para prohibir el uso de sistemas de reservaciones para coordinar los precios de venta.⁶⁶

La historia en derecho de la competencia en EEUU ha contribuido enormemente al desarrollo del área y, en especial, los economistas tanto de la época de la *Sherman Act* como de la actual era, han aportado en primer lugar, a establecer que la competencia es el mejor mecanismo para gobernar la economía y, más importante aún, que han sentado las bases para las actuales políticas antimonopolios.⁶⁷

2.2 PRINCIPALES LEYES “ANTITRUST” NORTEAMERICANAS

En primer lugar, debemos mencionar a la tan bullada Sherman Act, que propuso criminalizar los *trust* y las combinaciones restrictivas del comercio y la producción.⁶⁸ Ésta declara ilegal todo acuerdo, contrato o agrupación de empresas (bajo la forma de trust o bajo cualquier otra forma) que tienda a restringir la competencia en la industria o en el comercio entre los diferentes estados de la Unión, o de la Unión con naciones extranjeras. Así también sanciona, a toda persona que monopolice o intente monopolizar una rama cualquiera de la industria

⁶⁵ *Ibíd.* p.13

⁶⁶ *Ibíd.* p.16

⁶⁷ *Ibíd.* p.18

⁶⁸ RIGHI, Esteban, *op. cit.*, pp. 17-20.

o del comercio (entre los distintos estados, o de la Unión con las naciones extranjeras).⁶⁹

Según algunos académicos como William Kovacic y Carl Shapiro, la Sherman Act se distingue entre las demás normas de regulación de comercio en EEUU debido a que es demasiado genérica, ya que prohíbe y castiga penalmente “Todo contrato, combinación o conspiración que restrinja el comercio” al igual que la “monopolización”⁷⁰. Dicha prohibición de carácter general, según los autores, tuvo como efecto en primer lugar que, dio un gran poder a los jueces federales para que establecieran en cada caso la distinción entre una cooperación comercial legal y aceptable y una conducta colusoria ilegal; o bien entre una competencia vigorosa y una monopolización ilegal y, en segundo lugar, produjo la convergencia que, hasta el día de hoy se mantiene entre la ciencia del Derecho y la ciencia de la Economía.⁷¹

Sin embargo, la Ley Sherman puede ser muy severa en cuanto a su penalidad. Aunque la mayoría de las acciones tienen aplicación civil, esta ley también es una ley criminal, y tanto sujetos individuales como empresas que la violan pueden ser procesados por el Departamento de Justicia. La mayoría de los enjuiciamientos criminales son típicamente limitados a las violaciones claras e intencionales como cuando los competidos fijan precios o manipulan licitaciones. La Sherman Act impone a los criminales penas que van desde los 100 millones de dólares para una corporación y 1 millón de dólares para los particulares, conjuntamente con una pena que puede ir desde 10 años o más en prisión. Bajo la ley federal, la máxima multa puede ser incluso, duplicada para aquellos conspiradores que obtuvieron ganancias de estos actos ilegales o, el doble del dinero perdido por las víctimas del crimen, si cada uno de esos montos es mayor a 100 millones de dólares.⁷²

Esta ley fue complementada, en 1914 con la sanción de la “Clayton Act” y la “Federal Trade Commissions Act” promulgada en el año 1936. Norma esta última que creó la Comisión Federal de Comercio, organismo administrativo encargado de la aplicación de toda la legislación antitrust.

La Ley Clayton se dirige específicamente a prácticas que la Ley Sherman no prohíbe claramente, tales como fusiones y directivas vinculadas (o sea, la misma persona realizando decisiones de negocios para compañías competidoras). En específico, la Sección 7 de la Ley Clayton prohíbe fusiones y adquisiciones donde el efecto puede substancialmente disminuir la competencia, o tender a crear un monopolio. Enmendada posteriormente esta ley por la Robinson-Patman del año

⁶⁹ *Ibíd.* pp. 18.

⁷⁰ KOVACIC, William y SHAPIRO, Carl. *Op.cit* p.2.

⁷¹ *Ibíd.* p.3.

⁷² EEUU. Federal Trade Commission. The Antitrust Laws [en línea]. Disponible en: <<https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/antitrust-laws>> visitado el 10-09-2016.

1936, ésta ley también prohíbe cierta discriminación de precios, servicios y prestaciones en los tratos entre comerciantes.

Posteriormente la Ley Clayton fue enmendada en 1976 por la Ley Hart-Scott-Rodino de mejoras anti monopolísticas, requiriendo a las compañías que planeaban grandes fusiones o adquisiciones notificar al gobierno de sus planes por adelantado.

Así también, la Ley Clayton permite y autoriza a privados demandar por el triple de los daños causados cuando han sido menoscabados por conductas que violan ya sea la Ley Sherman o la Ley Clayton, y de obtener una orden de la corte prohibiendo las prácticas anticompetitivas en el futuro.

La Ley de la Federal Trade Commission prohíbe los injustos métodos de competencia y los injustos y engañosos actos o prácticas. La Corte Suprema ha dicho que todas las violaciones de la Ley Sherman también violan la Ley de la FTC. Así, aunque técnicamente la FTC no hace cumplir la Ley Sherman, puede subsumir casos bajo la Ley de la FTC en contra de los mismos tipos de actividades que violan la Ley Sherman. Sin embargo, sólo la Federal Trade Commission puede subsumir casos bajo la Ley de la FTC.⁷³

Conjuntamente con estas leyes, se agregaron otras en defensa de la competencia, como la “Miller-Tydings Act” de 1937, la “Mc Guire Act” de 1952 y otras.⁷⁴ Sin embargo, en el caso de EEUU, la mayoría de los estados tienen leyes antimonopolios que son impuestas por los fiscales generales o por demandantes privados. Muchos de estos estatutos están basados en las leyes antimonopolios federales ya mencionadas.⁷⁵

2.3 APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA LEGISLACIÓN “ANTITRUST”

Pese a los intentos en legislar en contra de los monopolios y los abusos en la fijación de precios, las disposiciones antes mencionadas tuvieron, en sus inicios, escasa aplicación. Esto se debió, en gran medida, a la jurisprudencia sostenidamente restrictiva y la existencia de escapes legales, como las sociedades *holdings*, permitidas después de 1890 en el Estado de New Jersey. Así también, tenemos que contar como causal, el insuficiente presupuesto con el que contaban los organismos competentes, con lo cual sólo pudieron investigar, en su momento, algunas de las muchas infracciones cometidas. Esta situación se repetiría con el correr de los años en la legislación anti monopolística de los países latinoamericanos.

⁷³ EEUU. Federal Trade Commission. The Antitrust Laws [en línea]. Disponible en: <<https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/antitrust-laws>> visitado el 10-09-2016.

⁷⁴ RIGUI, Esteban, op. cit, pp. 23-24.

⁷⁵ EEUU. Federal Trade Commission. Op.cit

Muestra de todo lo expuesto es el caso Knight promovido en 1892 en Estados Unidos. El Tribunal Supremo, rechazó la acción interpuesta por el gobierno federal, alegando que el comercio y la industria eran cosas diferentes, y que la “Sherman Act” sólo alude al primero.

Así, durante los primeros años de vigencia de la “Sherman Act”, se destacan los procesos “Northern Securities Company vs. United States” en 1904, “United States vs. American Tobacco Company” en 1911 y, muy particularmente, “Standard Oil Company of New Jersey vs. United States”, en cuya sentencia el Tribunal Supremo si bien ordenó la disolución del *holding*, dictó una resolución cuyo saldo principal fue debilitar los efectos prácticos de la “Sherman Act”.⁷⁶

Esto da clara muestra del periodo de pobre aplicación práctica de la “Sherman Act” entre 1890 y 1914. Con la llegada de la “Clayton Act”, se dio una respuesta legislativa a la jurisprudencia restrictiva anterior, procurando dar satisfacción tanto a la prohibición de la conexión entre empresas, consecuencia de la presencia de consejeros comunes, como a la concreción de los supuestos de prohibición monopólica a través de una descripción casuística, que aprovechara la experiencia jurisprudencial. En segundo lugar, la ley procura impedir la formación de los monopolios antes de su consolidación en el mercado. Esto, por medio de la actuación de la Comisión Federal de Comercio, demandas individuales de particulares por resarcimiento de daños y perjuicios, acciones del ejecutivo federal por cumplimiento de la legislación antitrust y demandas individuales por *injunctive relief*, en cuya virtud cualquier particular podía reclamar por infracciones a la legislación antitrust sobre la base de consideraciones propias de los tipos de peligro abstracto. En tercer lugar, la exclusión de los sindicatos de trabajadores del ámbito de vigencia de toda esta legislación.⁷⁷

Sin embargo, la aplicación de las leyes dictadas en 1914 también fue escasa como consecuencia de la guerra, pues el gobierno federal promovió la cooperación industrial como mecanismo de satisfacción de las exigencias bélicas. Y no es sino posteriormente, con la llegada de la Segunda Guerra Mundial, que se puso de manifiesto el daño social emergente de la concentración de la economía, debido esto a que en este periodo se produjeron y promovieron mayores investigaciones al respecto otorgándole una adecuada aplicación tanto a la Ley Sherman como a la Ley Clayton, sus enmiendas y a la Ley de la Federal Trade Commission, como ya mencionábamos en supra.

⁷⁶ VILLEGAS, Jaime. Monopolio y Competencia. Las leyes antitrust de los Estados Unidos, base de la libertad económica. Editorial Librería Jurídica. Madrid, 1970, p. 385.

⁷⁷ *Ibíd.* p.386-388.

3. EL DERECHO PENAL ECONÓMICO Y SUS SANCIONES EN ALGUNOS PAÍSES EUROPEOS

3.1 ESPAÑA

En el caso español, la defensa de la competencia está dada por la Ley de Defensa de la Competencia de 1989. Esta no define, sin embargo, qué se entiende por competencia, ya que sólo se limita a enumerar los actos que atentan contra ella, que pueden sistematizarse en función de una triple prohibición: las prácticas restrictivas en sentido estricto, los abusos de posición dominante en el mercado, y los actos de competencia desleal. Mientras que respecto de las primeras se admiten excepciones, no ocurre lo mismo con los abusos.⁷⁸

La ley, asimismo, contempla mecanismos de control, en el supuesto de concentraciones económicas de empresas y ayudas públicas. Y los organismos encargados de este control son el Tribunal de la Defensa de la Competencia, el Servicio de Defensa de la Competencia y el Registro de Defensa de la Competencia.

Respecto del modelo sancionatorio que desarrolla, con el Código Penal de 1995 se optó por una fuerte criminalización de las actividades económicas ilícitas, e incluso la pena privativa de libertad tiene una función central en la represión de los delitos económicos; situación que se mantiene después de la importante reforma operada en el Código Penal español del 2003, que entró en vigencia el 1º de Octubre de 2004.

Así, España ha optado por aplicar como instrumento más poderoso de represión el derecho penal. Sin embargo, no es la única medida con la que cuenta pues con relación a determinadas materias, se disponen tanto medidas de carácter administrativo como de carácter penal, por ejemplo en el caso de fraudes fiscales y de subvenciones, salud pública, medio ambiente, etc.

En este sentido, se ha estimado por la reiteradas sentencias de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo Español, como lo expone el fallo 19/2017⁷⁹ en recurso contencioso-disciplinario militar, que la potestad sancionadora debe estar sometida a los mismos principios rectores de las leyes penales por la sujeción de ambas a principios comunes rectores de todo el derecho sancionador. Así por ejemplo, menciona fallos de 10 de octubre de 2007, seguidas por las de 21 de septiembre y

⁷⁸ RIGHI, Esteban, op. cit, pp. 64-66.

⁷⁹ ESPAÑA. Tribunal Supremo. Sala de lo Militar. Sentencia 19/2017, de 14 de febrero. (Recurso contencioso-disciplinario militar, principio de inocencia). [En línea] Disponible en internet: <<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7946247&links=potestad%20sancionadora%20de%20la%20Administración%20los%20principios%20informadore s%20del%20Derecho%20Penal&optimize=20170228&publicinterface=true>> (visitado 30-04-2017)

13 de octubre de 2009, 16 de septiembre de 2010, 13 de enero de 2017, entre otras, que exponen que esta doctrina es reiterada y concorde además, con lo expuesto por el Tribunal Constitucional que, en el caso en comento se refiere a la presunción de inocencia.

Asimismo, el Tribunal Constitucional en su sentencia 157/2000 insistió en que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado. O sea, que tanto entre la infracción penal y la administrativa no hay sino una diferencia simplemente cuantitativa, sólo desde el punto de vista de cuál es el órgano del Estado que aplica las respectivas sanciones⁸⁰.

Respecto de la reparación como tercera vía del modelo sancionatorio, sólo opera como circunstancia atenuante en España, aunque, excepcionalmente, en los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, bajo el nombre de regularización tributaria o reintegro de cantidades opera como causa de extinción total de la responsabilidad penal, a pesar de estar castigados estos delitos con penas de hasta 4 años de prisión.⁸¹

3.2 ALEMANIA

En Alemania, a diferencia de la economía norteamericana en donde la tradición proteccionista favoreció el surgimiento de una legislación antitrust, siempre se aceptó y fomentó la concentración del poder económico⁸².

Sólo con posterioridad a la segunda guerra mundial, se vino a prohibir en esa parte del mundo, la institución de los monopolios, las empresas, asociaciones y prácticas que tuvieran finalidad monopólica o de restricción de la competencia.

Estas prácticas descartelizadoras de los aliados fueron sufridas en Alemania como sanciones de guerra, destinadas a cancelar la competencia del país derrotado en el mercado mundial.

Sin embargo, luego de 1949 y como consecuencia de la guerra fría, estas prácticas fueron dejadas de lado, reproduciéndose un esquema de recartelización desde el año siguiente⁸³.

Con posterioridad a la segunda postguerra, en el ámbito del derecho penal económico, se procuraron restablecer las características de un sistema acorde con

⁸⁰ ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Sentencia 157/2000, de 12 de junio. (Recurso de amparo negación de utilización de medios de prueba). [En línea] Disponible en internet:

<<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/4141>> (visitado 30-04-2017)

⁸¹ JAÉN, Manuel. pp. 47-49.

⁸² RIGUI, Esteban. Op.cit. p.34

⁸³ Ibíd. p.41

la idea del Estado de derecho, y en paralelo, reemplazar las normas de orientación intervencionista, basado en la libertad de mercado, admitiendo la intervención estatal para hacer crecer la renta nacional, suavizar la crisis e integrar la economía alemana.⁸⁴

Hoy en día, el derecho penal alemán desconoce una pena –propriadamente tal– para las asociaciones, ya que en la actualidad si bien, se ha discutido largamente al respecto, ha primado la opinión que los delitos sólo pueden ser cometidos por personas naturales⁸⁵.

Si bien, en numerosos países europeos, el adagio “societas delinquere non potest” ha sido abandonado, en Alemania aún subsiste una cierta reticencia a aceptar esta tendencia.

En el derecho alemán, cuando se habla de una *responsabilidad de empresas o establecimientos*, sólo se vislumbra desde la óptica del derecho contravencional y algunas normas aisladas en el derecho penal respecto a sanción mediante el comiso de los efectos e instrumentos (§ 75 StGB, § 29 OWiG), el comiso de las ganancias (§§ 73 III, 73º StGB, 29º OWiG) y la obligación de pagar el sobreprecio (§ 10 II WiStG 1954), así como también algunas disposiciones relativas a sanciones de carácter administrativo, como son la prohibición de ejercer una industria u oficio, la disolución forzada y la eliminación del Registro de Comercio de una sociedad.⁸⁶

Respecto del ámbito contravencional, el § 30 I OWiG contempla una multa para asociaciones, pero sólo respecto de personas que han cometido un delito o contravención por la cual “se ha infringido deberes propios de la asociación o gracias a los cuales ésta se ha enriquecido o ha debido enriquecerse”.⁸⁷ Esto último, sólo respecto de ciertas personas jurídicas, como sociedades anónimas o por acciones, sociedades de responsabilidad limitada, fundaciones, etc., y respecto de determinadas agrupaciones de personas, como asociaciones sin personalidad jurídica y sociedades de personas como sociedades en comandita, sociedades comerciales abiertas y sociedades de derecho civil.

Sin perjuicio de lo anterior, el autor del *hecho de conexión* debe haber contravenido deberes propios de la empresa, actuando en calidad de directivo y en salvaguarda –exclusivamente– de los intereses de la asociación y no propios.

El derecho alemán señala, que en definitiva el hecho de conexión más importante lo constituye la infracción al deber de vigilancia por parte de los directivos y, además debe haberse cometido de modo culpable o reprochable.

⁸⁴ JESCHECK. El derecho penal económico alemán. Cuadernos de los institutos, núm 74, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1963. p. 74.

⁸⁵ LOUIS, Jurgén y WASSMER, Martin Paul. Sistemas penales comparados. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista Penal* [en línea] España, 1998-2010. <<http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/275/265>> [Consulta 17 de julio 2016] p.203

⁸⁶ *Ibíd.*

⁸⁷ *Ibíd.*

Los profesores Louis y Wassmer⁸⁸ nos señalan que, respecto del monto de las sanciones, la multa contravencional por un delito doloso puede alcanzar hasta un millón de euros y hasta 500.000 euros por un delito imprudente. Por una contravención el importe máximo de la multa se determina con el importe máximo previsto para la respectiva contravención. Es así, que para la determinación de la multa debe estarse en primer lugar, a si el hecho de conexión es un delito o una contravención y, en segundo lugar, cuáles han sido los efectos del mismo. Es decir, si la asociación ha obtenido un enriquecimiento producto del hecho de conexión, la ganancia proveniente de este hecho representa el límite inferior de la multa.

Sin perjuicio de lo anteriormente dicho, la imposición de una multa contravencional para una asociación se realiza por dos tipos de procedimientos: 1. La regla general es que la autoridad administrativa imponga en un único procedimiento, una multa contravencional tanto al autor del hecho de conexión como a la asociación, dictando una única resolución de condena contra el autor como responsable principal, y conteniendo además, una multa a la asociación co-partícipe; 2. Por otro lado, si el hecho conexión es constitutivo de delito, la multa para la asociación es impuesta por el tribunal. Sin perjuicio de lo anterior, también es posible un procedimiento independiente contra la asociación en virtud del § 30 IV OWiG, esto es, cuando en contra del representante de dicha asociación no se instruye ningún procedimiento penal o contravencional, o cuando éste ha sido sobreseído o se ha prescindido de la imposición de la pena, caso en el cual sólo se dicta una resolución independiente de condena contra la persona jurídica. En este caso se permite un procedimiento de carácter independiente porque para la asociación o persona jurídica la multa es de carácter accesoria respecto del hecho del directivo. Esto, sólo desde el punto de vista material y no procesal, ya que la persona jurídica no debe obtener beneficios de la circunstancia que el autor del hecho no se le pueda hacer responsable por razones meramente procesales.⁸⁹

3.3 ITALIA

El Código Penal de 1930 dio lugar, al igual que en el caso Alemán, a que se vinculara al derecho penal económico con experiencias políticas totalitarias.

Dentro de la doctrina italiana, se distingue a la delincuencia económica, que se manifiesta en el ámbito de la economía privada, por oposición a la que incide sobre la economía pública, ambos previstos en el Código Civil sobre sociedades y consorcios, y los tipos de insolvencias punibles de la “Legge Fallimentare” en el

⁸⁸ *Ibíd.*

⁸⁹ *Ibíd.*

ámbito de derecho penal económico. Estos dos ordenamientos tutelan, respectivamente, derechos de los socios y los acreedores, es decir, intereses individuales en ambos casos.⁹⁰

En el ordenamiento italiano, los principios y la estructura del ilícito administrativo están anclados –desde la Ley N° 689 de 1981- al modelo para-penal bien conocido en Europa actualmente y que tiene como prototipo moderno la ley sobre las infracciones de orden alemana.

La notable aceleración del proceso de asimilación entre el modelo penal y el modelo sancionador administrativo, del cual la Ley N° 689/1981 ha sido, en Italia, una etapa decisiva, ha tenido como consecuencia paradójica la renuncia a fijar de manera general una responsabilidad directa de la persona jurídica; al menos en cuanto a las sanciones administrativas respecto a las cuales el principio del art. 27 inc.1, de la Constitución no puede regir de manera absoluta.

El esquema de responsabilidad estatuido por el legislador de 1981 no tendría un poder disuasivo eficaz respecto de la persona jurídica, tanto por su misma naturaleza (solidaria), como por sus notorias carencias respecto a los criterios de imputación y de individualización.

En Italia, la mencionada ley, en su art. 19 establece que si las empresas (sin distinción en razón a su forma jurídica, incluyendo por tanto a la sociedad de capitales) violan las reglas destinadas a impedir los fenómenos de concentración y de monopolio, la autoridad garante puede infligirles sanciones administrativas pecuniarias “no inferiores al uno por ciento y no superiores al diez por ciento” de lo facturado por la actividad de la empresa objeto de la concentración.⁹¹

Por otro lado, la ley N° 300 del 20 de septiembre de 2000, ratifica y ejecuta algunos convenios internacionales relativos a la lucha contra la corrupción de los funcionarios públicos extranjeros en las operaciones económicas internacionales, de los funcionarios de los estados miembros de la Unión Europea, y en tutela de las finanzas comunitarias, ha establecido un decreto legislativo que regula esta forma de responsabilidad, que prevé presupuestos, modalidades y límites de aplicación.

Esta nueva institución viene orientada a luchar contra la comisión de específicos hechos delictivos, es decir, desde el ámbito de la prevención general negativa. Sin perjuicio de lo cual, no rechaza “alguna que otra incursión sobre el terreno de prevención especial”⁹².

⁹⁰ PALIERO, Carlo Enrico. Problemas y perspectivas de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho italiano. [en línea] Suiza, 1996. Disponible en internet: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1996_05.pdf [Consulta 12 de Septiembre 2016] p.2

⁹¹ *Ibíd.*

⁹² MUSCO, Enzo. Responsabilidad penal de las entidades colectivas. *Revista Penal* [en línea] España, N°13, 2004. <<http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/195/189>> [Consulta 17 de julio 2016] p.117.

En el ámbito de la responsabilidad de las personas jurídicas por ilícitos administrativos derivados por el delito, los artículos 1 y 2 del decreto de la ley antes reseñada señala que, es el mismo “a las entidades provistas de personalidad jurídica, y a la sociedad y asociaciones también desprovistas de personalidad jurídica” esto, con exclusión del Estado, de las entidades públicas territoriales, de las entidades públicas no económicas y de aquellas que ejercen funciones de relevancia constitucional. Esto viene a señalar en definitiva que la responsabilidad de la persona jurídica no proviene de un acontecimiento distinto, real y efectivo, conectado a la relación de causa y efecto al hecho delictivo, o sea, se mantiene el hecho delictivo realizado por la persona física o natural y, por otro, el ilícito administrativo por la subjetividad colectiva del ente.

Esta dualidad de calificación se mantiene respecto de las personas físicas en tanto revistan funciones de representación, de administración, de dirección de la entidad o de su unidad organizativa dotada de autonomía financiera y funcional o bien en tanto que ejercen, también de hecho la gestión y el control del mismo.⁹³

Pero no sólo respecto de estos últimos hallamos al sujeto activo, sino que el decreto además habla de las personas dependientes a la dirección o a la vigilancia de uno de los sujetos establecidos en la letra a) del artículo 5. Además, no sólo basta hallar a este sujeto activo en la organización empresarial sino que además, es necesario que estas personas hayan cometido el hecho “en interés propio o en su beneficio”, lo cual viene a establecer en forma clara y evidente el criterio objetivo de imputación de responsabilidad. Sin embargo, contrario a lo que puede llegar a pensarse el decreto legislativo en comento cuando hace alusión al término de delito no hace referencia a un hecho típico, antijurídico y culpable. Por tanto, no se trata de la misma noción utilizada en el derecho penal. Más aún el artículo 8 dispone que la “responsabilidad de la entidad subsiste también cuando el autor del delito no ha sido identificado o no sea imputable”. Es decir, se trataría de una situación en la cual no se permite formular un juicio pleno de culpabilidad, no sólo frente al autor individual, sino a la misma entidad.⁹⁴

Lo anterior no viene a significar que el decreto en comento establece una responsabilidad general o categórica, muy por el contrario, los arts. 24 Y 25 establecen que “la responsabilidad administrativa de la entidad por los delitos previstos por el código penal está limitada a aquellas de malversación en perjuicio del Estado, percepción indebida de fondos en perjuicio del Estado, estafa grave y para la obtención de fondos públicos, fraude informático si se comete en perjuicio del Estado o de otra entidad pública, corrupción y cohecho, bien sea en forma

⁹³ *Ibíd.*

⁹⁴ *Ibíd.* p.119.

consumada o en tentativa.”⁹⁵ El D.L N° 350 del 2001 en su artículo 6, agrega otros delitos en materia de falsificación de moneda, en documento público de crédito y en efectos timbrados (art. 25 bis).

Por otro lado, el D.L 231 del 2001 en su artículo 25 ter, que establece la responsabilidad administrativa de la sociedad para el caso en el que el delito societario sea cometido en interés de la sociedad (pero no en su beneficio), por los administradores, directores generales, o liquidadores, o por personas sometidas a la vigilancia de éstos, establece además una particularidad en el sentido que renuncia las sanciones restrictivas, lo cual fue muy criticado en su oportunidad por la política criminal del momento, ya que teniendo en cuenta que sólo la sanción pecuniaria, por mucho que sea elevada, “no pueda nunca alcanzar por sí sola aquella eficacia disuasiva del cumplimiento de operaciones ilícitas, pudiendo, como está manifestado, terminar por ser computada entre los ‘costes de gestión’ soportables por la empresa”.⁹⁶

El art. 26 por otra parte, señala que la responsabilidad administrativa de la persona jurídica también puede depender de la comisión en la forma de tentativa de uno de los delitos indicados, y en este caso la sanción es reducida a la mitad. Más aún, la responsabilidad se excluye en el caso en que la empresa o sociedad voluntariamente impida el cumplimiento de la acción o la realización del evento.

Volviendo al decreto legislativo promulgado por la ley N° 300 del 20 de septiembre de 2000, su capítulo de las sanciones es particularmente interesante ya que los ilícitos administrativos derivados de la comisión del delito vienen castigados con las sanciones siguientes: 1) sanción pecuniaria, 2) sanciones restrictivas, 3) confiscación, y 4) publicación de la sentencia. A su vez, dentro de las sanciones restrictivas encontramos: a) prohibición del ejercicio de la actividad, b) suspensión o revocación de autorizaciones, licencias, o concesiones funcionales a la comisión del ilícito, c) prohibición de contratar con la administración pública, salvo para obtener las prestaciones de un servicio público, d) exclusión por facilitar financiación, contribuciones o subsidios y en la eventual revocación de los que ya se han concedido, y e) prohibición de publicitar o anunciar bienes o servicios.

Dentro de las anteriores sanciones sólo la pecuniaria cumple la función de pena principal mientras las demás son consideradas penas accesorias. Esto último, sin embargo, se ha querido reformar por la llamada comisión Grosso, la cual intenta transformar las sanciones restrictivas accesorias en penas principales.

Finalmente señalaremos que la sanción pecuniaria en el derecho italiano, encuentra su origen en el sistema de pena pecuniaria de tasas diarias vigentes en

⁹⁵ *Ibíd.* p.120.

⁹⁶ *Ibíd.* p. 121

muchos países europeos, en los cuales “se propone la adecuación de la sanción pecuniaria a las condiciones económicas de la entidad mediante un mecanismo de medida bifásico, en el respeto de los límites máximos abstractamente previstos por la ley. En un primer momento la valoración viene orientada sobre la gravedad del hecho, el grado de responsabilidad de la entidad y la actividad desarrollada para prevenir la comisión de ulteriores ilícitos o bien para eliminar o atenuar las consecuencias el hecho. En un segundo momento se determina el monto de la cuota sobre la base de las condiciones económicas y patrimoniales de la entidad.”⁹⁷ Lo cual según el profesor Enzo Musco vendría a cumplir las exigencias de la prevención general y de prevención especial, sin perjuicio de lo cual no estemos de acuerdo con su posición como lo veremos infra en las conclusiones.

3.4 FRANCIA

En el caso de Francia, se ha concluido la discusión respecto de la supuesta responsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito económico. Esto, debido a que el Consejo Constitucional, en su decisión n. 82-143 del 30 de julio de 1982, señalara que “no existe ningún principio constitucional que se oponga a que una multa sea impuesta a una persona jurídica”. Así lo entienden los autores Desportes y Le Gunehec⁹⁸, argumentando además que, una de las principales objeciones jurídicas respecto de la punición de las personas jurídicas es respecto de la violación del carácter personal de las penas. Esto, en el sentido que, si bien es cierto que las sanciones infligidas a las personas jurídicas pueden tener repercusiones directas sobre sus miembros y trabajadores, nunca se ha prohibido que la pena que se imponga a una persona que ha participado en el delito, repercuta sobre los colaboradores o familiares del condenado.

La idea de la responsabilidad penal de las personas jurídicas nació primeramente en otros Estados miembros de la Unión Europea y, en particular respecto de los anglosajones. En el caso francés, el adagio *societas delinquere non potest* ya había sido abandonado desde 1934, impulsado por un lado, en aportar una solución a la posible y frecuente insolvencia de las personas físicas, miembros del grupo y, por otro lado, para solucionar las dificultades de establecer múltiples circunstancias la participación directa de estas últimas en el delito⁹⁹. Según Poelemans, el principio de la responsabilidad penal de la persona jurídica fue

⁹⁷ *Ibíd.* P.122

⁹⁸ DESPORTES, Frédéric y LE GUNEHEC, Francis. Las penas aplicables a las personas jurídicas. [en línea] Suiza, 1997. Disponible en internet: <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1997_14.pdf> [Consulta 13 de Septiembre 2016]

⁹⁹ POELEMANS, Maiténa. Responsabilidad penal de las personas jurídicas: El caso Francés. [en línea] España, 2014. Disponible en internet: <<http://www.ehu.eus/documents/1736829/3498354/06-maitena+poelemans+p.pdf>> [Consulta 2 de Octubre 2016] p.114

adoptado en el nuevo Código penal de 1994 con la Ley N° 92-683 del 22 de julio de 1992, relativa a la reforma de disposiciones generales del Código penal. Es así, como el artículo 121-2 1° precisa que “Las personas jurídicas, a excepción del Estado, serán penalmente responsables, conforme a lo dispuesto en los artículos 121-4 a 121-7, de las infracciones cometidas, por su cuenta, por sus órganos o representantes”. Esta disposición, sin embargo, y así lo expresa Poelemans, sólo reconocía la responsabilidad penal de las personas jurídicas en un primer tiempo dentro de los casos expresamente previstos por la ley o el reglamento, lo cual vino a provocar divergencias jurisprudenciales entre jueces que aplicaban de manera estricta esta exigencia, mientras otros adoptaban una interpretación extensiva de las disposiciones de la ley para reconocer esta misma responsabilidad. Todo lo cual se remedió con la ley N° 2004-204 de 9 de marzo de 2004, abandonando esta restricción y así, desde el 31 de diciembre de 2005, las personas jurídicas son responsables de toda infracción, excepto cuando la ley lo excluye expresamente¹⁰⁰.

El legislador francés, para efectos de definir las personas jurídicas penalmente responsables, ha diferenciado respecto de las de derecho público y derecho privado. Y si bien, en su origen, la responsabilidad quedaba reducida respecto sólo de estos últimos, principalmente las empresas, asociaciones, sindicatos, partidos políticos, en virtud de la igualdad ante la ley penal, se ha preferido que bajo ciertas circunstancias y con algunas excepciones introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas de derecho público.

Respecto de las categorías de grupos de derecho privado que pueden ser penalmente responsables, Poelemans señala que comprende todo grupo que se ve reconocer la personalidad jurídica, “es decir la capacidad jurídica, después de haber cumplido con varias formalidades previstas por la ley”¹⁰¹. Esto es, todas las personas de derecho privado con personalidad jurídica persigan o no el lucro pueden ser responsables penalmente.

Por otro lado, respecto de las personas jurídicas de derecho público responsables penalmente, el legislador francés excluye, -y así lo caracteriza el artículo 121-2 del código del ramo- las personas jurídicas de derecho público que conciernen al Estado y a los entes colectivos públicos.

Finalmente, el Código Penal en sus artículos 131-37 a 131-49 instaura un régimen especial tanto de penas criminales como correccionales aplicables a las personas jurídicas.

Respecto de éstas la pena de multa aparece como la estrella principal. Poelemans señala que en más del 92% de los casos es dictada por los tribunales

¹⁰⁰ Ibid.

¹⁰¹ Ibid.

de justicia. Así, ésta puede ascender al quíntuplo de la señalada a una persona física autora del mismo crimen o delito. En la práctica, el Código Penal francés no ha indicado ninguna restricción a su aplicación, por lo que bien podríamos establecer que ésta si bien en otros ordenamientos tiene un rol complementario o accesorio a otra ésta es de carácter principal y aplicable en forma directa. Y así también lo han entendido DESPORTES y LE GUNEHEC que han señalado que por razones de claridad, el legislador ha mencionado la posibilidad de imponer la multa en los textos especiales que establecen la responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo cual da a entender que la multa no es una pena accesoria o complementaria sino una de aplicación principal. Pero volveremos sobre ella más adelante.

Respecto de las otras penas previstas por el legislador francés y que son aplicables tanto respecto de materias criminales como correccionales, éstas se encuentran enumeradas en el artículo 131-39 del Código¹⁰²: 1) la disolución, 2) la prohibición de ejercer directa o indirectamente una o varias actividades profesionales o sociales, de manera definitiva o por cinco años o más, 3) el sometimiento a vigilancia judicial, durante cinco años o más, 4) la clausura definitiva de los establecimientos o de uno o varios de los establecimientos de la empresa que hayan servido para cometer la infracción, de manera definitiva o durante cinco años o más, 5) la exclusión de los mercados públicos de manera definitiva o durante cinco años o más, 6) la prohibición de promocionar el ahorro de manera definitiva o durante cinco años o más, 7) la prohibición de emitir cheques con exclusión de los que permiten el retiro de fondos del girador ante el girado o de los cheques certificados, o de utilizar cartas de crédito, por un lapso de cinco años o más, 8) la confiscación de la cosa que sirvió o estaba destinada a cometer la infracción o de sus productos y, 9) la fijación de anuncios conteniendo la decisión pronunciada o de su difusión, por la prensa escrita, o por cualquier medio de comunicación audiovisual.

De lo anterior es posible colegir que la persona física puede ser penada por casi todas las enumeradas excepto respecto de la disolución.

Sin embargo, la lista anterior no es exhaustiva, ya que el legislador se reserva en esta materia el derecho de establecer en las disposiciones de la parte especial, penas que no figuran en dicha lista, como por ejemplo, la confiscación general de los bienes de la persona jurídica en caso de crímenes contra la humanidad y tráfico de estupefacientes (art 213-3 y art. 222-49 del Código Penal).

En materia de contravenciones, por otro lado, la lista de las penas previstas por el legislador está en el art. 131-40 del Código Penal. En él se menciona a la

¹⁰² DESPORTES, Frédéric y LE GUNEHEC, Francis. Op.cit. p. 4.

multa y a las penas privativas y restrictivas de derechos previstos en el art. 131-42, “precisando que éstas no son exclusivas de una o varias de las penas complementarias previstas en el art. 131-43”¹⁰³. De esta manera, se tiene que el legislador ha conservado en materia de contravenciones la distinción entre penas principales, alternativas y complementarias.

La pena de multa en estos casos es considerada principal en relación a las otras penas y, por ser la única en materia de contravenciones siempre ha sido impuesta a las personas jurídicas. Su monto está fijado en el art. 131-41 del código del ramo, como vimos en supra y, equivale como anticipábamos, al quintuplo de la multa sufrida por las personas naturales. Siendo, de esta manera, el mismo cálculo en materia criminal y correccional.¹⁰⁴

Respecto a la cuantificación de la multa, es evidente que podemos ver un problema grave en su determinación; y es que priva la aplicación de una multa a una persona jurídica si es que ésta no está prevista respecto de las personas naturales o físicas. Y esto era así hasta la dictación de la ley de 9 de marzo de 2004. Con posterioridad a su dictación, se agregó un nuevo artículo 131-38 al Código Penal estableciendo la posibilidad de pronunciar una multa de un millón de euros en contra de la persona jurídica en caso de crimen para el cual ninguna multa ha sido prevista para la persona física. Sin embargo, esto último sólo respecto de las infracciones cometidas con posterioridad al 31 de diciembre de 2005; monto que aún puede ser atenuado por el juez examinando debidamente las circunstancias de la infracción, la personalidad de su autor, sus recursos económicos y sus cargas.¹⁰⁵

Por otro lado, respecto de las penas alternativas a la multa, el legislado ha dispuesto claramente que pueden reemplazar a la multa impuesta tratándose de una contravención de quinta clase, las que siguen:

- 1º. La interdicción, por un año o más, de emitir cheques o de utilizar cartas de crédito;
- 2º. La confiscación de la cosa vinculada a la comisión de la infracción.

Y, por último, en lo que se refiere a las penas complementarias, el legislador ha reducido bastante aquellas que pueden ser susceptibles de ser impuestas a las personas jurídicas, por ejemplo, sólo la pena de confiscación puede ser impuesta a cualquier clase de contravención, mientras que tratándose de las contravenciones

¹⁰³ DESPORTES, Frédéric y LE GUNEHEC, Francis. Loc. cit

¹⁰⁴ Ibid.

¹⁰⁵ POELEMANS, Maiténa. Op.cit. p.122.

de quinta clase, el reglamento puede prever además, a título complementario, la prohibición de emitir cheques por una duración de tres años o más.

4. EL CASO CHILENO

4.1 CONVENCIONES INTERNACIONALES

4.1.1 Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo)

En Chile, el crimen organizado no está sancionado como delito, sin perjuicio de lo cual el artículo 292 de nuestro Código Penal sí sanciona la asociación ilícita, y la concibe como “toda asociación formada con el objeto de atentar contra el orden social, las buenas costumbres, las personas o las propiedades”.¹⁰⁶

Sin embargo, hasta aquí queda la regulación. Es por ello, que el 29 de noviembre de 2004 Chile ratificó tanto la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional o, Convención de Palermo, así como también sus protocolos: el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños; el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire; y el Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementan la Convención.¹⁰⁷

Esta Convención, es el principal instrumento de carácter mundial para combatir la delincuencia organizada transnacional y representa la necesidad internacional de cooperar para combatir la delincuencia organizada transnacional, adoptando una serie de medidas entre las que se encuentran la tipificación penal, la facilitación de extradición, la asistencia judicial recíproca y cooperación policial, además de “promover actividades de formación y perfeccionamiento de la policía y de funcionarios públicos para fortalecer la capacidad de las autoridades nacionales para dar una respuesta eficaz a la delincuencia organizada”¹⁰⁸.

El primer Protocolo entró en vigor –por resolución de la Asamblea General de la ONU- el 25 de diciembre de 2003, y su importancia radica en que además de acordar respecto de un problema mundial que aqueja a nuestra sociedad, es el primer instrumento global jurídicamente vinculante con una definición de la trata de personas, lo que facilita “la convergencia de enfoques sobre la definición de delitos en la legislación nacional, para que pueda alentar la cooperación internacional eficaz en la investigación y el enjuiciamiento en los casos de trata de personas”¹⁰⁹, así como también proteger y asistir a las víctimas de estos delitos.

El segundo Protocolo fue aprobado por resolución de la Asamblea y entró en vigor el 28 de enero de 2004, el cual vino a regular por primera vez la definición de tráfico ilícito de migrantes y que tiene por función “prevenir y combatir este delito y

¹⁰⁶ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Realidad nacional del crimen organizado transnacional. [en línea] Santiago, Chile. 2011. [consulta 30 de marzo 2017] Disponible en línea: <http://transparencia.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/13620/1/93653_BCNINFORME_GRID_22-11-2011_JJ_REALIDAD-NACIONAL.doc> p.2

¹⁰⁷ ACNUR. Cuadro de los Estados Americanos Partes de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos. [en línea] 2015. [consulta 30 de marzo 2017] Disponible en línea: <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9505.pdf?view=1>>

¹⁰⁸ UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. Prevención del delito y justicia penal: marco legal. [en línea] 2017. [consulta 30 de marzo 2017] Disponible en línea: <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/es/crime/marco-legal.html>>

¹⁰⁹ *Ibid.*

promover la cooperación entre los países signatarios, la protección de los derechos de los migrantes y la prevención de la explotación de estas personas”¹¹⁰.

Por último, el Protocolo contra la fabricación y el tráfico de ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, entró en vigor el 3 de julio del año 2005. Éste tiene por objetivo “promover, facilitar y reforzar la cooperación entre los Estados Partes a fines de prevenir, combatir y erradicar la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones”¹¹¹. De esta manera, los Estados Partes al ratificar este Protocolo deben asegurarse de cumplir con tres conjuntos de normas y reglamentos referidos en primer lugar, a la fabricación ilegal y tráfico de armas de fuego, luego respecto de los permisos y licencias de los gobiernos para asegurar la fabricación legítima de armas de fuego y, por último, respecto a la identificación y rastreo de armas de fuego.

En lo que respecta a la Convención propiamente tal, inicia su articulado estableciendo el propósito de promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional. Posteriormente continúa definiendo una serie de conceptos y, entre ellos, el más relevante es el de *grupo delictivo organizado* que lo define como “un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”¹¹².

Continúa la Convención en los cuatro primeros artículos estableciendo el ámbito de aplicación y, finalmente la protección de la soberanía de cada Estado.

En lo que respecta a la responsabilidad de las personas jurídicas, señala que cada Estado Parte “adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por participación en delitos graves en que esté involucrado un grupo delictivo organizado (...)” y continúa señalando que “la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa”.¹¹³ Éstas sanciones podrán ser penales o no penales pero, siempre que éstas sean “eficaces, proporcionadas y disuasivas”, incluidas sanciones monetarias¹¹⁴.

Es en este punto, donde la doctrina chilena ha fallado ampliamente en nuestra opinión. Esto, ya que si bien, la Convención habla que se adoptarán las medidas necesarias “de conformidad con sus principios jurídicos”, lo cual podría indicar que

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. [en línea] 2017. [consulta 30 de marzo 2017] Disponible en línea: <<http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>> p.5

¹¹³ *Ibid.* P. 11.

¹¹⁴ *Ibid.* P.12

queda dentro del ámbito legislativo de cada país imponer las sanciones que consideren pertinentes según los principios que imperen su derecho, no es menos cierto también que la Convención señala que la sanción o sanciones impetradas deben ser “eficaces, proporcionadas y disuasivas”. Y es en este último ámbito en que la legislación de nuestro país falla; no existe mecanismo actual que ayude a evitar o prevenir que se sigan cometiendo tales ilícitos. Más aún, en el caso de responsabilidad de personas jurídicas en el ámbito económico se ha evidenciado que cada vez en mayores ocasiones se han visto envueltas empresas en, por ejemplo, colusión de precios en perjuicio directo de la ciudadanía, tal como mostraremos en infra con los casos más emblemáticos de nuestra época.

Finalmente podemos añadir que desde la publicación de la Convención el 16 de Febrero de 2005 la Policía de Investigaciones de Chile estableció un nuevo parámetro conceptual para referirse a las conductas delictivas del crimen organizado, distinguiendo entre bandas criminales organizadas y organizaciones criminales¹¹⁵.

Es así que, entre los ilícitos asociados al crimen organizado en el país, se encuentran el tráfico de drogas, el lavado de dinero, el tráfico de armas y la trata de personas.

4.1.2 Convención para combatir el Cohecho OCDE

La Convención para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), comenzó a tener vigencia internacional para Chile el 18 de Junio de 2001¹¹⁶.

Esta ratificación supuso para Chile el compromiso de someterse a evaluaciones relativas a su implementación. Y respecto de esto, el Ministerio de Relaciones Exteriores de nuestro país ha señalado que Chile ha dado cumplimiento de las recomendaciones que ha recibido como producto de esas evaluaciones, tanto en materias concernientes a Tipo Penal, Sanciones, Jurisdicción, Responsabilidad de las Personas Jurídicas como Asistencia Legal Mutua, y no deducibilidad de dádivas, entre otros temas. Así, “se ha ido avanzando significativamente en los procesos de perfeccionamiento de la legislación nacional relativa a las materias abordadas por la Convención, como asimismo de difusión de su contenido y de las normas locales de implementación”.¹¹⁷ Sin embargo, respecto

¹¹⁵ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Op. Cit. p.1

¹¹⁶ MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES. Convención para combatir el Cohecho-OCDE. [en línea] Chile. [consulta: 16 de agosto 2016]

<<http://www.minrel.gob.cl/minrel/site/artic/20091230/pags/20091230075800.html>>

¹¹⁷ *Ibid.*

a la responsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito penal aún no se han llevado a cabo tales reformas, las cuales son necesarias para dar estricto cumplimiento a los compromisos internacionales adoptados por nuestro país, y que responden “a la necesidad de adecuar nuestra legislación interna a la mayor responsabilidad que deben asumir en la actualidad las personas jurídicas (...) los cuales (...), consideran expresamente el establecimiento de dicha responsabilidad penal”¹¹⁸.

Respecto de estos temas la Convención, en su artículo 2° establece la responsabilidad de las Personas Jurídicas de la siguiente forma: “Cada Parte adoptará las medidas necesarias, de acuerdo con sus principios legales, para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas en los actos de cohecho a un funcionario público extranjero”.

4.1.3 Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción

Esta Convención fue suscrita en la ciudad de Mérida, México, en conferencia celebrada entre los días 9 y 12 de diciembre de 2003. Dicha Convención es el primer instrumento suscrito que es de carácter internacional y que, complementa, otras convenciones y acuerdos internacionales como lo es, por ejemplo, la Convención Interamericana contra la Corrupción, el que fue en su momento el primer tratado internacional de la historia destinado específicamente a esta materia¹¹⁹.

En el año 1999 el Comité Especial encomendado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, debía elaborar un instrumento internacional contra la delincuencia organizada transnacional y que tuviera en consideración la lucha contra la corrupción vinculada a la delincuencia organizada, “incluyendo disposiciones relativas al castigo de las prácticas de corrupción en que intervinieran funcionarios públicos, y estudiara la conveniencia de elaborar un instrumento internacional contra la corrupción, ya fuera anexo a la Convención o independiente de ella”¹²⁰. Dicho instrumento se materializó por resolución 55/61 de 4 de diciembre de 2000 en un instrumento independiente del que le vio nacer y, el 1 de octubre de 2003, el Comité Especial aprobó finalmente el proyecto de convención.

¹¹⁸ FUENTES, Adrián. Parámetros Internacionales para la aplicación de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile. *Revista Nomos Universidad de Viña del Mar* [en línea] Nº 2, 2008. [consulta 19 de marzo 2017]

<https://app.vlex.com/#CL/search/jurisdiction:CL/convención+cohecho+ocde/CL/vid/336722170/graphical_version> p. 113-131

¹¹⁹RODRIGUEZ COLLAO, Luis. La corrupción como fenómeno jurídico. *En su*: Delitos contra la función pública. Editorial Jurídica de Chile, 2da edición. Santiago, 2011. p.77.

¹²⁰Ibíd. P.78

Respecto a la estructura del instrumento, éste comienza estableciendo los fines que persigue la convención, entre los que se cuentan los más destacables la “prevención y represión de las conductas susceptibles de ser calificadas como corruptas, el perfeccionamiento de los mecanismos de cooperación internacional necesarios para el cumplimiento de esos objetivos y, en general, la promoción de la integridad y la buena gestión de los asuntos públicos”¹²¹. Posteriormente, desarrolla algunos conceptos relevantes para la Convención para pasar a continuación a exponer ciertas estrategias que deberían “adoptar los Estados para prevenir el incremento de los niveles de corrupción y a los órganos que cada uno de ellos debería procurar instaurar con ese mismo propósito”¹²². Entre las medidas contempladas por dicho instrumento están: “el régimen de salarios del sector público, el régimen de acceso y promoción a los cargos públicos, la simplificación de los procedimientos administrativos y el establecimiento de condiciones que aseguren la transparencia en el financiamiento de la actividad político-partidista. Se contempla, asimismo, la adopción de códigos de conducta aplicables a los funcionarios y un adecuado sistema para perseguir la responsabilidad administrativa de los mismos”¹²³. Todo lo cual, o al menos una buena parte de tales medidas, no han sido adoptadas en nuestro país a pesar de los escándalos en que se han visto envuelto tanto funcionarios públicos como personajes políticos en los últimos años.

Así también la Convención establece medidas dentro del ámbito preventivo, además de imponer que cada Estado deberá adoptar las medidas necesarias para mejorar las normas contables y de auditoría del sector privado, así como también, el establecimiento de sanciones civiles, administrativas o penales eficaces, proporcionadas y disuasivas en caso de incumplimiento de tales medidas. Por otro lado, dispone que se establezca un amplio régimen interno de reglamentación y supervisión de bancos e instituciones financieras, para evitar el blanqueo de capitales.¹²⁴

Desde el punto de vista penal, la Convención establece que los Estados parte adoptarán las medidas legislativas necesarias para tipificar los delitos de soborno de funcionarios públicos nacionales, el soborno de funcionarios públicos extranjeros, la malversación, el peculado y otras formas de desviación de bienes de parte de un funcionario público, el tráfico de influencias, el abuso de funciones y el enriquecimiento ilícito¹²⁵. Esto, también lo desarrolla la Convención desde el punto de vista del sector privado, también sosteniendo que los Estados parte

¹²¹ *Ibid.*

¹²² *Ibid.* P.79

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ *Ibid.* P.80.

¹²⁵ *Ibid.* p.81

adoptarán las medidas legislativas o de otra índole para tipificar los delitos de soborno en el sector privado y, la malversación o peculado de bienes. Así como también considera, en el ámbito de los atentados contra la administración de justicia, el encubrimiento, la obstrucción de la justicia y, el blanqueo del producto del delito.

Es en este ámbito también que la Convención desarrolla la responsabilidad de las personas jurídicas¹²⁶, al señalar que

“Artículo 26. Responsabilidad de las personas jurídicas

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, en consonancia con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por su participación en delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.
2. Con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa.
3. Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan cometido los delitos.
4. Cada Estado Parte velará en particular por que se impongan sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias, a las personas jurídicas consideradas responsables con arreglo al presente artículo.”

Respecto a esto, seguiremos siendo majaderos en poner de relieve el poco compromiso adoptado por Chile al momento de ratificar la Convención ya que, si bien, existen ciertos mecanismos de transparencia pública y sanciones. Éstas últimas sólo están consideradas aún respecto de las personas naturales que han intervenido en los delitos, haciendo caso omiso a la orden de que sean éstas de índole penal, civil o administrativa.

Según un estudio respecto al ranking de percepción mundial de la corrupción internacional; Chile, desde el año 1996 y hasta el año 2014, ha estado ubicado alrededor del número 20 dentro de los países menos corruptos del orbe¹²⁷, lo cual no debe dejarnos tranquilos, porque tal como nos señala el profesor MATUS, el Grupo de Trabajo Anticorrupción de la OCDE, considera que “las actuales sanciones civiles y administrativas disponibles en nuestro país para hacer efectiva

¹²⁶CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. Decreto No. 375. Promulga la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. [en línea]. Disponible en Biblioteca del Congreso Nacional, leyes más solicitadas. <<http://www.bcn.cl>> visitado el 15-03-2017.

¹²⁷ RAMIREZ, Jorge y VINAGRE, Antonia. La corrupción: Chile y el mundo. Revista Serie Informe Sociedad y Política. [en línea] Núm. 157, Enero 2017. Disponible en línea: <https://app.vlex.com/#CL/search/jurisdiction:CL+content_type:4/corrupcion+en+chile/CL/vid/648728741/graphical_version> [consulta: 15 de marzo 2017] p.8-10.

la responsabilidad de las personas jurídicas por ciertos hechos constitutivos de delito no son lo suficientemente eficaces, proporcionales ni disuasivos, al menos respecto del ámbito de su incumbencia”¹²⁸.

Es así, que a pesar, que el Grupo de Trabajo se encuentra satisfecho con los pasos que ha tomado Chile en la implementación de las 34 recomendaciones dadas por este organismo en marzo de 2014 a nuestro país, se señala que sólo 5 de ellas se encuentran totalmente implementadas, 14 sólo parcialmente y 15 sin ningún tipo de implementación.¹²⁹

4.2 CASOS EMBLEMÁTICOS

4.2.1 **“International Tobacco Marketing Limitada (Philip Morris) contra Compañía Chilena de Tabacos S.A (Chiletabacos)”, Rol C-11-04 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia**

En el año 2004 la demandante impetró una denuncia en contra de Chiletabacos solicitando que se le ordenara cesar en la imposición de barreras artificiales a la entrada de un nuevo competidor y, asimismo, solicitó en su oportunidad se dejaran sin efecto todas aquellas estipulaciones contenidas en los contratos de exclusividad que celebró y celebre la denunciada en el futuro, para que no entorpezca la exhibición y venta de cigarrillos de sus competidores en los puntos de venta¹³⁰.

International Tobacco Marketing Limitada o “Philip Morris” afirma que la denunciada ha cometido una serie de prácticas restrictivas de la competencia, todo lo cual se vio facilitado en virtud de su posición de dominio en el mercado de los cigarrillos. Éstas prácticas consistieron *grosso modo* en la negativa de venta, amenaza de negativa y negativa efectiva de crédito, retiro de productos y elementos de promoción, comunicación e información y entrega de incentivos pecuniarios a condición de no exhibir ni vender productos Philip Morris¹³¹.

En esta causa lo importante a dilucidar es si en definitiva, Chiletabacos ha incurrido en prácticas anticompetitivas respecto de los contratos de exclusividad suscritos con diferentes establecimientos de comercio, los cuales tuvieron como

¹²⁸ MATUS, Jean Pierre. Presente y futuro de la responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus directivos y empleados. En su: Derecho penal, criminología y política criminal en el cambio de siglo. Santiago, Chile. 2011. p.292.

¹²⁹ OCDE. CHILE: Follow-up to the phase 3 report & recommendations. [en línea] Mayo 2016. Disponible en internet: <<https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/CHILE-Phase-3-Written-Follow-Up-Report-ENG.pdf>> [consulta: 30 de abril 2017]

¹³⁰ MORALES, Diego y KREFT, Tomás. Análisis de la jurisprudencia del tribunal de defensa de la libre competencia: Sentencias N° 1-98. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Profesor guía: Francisco Agüero Vargas. Santiago, Chile. Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Económico, Universidad de Chile. 2013. 798 h.

¹³¹ *Ibid.*

efecto impedir la venta o comercialización de productos de otras marcas en el mercado, además de ofrecer incentivos al cumplimiento de metas de participación en las ventas, impidiendo también en los hechos la venta de los productos de la competencia; todo lo cual, según el Tribunal se demostró en la etapa correspondiente, estableciendo que Chiletabacos incurrió efectivamente en abusos anticompetitivos¹³².

Y así también lo estimó la sentencia de 10 de enero de 2016 dictada por nuestro máximo tribunal¹³³ al señalar en su considerando trigésimo cuarto que, del “cúmulo de antecedentes aportados al presente caso, referidos y ponderados en el fallo reclamado y que algunos se han expuesto precedentemente, como confirmatorios de su poder de convicción, demuestran, como lo declaró la sentencia en análisis, que Chiletabacos ha desplegado una serie de conductas ilícitas a fin de cautelar, asegurar e incluso incrementar su alto poder económico en el comercio del cigarrillo, acciones que en toda su intensidad se dirigen a los pequeños comerciantes y asimismo a los mayoristas o grandes empresas de ventas, con lo cual para los primeros, se les amenaza con negativa de venta; dificultades para la obtención de crédito, sanciones de retiro de productos como también de sus elementos de promoción con incidencia directa y perjudicial a las empresas de la competencia y que remunera a aquellos con entrega de incentivos. Al gran comercio lo involucra con onerosos contratos de exclusividad otorgando incentivos provocativos de manera cierta en el fortalecimiento de un poder monopólico. En fin, estas actitudes irregulares dentro del adecuado y sano ritmo del comercio, provocan como consecuencia inmediata que los productos de la denunciante no se publiciten, no se exhiban, se escondan y que en definitiva su venta sea nula”.

De esta manera, la Corte Suprema rechazó el recurso de reclamación interpuesto por Chiletabacos y confirmando la ya dictada por el Tribunal de la Libre Competencia, que dejó sin efecto las estipulaciones contenidas en los contratos de exclusividad que la demandada suscribía con algunas empresas y ordenó abstenerse de incluirla en contratos futuros. Así como también previno a la demandada para que en lo sucesivo no impidiera ni entorpeciera la exhibición y venta de cigarrillos con sus competidores en los puntos de venta y, finalmente, se le aplicó a la demandada una multa a beneficio fiscal de 10.000 Unidades Tributarias Mensuales, lo cual vino a ser algo así como 300 millones de pesos, según la UTM de enero de 2005. (Fuente: <http://www.sii.cl/pagina/valores/utm/utm2005.htm>).

¹³² *Ibíd.*

¹³³ CHILE. Corte Suprema. Rol 4332-2005 (Civil) Philip Morris con Chiletabacos. Libro Civil, Folio 838. 10-01-2005 [en línea]. Disponible en Poder Judicial <<http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>> (visitado el 12-02-2017)

Este caso quedaría como un ejemplo positivo de una aplicación de multa considerable como reacción a conductas que son atentatorias contra la libre competencia, y que si bien no están configuradas como tipo penal vale la pena analizar el fallo en cuanto a la institución de la multa en comento. Sin embargo, la multa en este caso no cumple el objetivo de disuadir al infractor de proseguir con sus prácticas ilícitas, ya que nuevamente Philip Morris inicia una acción en contra de Chiletabacos, pero esta vez en sede civil, interponiendo demanda de indemnización de perjuicios en virtud de la “responsabilidad civil que le cabe en los hechos que fueron objeto de sanción por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que declaró que el demandado incurrió en conductas contrarias a la libre competencia consistentes en la imposición de barreras artificiales a la entrada del actor al mercado chileno de cigarrillos; y para que se la condene al pago, en su equivalente en moneda de curso legal, de las siguientes indemnizaciones: a) 2.917.000 unidades de fomento por concepto de lucro cesante, que hace consistir en los ingresos que debió percibir si no hubiera mediado el actuar ilícito de la demandada. Distingue para determinar este rubro los ejercicios comerciales correspondientes a los años 2002 a 2005 y de 2006 a 2018; b) 600.000 unidades de fomento, por concepto de daño moral, atendida la afectación sufrida en su imagen y reputación; y c) el daño emergente que resulte acreditado en el proceso, todo con intereses y costas”¹³⁴.

Dicho procedimiento obtuvo como resultado luego de que se rechazaran ambos recursos de casación interpuestos por las partes de la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago que se revoca la sentencia dictada por el 10º Juzgado Civil de Santiago, en causa Rol C-19655-2009, en cuanto por ella no se hizo lugar a la indemnización por lucro cesante y en su lugar se decide que la demandada, queda condenada por tal concepto a la suma de 48.004,63 Unidades de Fomento, más intereses corrientes para operaciones reajustables a contar de la fecha en que el presente fallo quede ejecutoriado y, en lo demás apelado se confirma la sentencia en alzada.¹³⁵

4.2.2 “Fiscalía Nacional Económica contra Isapres ING S.A., Isapre Vida Tres S.A., Isapre Colmena Golden Cross, Isapre Banmédica S.A., e Isapre Consalud S.A.” Rol C-77-055 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

¹³⁴ CHILE. Corte Suprema. Rol 1339-2012 (Civil) Philip Morris con Chiletabacos. Libro Civil, Folio 49440. 25-07-2013 [en línea]. Disponible en Poder Judicial

<<http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>> (visitado 12-02-2017)

¹³⁵ *Ibid.*

En este caso, la Fiscalía Nacional Económica señaló que las Isapres objeto del requerimiento, desde el año 2002 y hasta la fecha de la acción, habían coincidido en ofrecer planes de cobertura máxima 90-70, uniformando así las condiciones de contratación con los afiliados al sistema y concertándose para limitar la competencia dentro de un marco preestablecido, mediante la negativa de ofrecer los planes con cobertura máxima 100-80. La Fiscalía esgrime que estas circunstancias constituirían un acuerdo horizontal que versa sobre las condiciones de venta y comercialización de los planes de salud, con efecto directo en la relación precio/calidad, mediante la fijación de un rango máximo de cobertura de los planes, en perjuicio de los usuarios del sistema y del mercado de salud privada. Todo lo cual obtuvo como ganancias a las requeridas unas utilidades adicionales en el periodo 2002 a 2004 de \$29.000.000.000, según lo estimó la Fiscalía¹³⁶.

Sin perjuicio de lo cual, el Tribunal rechazó el requerimiento interpuesto sin costas, por sentencia N° 57/2007.

Posteriormente, la Corte Suprema con fecha 28 de enero de 2008¹³⁷ señaló que la referida coincidencia temporal en relación al inicio en la venta de los planes de salud con cobertura 100/80, pudo ser consecuencia ya sea por concertación en las prácticas, o por la competitividad y características propias del mercado en examen, por lo cual la Corte no se declaró satisfecha con la explicación que de ello tuvo que decir la Fiscalía, por lo que rechazó la reclamación.

Sin embargo, se acordó con el voto en contra de los ministros señores Oyarzún y Pierry, quienes sostuvieron por acoger el recurso impetrado ya que, a su juicio, existió entre las requeridas práctica concertada para restringir la competencia y poder disminuir los beneficios otorgados en sus planes de salud, asimismo señalaron que es evidente que se trata de un mercado con una demanda cautiva con importantes barreras de entrada a nuevos competidores, y con un reducido número de actores –como lo señalara la Fiscalía en su requerimiento-. Hacen notar además, “una simultaneidad en el comienzo de la sustitución de planes, con un evidente paralelismo en el ritmo del reemplazo de dichos planes, unido a una notoria disminución en la intensidad de la competencia entre los actores, reflejado en la reducción de los gastos de publicidad y fuerza de ventas; hechos que considerados en conjunto sólo pueden ser explicados por la existencia de un acuerdo entre las cuatro Isapres requeridas mencionadas”¹³⁸.

Es a nuestro parecer, que el voto de minoría estaba en lo correcto, ya que según lo señalaran los señores ministros, “basta para configurar el ilícito allí

¹³⁶ MORALES, Diego y KREFT, Tomás. Op.cit.

¹³⁷ CHILE. Corte Suprema. Rol 4052-2007 (Civil) Fiscalía Nacional Económica con Isapre ING S.A y otros. Libro Civil, Folio 2782. 28-01-2008 [en línea]. Disponible en Poder Judicial <<http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>> (visitado 12-02-2017)

¹³⁸ *Ibid.*

sancionado el ejecutar actos que tiendan a producir como efecto el impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, sin que sea necesario que hayan producido efectivamente dicho resultado, ni tampoco que el abuso de posición que el acuerdo entre los agentes económicos permita alcanzar, mantener o incrementar sea requisito para que exista la colusión que la ley sanciona”¹³⁹.

4.2.3 “Fiscalía Nacional Económica con Farmacias Ahumada S.A., Farmacias Cruz Verde S.A. y Farmacias Salcobrand S.A.” Rol C-184-08 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

En el año 2008, la Fiscalía Nacional Económica presenta un requerimiento en contra de las referidas cadenas de farmacias en virtud que, en el parecer de la Fiscalía, habrían concertado el alza de precio de venta al público de al menos 222 productos farmacéuticos, utilizando para ello a los laboratorios para coordinar las alzas al nivel de los precios de venta al público sugeridos.

Los laboratorios, de esta manera, habrían comunicado a las referidas las fechas de su aplicación, el monto del alza y, en algunos casos incluso, el orden que debían seguir para aplicarlo, lo cual habría tenido su origen –y así lo manifiesta la Fiscalía en su requerimiento-, en diciembre de 2007 luego de que las requeridas acabaran con “una guerra de precios, a través de fuertes campañas publicitarias, incluyendo en éstas comparaciones de precios, lo que las llevó incluso a enfrentarse en tribunales”¹⁴⁰; referido esto, al caso en el cual Cruz Verde fue demandado por competencia desleal en virtud de la campaña “Desafío Cruz Verde, Precios Bajos Sin Competencia”, lo cual tuvo como consecuencia que se redujeran los márgenes de comercialización para todas las requeridas, “en particular en los productos de la categoría Farma, que cumplen con la condición de ser éticos y notorios”, lo que quiere decir, en definitiva, que su sola presencia los hace inclinar las preferencias de los consumidores hacia una u otra cadena de farmacia en virtud de su menor o mayor precio. Los márgenes así, fueron reduciéndose cada vez más hasta que, en algunos casos, fueron incluso, negativos.

Todo lo anterior, más algunas decisiones de negocios y de reestructuración en algunas de las requeridas, provocaron que éstas convocaran una alianza para terminar con la llamada guerra de precios y alzar, de esta manera –con el objeto de recuperar o resarcir sus pérdidas-, los precios de venta de los productos antes

¹³⁹ Ibid.

¹⁴⁰ CHILE. Requerimiento C-184-08, Rango foja 12-52. Fecha de ingreso al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia: 10/12/2008. Disponible en internet: http://consultas.tdlc.cl/amilex_PORTAL/Web/Portal/LEX_POR_ExpedienteCausa.aspx?q=qwwwEXYDPdGeg/+h7eqnh3cagbscN54G9eOAPunCJCgUaaFczx2hyCTF8bJCAp4Ra/1Zdk6WdftqflEeQMujvC38o2SWWixV5azhvgAlo0rLFafVy8F7g2bioVYDh9sr

referidos en forma concertada. Y así lo entendió el tribunal en su considerando centésimo nonagésimo al señalar que los “patrones de comportamiento respecto de las cotizaciones de Cruz Verde y de FASA, evidentemente anómalos y distintos de las políticas normales de monitoreo seguidas en fechas diferentes de aquellas en que se verificaron alzas de precios, y su clara correlación temporal con los días de alzas en los precios moda de venta, definitivamente no son consistentes con un escenario de competencia oligopolística, sino únicamente con un escenario colusivo, en el que tanto Cruz Verde como FASA contaban con información previa sobre el día en que Salcobrand iba a alzar el precio de cada medicamento, para así ser capaces de monitorear dicha alza, para luego replicarla en forma rápida y efectiva”¹⁴¹.

Además del análisis de la correlación temporal entre las tres referidas, el tribunal también consideró la abundante prueba testimonial, documental, entre otros, pero así como también la “confesión” efectuada por FASA en la conciliación que rola en el expediente a fojas 638, 676 y 678, según hace constar la sentencia.

Respecto de las sanciones por la colusión entre las referidas, la sentencia establece que determinará el monto de la multa según el inciso final de la letra c) del artículo 26 del D.L. N°211 que señala, “para tal fin, se considerarán, entre otras circunstancias, la gravedad de la conducta, el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, y la calidad de reincidente del infractor”¹⁴².

En cuanto al primer criterio, el tribunal hace notar que la colusión es considerado unánimemente “el más lesivo de los atentados a la libre competencia”¹⁴³ al cual el D.L. N°211 le ha asignado una mayor sanción y un mayor plazo de prescripción de la acción para perseguirlo.

Respecto del segundo criterio a observar, es decir, respecto del mercado afectado y su importancia relativa, el tribunal señala que la colusión ha afectado productos farmacéuticos destinados en su gran mayoría a tratar enfermedades crónicas con el consiguiente menoscabo a las personas que los requieren para sus tratamientos y que no pueden sustituirlos por otras formas terapéuticas.

Por otro lado, la extensión del daño causado está determinado –según el tribunal- por tres factores: “(i) en primer lugar, por la importante participación de mercado de FASA, Cruz Verde y Salcobrand, quienes en conjunto representaban a la fecha de los hechos el 92% de las ventas totales de productos Farma en el

¹⁴¹ CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Rol 184-2008 (Contencioso) Fiscalía Nacional Económica con Farmacias Ahumada S.A y otros. Foja 8386-8719. 31-01-2012 [en línea]. Disponible en internet:

<http://consultas.tdlc.cl/amilex_PORTAL/Web/Portal/LEX_POR_ExpedienteCausa.aspx?q=qwwwEXYDPdGeq/+h7eqnh3cagbscN54G9eOAPunCJCgUaaFczx2hyCTF8bJCAp4Ra/1Zdk6WdftqflEeQMujvC38o2SWWixV5azhvgAlo0rLFafVy8F7g2bioVYDh9sr> (visitado 12-02-2017)

¹⁴² Ibid.

¹⁴³ Ibid.

país, lo que implicó que la conducta tuviese aptitud para involucrar a casi la totalidad de la oferta en el mercado relevante; (ii) en segundo término, por el número de consumidores afectado por las alzas coordinadas de precios, que en este caso, atendida la participación de mercado antes indicada y más aún si se considera que dicha participación se extiende a todo el territorio de la República, necesariamente es muy elevado, alcanzando potencialmente a la totalidad de la población; y (iii) por la circunstancia de que el acuerdo probablemente se habría mantenido en el tiempo de no haberse iniciado en contra de las requeridas la investigación de la FNE que motivó el requerimiento de autos”¹⁴⁴.

Que, además, es evidente que el beneficio económico obtenido por las requeridas fue considerablemente mayor al que si hubiesen estado compitiendo en un mercado libre de colusión.

Y, por último, respecto de la calidad de reincidente del infractor, el tribunal toma en consideración que “Cruz Verde y las compañías antecesoras legales de Salcobrand, esto es, Comercial Salco S.A y Farmacias Brand S.A., respectivamente, fueron condenadas por la Honorable Comisión Resolutiva, mediante Resolución N°432 de 16 de mayo de 1995, por acordar alzas de precios recurriendo a mecanismos similares a los descritos en la presente sentencia”¹⁴⁵.

Todo lo anterior, lleva al tribunal al convencimiento que el monto de la multa debe ser el mayor que permite la ley, con lo cual resuelve en condenar a las requeridas Farmacias Cruz Verde S.A. y Farmacias Salcobrand S.A. al pago de una multa a beneficio fiscal, de veinte mil Unidades Tributarias Anuales cada una.

Posteriormente, se intentan recursos de reclamación por parte de las vencidas, a lo cual la Corte Suprema rechazó dichas reclamaciones por sentencia de 7 de septiembre de 2012.

4.3 BREVE HISTORIA DE LAS NORMAS QUE HAN REGIDO LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE

Nuestra historia normativa en el ámbito de la libre competencia -si se quiere llamar de alguna forma-, comienza definitivamente con la “misión Klein-Saks” durante el gobierno de Carlos Ibáñez del Campo entre los años 1927 y 1931.

Debido a la crisis profundamente inflacionaria, el jefe de Estado contrató los servicios de esta consultora estadounidense que en la década de 1920 vino a proponer -para efectos de dar estabilidad económica al país-, una serie de medidas entre las que se contaban el reducir la cantidad de dinero circulante, disminuir el

¹⁴⁴ Ibid.

¹⁴⁵ Ibid.

gasto y el déficit fiscal, reorganizar y racionalizar la administración pública, crear nuevos impuestos, simplificar la política cambiaria, fomentar las exportaciones, entre otros.¹⁴⁶

Todo lo anterior, tuvo como resultado que el 19 de enero de 1956 el grupo consultor le entregara al ministro de Hacienda de aquel entonces un borrador de proyecto de ley, en el cual se encontrarían explicadas todas las razones que hacían indispensable el de recrear una atmósfera de libre competencia.¹⁴⁷ Lo que tuvo como resultado que en el año 1959 se dictara la ley N°13.305 que, a pesar de no sólo detallar prácticas anticompetitivas y ser más bien una ley que trataba muy diversos temas, en su título V se eliminó toda forma considerada como un monopolio, prohibiendo expresamente respecto de los particulares el ejercicio de actividades industriales o comerciales en forma de un *trust*. Así lo señalaba en su artículo 172 antes de ser derogado:

“Artículo 172. No podrá otorgarse a los particulares la concesión de ningún monopolio para el ejercicio de actividades industriales o comerciales. Sólo por ley podrá reservarse a instituciones fiscales, semifiscales, públicas, de administración autónoma o municipales el monopolio de determinadas actividades industriales o comerciales.”¹⁴⁸

Dicha ley vino a crear un organismo especializado para combatir estos temas: la Comisión Antimonopolios¹⁴⁹. Posteriormente, debido a la complejidad y cantidad de asuntos se creó el cargo de fiscal, para lo cual se dictó la ley N°15.142 publicada en el Diario Oficial el 22 de enero de 1963.

La ley N° 13305 estableció, por otro lado, que en materia de sanciones los infractores recibirían una pena de presidio menor en cualquiera de sus grados y una multa equivalente al 1 y hasta el 10% del capital de giro de los autores del delito. Además, los cómplices o encubridores recibirían idénticas penas. Así, en caso de reincidencia, se podía aplicar accesoriamente “la cancelación de la personalidad jurídica, y la revocación de la autorización de existencia si se trataba de una sociedad anónima o de una agencia extranjera”.¹⁵⁰

¹⁴⁶ BERNEDO, Patricio. Historia de la Libre Competencia en Chile: 1959-2010. [en línea] Santiago, Chile. Fiscalía Nacional Económica. 2013. [consulta 3 de mayo 2017] <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2013/11/Historia_libre_competencia.pdf> p.34

¹⁴⁷ *Ibid.* p.41.

¹⁴⁸ CHILE. Ministerio de Hacienda. Ley N° 13.305. Reajusta las remuneraciones de todos lo empleados que prestan servicios en Chile, suplementa el presupuesto de la Nación, establece nueva unidad monetaria, concede facultades extraordinarias al Presidente de la República y modifica las leyes que señala. [en línea] Disponible en Biblioteca del Congreso Nacional.

<<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=27399&tipoVersion=0>> <visitado el 08-01-2017>

¹⁴⁹ BERNEDO, Patricio. Op. cit. p.43.

¹⁵⁰ *Ibid.* p.46

Posteriormente, y tras el golpe de Estado, la Junta de Gobierno tramitó una nueva legislación antimonopolios, y que fue publicada el 22 de diciembre de 1973: el D.L. N°211, la que fijó las “Normas para la defensa de la libre competencia”.¹⁵¹ Dicha norma fue establecida con el propósito fundamental de mantener fuertes restricciones a las actividades monopólicas. Sin embargo, dicha norma por sí misma no fue suficiente, por lo cual se realizaron modificaciones posteriores, las que tuvieron como finalidad “que la nueva institucionalidad antimonopólica fuera eficaz y para ello debía contar con una cobertura geográfica más amplia; un mayor poder de fiscalización, control y prevención; y más medios administrativos para desarrollar sus tareas”.¹⁵² Con lo anterior, el decreto ley establecía en su artículo 1º que, “bastaba que un hecho o acto tuviese la intención de eliminar o entorpecer la libre competencia para proceder a castigarlo, sin que fuera una condición necesaria la verificación de un resultado concreto”.¹⁵³

Así, con la finalidad de cumplir con los objetivos de esta nueva ley es que se creó una nueva instancia, la de la Comisión Resolutiva, que tenía por misión la de supervigilar la adecuada aplicación de las normas de esta ley y el buen desempeño de los organismos de su dependencia. En este mismo sentido se crearon además, las Comisiones Preventivas Provinciales para atender principalmente consultar y prevenir situaciones que pudieran atentarse contra la libre competencia o que ya estuvieran atentando contra ella y, de esta manera también, una Comisión Preventiva Central con sede en Santiago.

Consiguientemente, y en pro de darle más atribuciones al fiscal y otorgarle una mayor autonomía es que se crea la Fiscalía de la Defensa de la Libre Competencia.

Luego, con el pasar de reformas y nuevos diseños normativos y políticos en materia laboral, fue necesaria una actualización del D.L N°211; lo que se vino a materializar con el D.L N°2760 de 5 de julio de 1979, modificando el artículo 2º del D.L N°211, en el sentido de agregar una nueva modalidad atentatoria contra la libre competencia, estableciéndose en su letra e): “Los que se refieran a la libertad de trabajo o a la libertad de los trabajadores para organizarse, reunirse, o negociar colectivamente, como los acuerdos o actos de empresarios, sindicatos u otros grupos o asociaciones, tendientes a limitar o entorpecer el libre curso de negociaciones colectivas dentro de cada empresa o los que impidan o entraben el legítimo acceso a una actividad o trabajo”.¹⁵⁴ Asimismo, esta modificación de la ley vino de la mano de la oportunidad de actualizar la institucionalidad reemplazando las

¹⁵¹ *Ibíd.* p.57

¹⁵² *Ibíd.* p. 69

¹⁵³ *Ibíd.* p.70

¹⁵⁴ *Ibíd.* p.86

Comisiones Preventivas Provinciales y de fiscales delegados provinciales por Comisiones Preventivas Regionales y los fiscales regionales; así como otras reformas de carácter institucional pero, una de las modificaciones más relevantes fue el fortalecimiento de las atribuciones de la Comisión Resolutiva al establecer que desde ese momento podía conocer de oficio las situaciones “que pudieran atender contra la libre competencia o, también, a solicitud del fiscal, como debía acontecer antes de ampliar esta facultad (modificación al artículo 17)”¹⁵⁵, además de autorizarlo a investigar situaciones con las más amplias atribuciones, como la de requerir el auxilio de fuerza pública, o incluso la facultad de allanamiento y descerrajamiento, la cual sería concedida sin más trámite. En lo que respecta a las sanciones y, en especial de las multas, estas fueron aumentadas hasta un máximo de 10.000 UTA, “las que debían ser reguladas prudencialmente, según sea el capital en giro o la capacidad económica del infractor y la gravedad de la infracción”.¹⁵⁶

Con las diversas modificaciones, además la Fiscalía de Defensa de la Libre Competencia y el Fiscal pasaron a llamarse respectivamente, Fiscalía Nacional Económica y Fiscal Nacional¹⁵⁷, como lo es hasta nuestros días.

Posteriormente, y pasado el periodo de transición a la democracia, en el año 2003 se firmó finalmente el tratado de libre comercio con Estados Unidos, que se sumó al Acuerdo de Asociación Económica con la Unión Europea (2002), entre otros.¹⁵⁸

Ese mismo año, el 14 de noviembre, se publicó la ley N°19.911, que creó el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, la cual vino a modificar la institucionalidad vigente, estableciendo que las Comisiones Preventivas Regionales, Preventiva Central y Resolutiva se remplazarían por el TDLC. Asimismo, fueron redefinidas las funciones y atribuciones de la Fiscalía Nacional Económica.¹⁵⁹

Desde el punto de vista de su normativa, se estableció derechamente que el bien protegido es el del derecho de competir libremente en los mercado; cambió además las conductas anticompetitivas, que “en el D.L. N°211 se representaban y ejemplificaban de manera general, por una tipificación de conductas anticompetitivas concretas, que se focalizaron en los acuerdos colusiones, abusos de posición dominante, prácticas predatorias y competencia desleal, realizadas con el objetivo de alcanzar, mantener o incrementar una posición de dominio”.¹⁶⁰

¹⁵⁵ *Ibíd.*

¹⁵⁶ *Ibíd.* p.88

¹⁵⁷ *Ibíd.*

¹⁵⁸ *Ibíd.* p.121.

¹⁵⁹ *Ibíd.* p.163

¹⁶⁰ *Ibíd.* p.164.

Asimismo, el tema de las sanciones también fue objeto de modificación; se eliminaron las de “tipo criminal debido a que los estándares probatorios necesarios para aplicar una pena privativa de libertad son altamente exigentes”¹⁶¹ y dejó sólo aquellas de carácter administrativo. Éstas, sin embargo, se incrementaron los montos máximos desde 10.000 a 20.000 UTA.

La justificación de esta última decisión está en la historia de la ley, que señala:

“El proyecto opta por eliminar la descripción de las conductas que constituyen tipos penales, por estimar que resultan incompatible actualmente con el complejo escenario en que se desenvuelven los agentes económicos, y que la experiencia internacional sobre la materia aconseja que cada caso debe ser estudiado en su propio mérito, de acuerdo con sus particularidades y complejidades, por lo que estima procedente establecer una norma amplia con ejemplos básicos, para que los integrantes del tribunal decidan en cada caso qué conducta constituye un atentado a la libre competencia. Se propone al respecto aumentar sustancialmente las multas y hacer solidariamente responsables de su pago a los directores, gerentes o administradores de las empresas infractoras, lo que, estima el proyecto, va a disuadir en forma más eficaz a los potenciales infractores”¹⁶²

Respecto de los criterios utilizados por la nueva normativa para imponer los montos de las multas, se establecieron, entre otras, el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta y la calidad de reincidente del infractor¹⁶³.

En el ámbito de los recursos, se mantuvo la posibilidad de interponer un recurso de reclamación ante la Corte Suprema, a través del cual éste puede revisar una sentencia o resolución del TDLC, como lo vimos en varias oportunidades cuando analizamos algunos casos emblemáticos en supra.

Posteriormente, durante el mandato del fiscal nacional Enrique Vergara, se presentó en el año 2006 un proyecto de ley al Congreso, modificando el D.L N°211 en lo que decía relación sustancialmente con las atribuciones de la Fiscalía para investigar casos de colusión, aumentando las multas de 20.000 a 30.000 UTA, autorizando a ésta además para allanar, descerrajar, incautar información e interceptar comunicaciones, así como también, introduciendo la figura de la delación compensada¹⁶⁴.

¹⁶¹ *Ibíd.*

¹⁶² CHILE. Historia de la ley: Ley N° 19.911 (Diario Oficial, 14 de noviembre, 2003): Crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Santiago, Chile, Biblioteca del Congreso Nacional, 2003. 669 páginas.

¹⁶³ BERNEDO, Patricio. p.164.

¹⁶⁴ *Ibíd.* p.178.

La ley N°20.361 fue publicada el 13 de julio del año 2009, en medio de la discusión mediática por el “caso farmacias” ya analizado. Esta ley vino a introducir en primer lugar una gran independencia de los miembros del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y actualizó, además, las normas respecto a su funcionamiento, aumentando las incompatibilidades, prohibiciones e inhabilidades de sus integrantes. Respecto de la Fiscalía Nacional Económica, fortaleció sus atribuciones respecto de la detección de *trust*; de esta manera, la FNE ahora puede solicitar autorización a la Corte de Apelaciones para que ordene a Carabineros o a la Policía de Investigaciones –bajo la dirección de un funcionario de Fiscalía-, para que proceda a entrar, allanar y descerrajar recintos públicos o privados, registrar e incautar toda clase de objetos y documentos que permitan acreditar la existencia de una infracción,, así como también la de interceptar toda clase de comunicaciones.¹⁶⁵

En lo tocante al nombramiento y remoción del Fiscal Nacional, también hubo modificaciones. Respecto de lo primero, el nombramiento no sería directamente por el Presidente de la República, sino que a través de un proceso de selección de la Alta Dirección Pública, pudiendo ejercer el cargo sólo cuatro años y renovarse su nombramiento sólo una vez. En cuanto a lo segundo, se agregó al término el periodo legal de designación y su renuncia voluntaria aceptada por el Presidente de la República, la de destitución por negligencia manifiesta en el ejercicio de sus funciones y la incapacidad.

Además, respecto a las multas, se estableció que en caso de acuerdos colusorios se podrían elevar a un máximo de 30.000 UTA.¹⁶⁶

Finalmente, y como ya anticipábamos, “la ley introdujo la figura de la delación compensada, que sin mencionarse como tal en su texto, fue añadida junto con la facultad del fiscal de suscribir acuerdos extrajudiciales con los agentes económicos involucrados en sus investigaciones, en el sentido que quien aportara a la FNE antecedentes que condujeran a la acreditación de conductas relacionadas con acuerdos colusivos y a la determinación de los responsables, podría acceder a una reducción o exención de la multa”¹⁶⁷.

Hasta antes de la dictación de la Ley N° 20.393 del 2 de Diciembre de 2009, existe el problema real de la inexistencia de una política criminal acorde a los tiempos, cuestión del todo decisiva para los ajustes legales necesarios que debería realizar el legislador.¹⁶⁸

¹⁶⁵ *Ibíd.* p.190

¹⁶⁶ *Ibíd.*

¹⁶⁷ *Ibíd.*

¹⁶⁸ HERNÁNDEZ, Héctor. La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile. *Política Criminal*. [en línea] Julio, 2010. <http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A5.pdf> [consulta 21 de noviembre 2016] pp.207-236.

Respecto de las personas jurídicas era un tema totalmente ajeno; sólo la punibilidad de las personas naturales que operan por o en ellas existía algún tipo de punibilidad. Y es que respecto a lo mismo, tanto en Chile como en el mundo, para sancionar penalmente a las personas jurídicas por sus ilícitos no existen particulares dificultades dogmáticas, y así lo demuestra la variada doctrina comparada analizada en supra.

4.4 LEY Nº20.945, PERFECCIONA EL SISTEMA DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL EL 30 DE AGOSTO DE 2016

Esta ley vino a modificar en algunos aspectos el D.L Nº211 y, en otros complementar sus normas.

Entre aquellas modificaciones cabe mencionar la más relevante que es, el establecimiento –o restablecimiento- de sancionar la colusión ya no sólo desde el punto de vista pecuniario, sino que penalmente.

Sin embargo, se elimina del articulado la exigencia para sancionar ilícitos de colusión donde el acuerdo o la práctica concertada confieran “poder de mercado”¹⁶⁹. Es así, que antes de esta modificación la ley (en su antigua letra a) del artículo 3º) sancionaba los acuerdos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, siempre que estas les confirieran poder de mercado y tuvieran por finalidad 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.

Con la nueva ley, el “poder de mercado” no es tan determinante, sino que será necesario para sancionar ciertos casos, y en otros, no será necesaria en absoluto esta circunstancia.

Así, serán sancionables los casos aún cuando no se adquiera poder de mercado en los acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí, y que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado afectar el resultado de procesos de licitación (artículo 3º letra a) primera parte). Y, por otro lado, serán sancionables sólo cuando se adquiera poder de mercado en los acuerdos o prácticas concertadas que consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores (artículo 3º letra a) segunda parte).

¹⁶⁹ AVILÉS, Jorge. Principales cambios realizados por la nueva ley. Serie Informe Legislativo. [en línea] Núm. 44. Abril, 2017. p.8. <https://app.vlex.com/#CL/vid/678110049/graphical_version> [consulta 29 de mayo 2017]

Volviendo a las sanciones propiamente tal, la ley modifica el monto máximo de las multas aplicables por infracciones a la ley de la libre competencia, y establece dos distinciones para aplicarlas por infracciones a la ley de la libre competencia:

- El monto del beneficio económico reportado por la infracción es posible determinarlo: En este caso, la multa tendrá como límite el doble de este beneficio, o hasta el 30% de las ventas del infractor correspondientes a la línea de productos o servicios asociada a la infracción durante el período por el cual ésta se haya extendido o hasta el doble del beneficio económico reportado por la infracción. (artículo 26, letra c))
- El monto del beneficio económico reportado por la infracción no es posible determinarlo: Se aplicarán multas hasta por la suma de sesenta mil unidades tributarias anuales.

Además, se contempla por el legislador en el artículo 26 letra d) otra sanción que consiste en la prohibición de contratar a cualquier título con órganos de la administración centralizada o descentralizada del Estado, con organismos autónomos o con instituciones, organismos, empresas o servicios en los que el Estado efectúe aportes, con el Congreso Nacional y el Poder Judicial, así como la prohibición de adjudicarse cualquier concesión otorgada por el Estado, hasta por el plazo de cinco años contado desde que la sentencia definitiva quede ejecutoriada.

Y, por últimos dentro del ámbito de las sanciones, se establece “la posibilidad de aplicarse sanciones administrativas así como otras medidas en caso que no se notifiquen a la Fiscalía Nacional Económica las operaciones de concentración o se infrinjan otras normas relacionadas con dicho procedimiento de notificación”¹⁷⁰.

La ley define el concepto de operación de concentración en su artículo 47, que señala:

Artículo 47°.- Se entenderá por operación de concentración todo hecho, acto o convención, o conjunto de ellos, que tenga por efecto que dos o más agentes económicos que no formen parte de un mismo grupo empresarial y que sean previamente independientes entre sí, cesen en su independencia en cualquier ámbito de sus actividades mediante alguna de las siguientes vías:

- a) Fusionándose, cualquiera que sea la forma de organización societaria de las entidades que se fusionan o de la entidad resultante de la fusión.
- b) Adquiriendo, uno o más de ellos, directa o indirectamente, derechos que le permitan, en forma individual o conjunta, influir decisivamente en la administración de otro.

¹⁷⁰ Ibid. p.9

c) Asociándose bajo cualquier modalidad para conformar un agente económico independiente, distinto de ellos, que desempeñe sus funciones de forma permanente.

d) Adquiriendo, uno o más de ellos, el control sobre los activos de otro a cualquier título.

Para los efectos de lo dispuesto en este Título, se entenderá por agente económico toda entidad, o parte de ella, cualquiera que sea su forma de organización jurídica o aun cuando carezca de ella, que ofrezca o demande bienes o servicios. Se considerará asimismo como un agente económico el conjunto de activos tangibles o intangibles, o ambos, que permitan ofrecer o demandar bienes o servicios.

Así, la ley definió cuatro tipos de operaciones de concentración, respecto de las cuales –en la forma definida por ella-, se establece la obligación de notificar a la Fiscalía Nacional Económica cuando “superaran ciertos umbrales definidos mediante resolución dictada por la misma”¹⁷¹. Esto, tiene su explicación en que le permitiría analizar a la Fiscalía las situaciones aquellas operaciones de concentración que tuvieran la aptitud de “reducir sustancialmente la competencia de los mercados, minimizando los costos de transacción asociados y la carga administrativa a la que quedaría sujeto el Estado y los agentes económicos”¹⁷².

Asimismo, la ley establece respecto del Tribunal de la Libre Competencia, que los ministros titulares se encuentren sujetos a dedicación exclusiva en el ejercicio de sus funciones. Y así lo manifiesta el artículo 6º, señalando que no podrán prestar servicios de ningún tipo a personas naturales o jurídicas, o ejercer en cualquier forma aquellas actividades propias del título o calidad profesional que poseen.

Sin embargo, no tendrán la misma exclusividad los ministros suplentes, pero limita el desempeño de su cargo a la calidad de asesor o prestador de servicios profesionales en materias que digan relación con la libre competencia a personas naturales o jurídicas sometidas a la jurisdicción del Tribunal. Y, establece además que se considerará que asesora o presta servicios profesionales si percibe cualquier clase de remuneración, honorario o regalía de parte de personas naturales o jurídicas que asesoran o prestan servicios profesionales en dichas materias.

Por otro lado, una importantísima modificación es la de entregar al Tribunal la facultad de dictar autos acordados que sean necesarios para una adecuada administración de justicia (artículo 18 numeral 6).

¹⁷¹ *Ibíd.*

¹⁷² *Ibíd.*

Y, por último, respecto de la acción de indemnización de perjuicios que se originen en virtud de hechos condenados por sentencia del Tribunal de la Libre Competencia se deberá interponer en el mismo tribunal, y la sentencia definitiva “podrá ser reclamada ante la Corte Suprema y la indemnización de perjuicios comprenderá todos los daños causados durante el período en que se haya extendido la infracción”¹⁷³.

Respecto de la Fiscalía Nacional Económica, se le entregaron diversas facultades para mejorar sus capacidades para evaluar la competencia en los mercados y, de esta manera, contribuir a solucionar fallas de mercado o fallas regulatorias. Entre ellas destacan la de realizar estudios sobre la evolución competitiva de los mercados, en cuyo caso podrá ejercer las facultades contempladas en las letras f) (la de requerir colaboración de cualquier funcionario de los organismos y servicios públicos, de las municipalidades o empresas, entidades o sociedades, o las municipalidad, tengan aporte, representación o participación, quienes estarán obligados a prestarla, como asimismo, a proporcionar los antecedentes que obren en sus archivos y que el Fiscal Nacional Económico les requiera, aun cuando dichos antecedentes se encuentren calificados como secretos o reservados, de conformidad con la legislación vigente, caso este último en que se requerirá la autorización previa del Tribunal), letra g) (requerir a cualquier oficina, servicio o entidad, que ponga a su disposición los antecedentes que estime necesarios para las investigaciones, denuncias o querellas que se encuentre practicando o en que le corresponda intervenir. Así como también recabar toda documentación, elementos contables y otros que estime necesarios), letra h) (solicitar a los particulares las informaciones y los antecedentes que estime necesarios con motivo de las investigaciones que practique. Respecto de aquellas informaciones o antecedentes cuya entrega pudiera irrogar perjuicio en ellos o a terceros, podrán solicitar al Tribunal que deje sin efecto total o parcialmente el requerimiento. Sin embargo, quienes con el objeto de dificultar, desviar o eludir el ejercicio de las atribuciones de la Fiscalía, oculten información solicitada o le proporcionen información falsa, incurrirán en la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio. Por otro lado, quienes obligados a dar respuesta a las solicitudes de la Fiscalía no respondan o respondan sólo parcialmente injustificadamente, serán sancionados con una multa a beneficio fiscal de hasta dos unidades tributarias anuales por cada día de atraso), letra j) (la Fiscalía podrá llamar a declarar, o pedir declaración por escrito o por cualquier medio que garantice la fidelidad de la declaración y, quienes no comparezcan injustificadamente, habiendo sido citados, serán sancionados con una multa a

¹⁷³ *Ibid.*

beneficio fiscal de una unidad tributaria mensual a una unidad tributaria anual), letra k) (requerir de los organismos técnicos del Estado los informes que estime necesarios y contratar los servicios de peritos o técnicos), letra l) (celebrar convenios o memorándum de entendimiento con otros servicios públicos y universidades, en materias de cooperación recíproca. Asimismo, celebrar convenios con agencias u otros organismos extranjeros que tengan por objeto promover o defender la libre competencia en las actividades económicas) y letra m) (convenir con otros servicios públicos y organismos del Estado la transferencia electrónica de información, que no tenga el carácter de secreta o reservada de acuerdo a la ley, para facilitar el cumplimiento de sus funciones. Así como también, previa resolución fundada del Fiscal, convenir interconexión electrónica con organismos o instituciones privadas nacionales y/o extranjeras, con los cuales haya celebrado convenios o memorándum de entendimiento), y efectuar recomendaciones a órganos del Estado y agentes económicos (artículo 39 letra p)).

Además, la Fiscalía podrá proponer al Presidente de la República, a través del ministro de Estado que corresponda, la modificación o derogación de los preceptos legales o reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, como también la dictación de preceptos legales o reglamentarios cuando sean necesarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas (artículo 39 letra q)).

En el caso de la colusión, será la única institución capaz de interponer la querrela criminal correspondiente, para lo cual tendrá un plazo de seis meses desde que la sentencia se encuentre ejecutoriada (artículo 64).

Fijará, además, “los umbrales para determinar qué operaciones de concentración deben ser notificadas a la Fiscalía; recibir notificaciones y sustanciar el nuevo procedimiento de las operaciones de concentración establecido en la ley”¹⁷⁴.

Y, por último, cómo observamos al analizar las facultades de la Fiscalía en el art. 39 letra h), podrán “sancionar a quienes dificulten, desvíen o eludan el ejercicio de las atribuciones de la Fiscalía; oculten información o que ésta sea falsa y a quienes no comparezcan a declarar sin justificación”¹⁷⁵.

A todas las anteriores modificaciones se suman otras también relevantes, que son:

- Sanción al llamado “*interlocking*”: la nueva letra d) del art. 3º establece esta circunstancia, al señalar que se considerarán como hechos, actos

¹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵ *Ibid.*

o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, la participación simultánea de una persona en cargos ejecutivos relevantes o de director en dos o más empresas competidoras entre sí, siempre que el grupo empresarial al que pertenezca cada una de las referidas empresas tenga ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro que excedan las cien mil unidades de fomento en el último año calendario. Y respecto de ello, se le da un plazo de noventa días corridos desde el término del año calendario en que fue superado el umbral, para recién materializar la infracción, si es que aún se mantuviere la participación simultánea en dichos cargos.

- Deber de información por una operación de concentración: la ley establece el deber de informar a la Fiscalía Nacional Económica cuando una o más empresas pretendan fusionarse o realizar operaciones de concentración, esto mediante un sistema de notificación previa cuando éstas superen ciertos umbrales definidos por la Fiscalía. Para lo cual se crea un procedimiento con un plazo de 30 días ampliables a 90 adicionales. Al respecto la Fiscalía podrá tomar optar por: 1. Aprobar la operación sin restricciones; 2. Aprobarla sujeta a condiciones o medidas de mitigación propuestas por las partes; o, 3. Prohibirla en caso que llevar a cabo esta operación reduzca sustancialmente la competencia. Es sólo respecto de este último caso que podrán, las partes respectivas, solicitar su revisión por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.¹⁷⁶
- Deber de información por adquisición de más de un 10% de empresa competidora: en este caso, el plazo para informar será dentro de 60 días, y en caso que existan infracciones a la ley, la Fiscalía podrá introducir un procedimiento pudiendo, en definitiva, aplicar sanciones.
- Posibilidad de indemnización a víctimas afectadas por infracciones a la libre competencia¹⁷⁷: en este caso, deberá el Tribunal de la Libre Competencia fijar las indemnizaciones en cada caso en particular. O sea, dictando el Tribunal una sentencia condenatoria ejecutoriada, se podrán presentar además, acciones colectivas o difusas, facilitando su interposición ante los tribunales ordinarios¹⁷⁸.

¹⁷⁶ LOS 3 PRINCIPALES CAMBIOS DE LA NUEVA LEY DE COMPETENCIA. Revista Libertad y Desarrollo. [en línea] Núm. 276, Septiembre 2016. p. 21

<https://app.vlex.com/#CL/search/jurisdiction:CL/interlocking/p3/CL/vid/649336133/graphical_version> [consulta 29 de mayo 2017]

¹⁷⁷ *Ibid.*

¹⁷⁸ AVILÉS, Jorge. Op. Cit. p.10

- Modificaciones al sistema de Delación Compensada: ésta institución, - como sabemos- busca la deserción “de al menos uno de los miembros del cartel, al cual se le ofrece una reducción o anulación total de la sanción a cambio de confesar su participación en el delito y entregar pruebas que permitan, en forma indiscutible, inculpar al resto de los miembros de la organización”¹⁷⁹.

La ley establece en este ámbito que estarán exentos de responsabilidad penal por el delito de colusión aquellas personas que primero hayan aportado a la Fiscalía Nacional Económica antecedentes sobre el acto colusivo¹⁸⁰. Esta circunstancia quedará establecida así en el requerimiento que realice la Fiscalía y será declarada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Pero, sólo obtendrá este beneficio quien, además, entregue los mismos antecedentes al Tribunal y preste declaración en calidad de testigo¹⁸¹.

Respecto de aquellos –dice la ley- que no sean los primeros en aportar antecedentes a la Fiscalía, se les rebajará la pena en un grado, pero esto siempre que no concurren circunstancias agravantes y, además, no les será aplicable el año de presidio efectivo que establece el artículo 62 inciso final, cuando comparezcan ante el Ministerio Público y el tribunal competente, y ratifiquen su declaración prestada ante la Fiscalía. “Salvo que el requerimiento de esta última involucre únicamente a dos competidores entre sí, y que uno de ellos tenga la calidad de acreedor del beneficio de exención de multa declarada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”¹⁸².

Luego, el mecanismo funcionará de manera que si una empresa participa en un acto colusivo se podrá eximir de la sanción de disolución de sociedades o personas jurídicas, además de reducir o eximir la multa a quienes aporten antecedentes a la Fiscalía de conformidad al artículo 39 bis, es decir, aquellos antecedentes precisos, veraces y comprobables que representen un aporte efectivo a la constitución de elementos de prueba suficientes para fundar un requerimiento ante el Tribunal, no divulguen la solicitud del beneficio hasta hecho el requerimiento al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, y pongan fin a su participación en el acto colusivo. Es decir, 1. El primero

¹⁷⁹ GONZÁLEZ, Aldo. Conceptos y aplicación de la Delación Compensada en la Persecución de los Carteles. *Revista En Foco*. [en línea] Núm. 100, Mayo 2007.

<http://www.expansiva.cl/media/en_foco/documentos/07052007121329.pdf> [consulta 28 de mayo 2017] p. 5

¹⁸⁰ AVILÉS, Jorge. Op. Cit. p.18

¹⁸¹ *Ibíd.*

¹⁸² *Ibíd.*

que entregue antecedentes según las características antedichas, podrá eximirse completamente de la sanción de disolución de la sociedad o de la totalidad de la multa; 2. Luego, el segundo que entregue antecedentes, podrá obtener la reducción de la multa, pero sólo en el caso que entregue antecedentes adicionales a los ya presentados. En este caso, la multa no excederá al 50% de la multa que le hubiere correspondido; y, 3. El tercero y los demás que entreguen antecedentes, no tendrán el beneficio de la delación compensada¹⁸³.

Este beneficio, con todo, no puede ser extensible a la indemnización de perjuicios (artículo 39 bis inciso final).

4.4.1 De las sanciones a la colusión y la determinación de su multa

En primer lugar, debemos hacer notar que, la figura del tipo penal ha sido detallada de manera más restrictiva y específica que su antecesora norma derogada el año 2003; en este sentido, el artículo 62 lo describe:

“El que celebre u ordene celebrar, ejecute u organice un acuerdo que involucre a dos más competidores entre sí, para fijar precios de venta o de compra de bienes o servicios en uno o más mercados; limitar su producción o provisión; dividir, asignar o repartir zonas o cuotas de mercado; o afectar el resultado de licitaciones realizadas por empresas públicas, privadas prestadoras de servicios públicos, u órganos públicos, será castigado (...)”

El cual establece, según su redacción, que para configurarse el tipo se exige dolo “y, adicionalmente, un elemento subjetivo del tipo, que en este caso sería celebrar o ejecutar un acuerdo “para”, por ejemplo, fijar precios”¹⁸⁴. De esta manera, sólo podríamos conformar el tipo penal con dolo directo y nunca con dolo eventual.

En este mismo ámbito, la ley eliminó la parte en la cual el acto colusivo debiera ser de aquellos que les confirieran poder de mercado a los competidores, abarcando todo tipo de acto colusorio, generaran con ello poder de mercado o no.

Respecto de las sanciones, en caso de configurarse el delito de colusión según lo señalamos, los infractores podrán ser condenados desde presidio menor en su grado máximo (que va de 3 años y un día hasta 5 años) a presidio mayor en su grado mínimo (desde 5 años y un día hasta 10 años). Pero, con la salvedad que

¹⁸³ Ibid.

¹⁸⁴ Ibid. p.15

aquellos que resultaren condenados siempre deberán cumplir al menos un año efectivo de privación de libertad, según lo establece el artículo 62 en su inciso final:

“Será aplicable lo previsto en la ley N°18.216, conforme a las reglas generales. Sin embargo, la ejecución de la respectiva pena sustitutiva quedará en suspenso por un año, tiempo durante el cual el condenado deberá cumplir en forma efectiva la pena privativa de libertad a la que fuere sancionado.”

Dicha norma encuentra su inspiración en la llamada Ley Emilia¹⁸⁵, la cual deja en suspenso por un año la aplicación de ley de penas sustitutivas a las penas restrictivas o privativas de libertad. Sin embargo, deberemos esperar a ver cómo se maneja en definitiva la aplicación de esta norma por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ya que el Tribunal Constitucional, en causa rol N°2983-2016, declaró la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de las normas en comento de la Ley Emilia.

Respecto de las penas accesorias, por otro lado, se establece en el art. 62 inciso 2° la inhabilitación absoluta temporal, en su grado máximo, para ejercer el cargo de director o gerente de una sociedad anónima abierta o sujeta a normas especiales, el cargo de director o gerente de empresas del Estado o en las que éste tenga participación, y el cargo de director o gerente de una asociación gremial o profesional. Este plazo será de cinco años contados desde que la sentencia definitiva se encuentre ejecutoriada.

Por último, para efectos de determinar las penas establecidas en los dos primeros incisos del artículo 62, el tribunal tomará en consideración:

1. Si no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes, el Tribunal puede recorrer toda la extensión de la pena.
2. Si concurren una o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante, el tribunal impondrá la pena en su grado inferior.
3. Si concurren una o más circunstancias agravantes y ninguna atenuante, la impondrá en su grado máximo.
4. Si concurren circunstancias atenuantes como agravantes, el Tribunal hará una compensación racional para la aplicación de la pena, o sea, graduando el valor de unas y otras, y también considerará la extensión del mal producido por el delito.
5. Y, además, el Tribunal no podrá imponer una pena mayor o menor al marco fijado por la ley, salvo que procedan las circunstancias establecidas en los artículos 51 a 54 del Código Penal.

¹⁸⁵ *Ibíd.*

Finalmente, y sólo a modo de antecedente que será importante discutir por la doctrina nacional, es el establecimiento de la prescripción de la acción penal. Ésta, según la ley, prescribe en el plazo de diez años desde que la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal de la Libre Competencia se encuentra ejecutoriada. Sin embargo, la misma ley establece que el Fiscal Nacional Económico tendrá sólo el plazo de 6 meses desde que dicha sentencia condenatoria se encuentre ejecutoriada para ejercer dicha acción, por lo que cabe preguntarnos cuál es el verdadero sentido de establecer un plazo de diez años de prescripción, cuando el único organismo facultado para impetrar la correspondiente querrela criminal, es la misma que sólo tiene el plazo de seis meses para poder intentarla.

CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo hemos admitido que en el desarrollo de una política criminal respecto de las prácticas denominadas anticompetitivas, hemos venido sosteniendo una serie de tropiezos que han provocado que, en definitiva, las multas y las demás sanciones contempladas por el legislador, no han sido motivo suficiente para que las personas jurídicas se hayan visto disuadidas de seguir cometiéndolas. Muy por el contrario, hemos estimado que ellas se han seguido sucediendo en el tiempo y muy lamentablemente, cada vez en una escala mayor de daño directo a la sociedad.

Hemos visto que el antiguo adagio “societas delinquere non potest” no sólo ha caído en la obsolescencia sino que, hoy en día, es impracticable para los fines que se propone el derecho penal económico para evitar las conductas dañosas.

La investigación del derecho comparado nos ha ayudado a comprender de mejor manera cómo es que los países con más historia en este ámbito han llevado a cabo el manejo de estas prácticas y sus sanciones, en especial en países como Alemania e Italia que, se ha superado –en buena medida- el obstáculo dogmático representado por el principio *nulla poena sine culpa*, construyendo un modelo paralelo de culpabilidad típico a la persona jurídica; o interpretando el principio de la personalidad de modo a no excluir la responsabilidad de la agrupación. En seguida, se mantiene firmemente el principio de *societas delinquere non potest* y se refuerzan los modelos extra penales de corresponsabilidad ya existentes en el sistema.

Su proyección en el ámbito jurídico ha influido de manera evidente en lo que es nuestra legislación actual, la que se ha ido adecuando según lo que llamamos una suerte de “ensayo y error” durante las últimas dos décadas en nuestro país.

Vimos, respecto de las sanciones, la multa como estandarte principal como sanción en nuestro país –dejando aparte por supuesto aquellas sanciones de carácter penal que ya existían para el lavado de dinero, el financiamiento del terrorismo y el cohecho a funcionario público nacional y/o extranjero-, ésta resultaba insuficiente en la manera que estaba planteada para evitar la reincidencia. Si bien, existen y existían otros tipos de sanciones complementarias a ésta, es innegable que ni aún en forma conjunta cumplían con los fines buscados.

Es por esto que el legislador crea en definitiva la ley N°20.945 de 2016, como un intento más en la lucha contra las prácticas anticompetitivas y, muy especialmente, contra los *trust*, los que se han venido descubriendo desde algunos años gracias a la labor investigativa de la Fiscalía Nacional Económica.

Queda por ver, sin embargo, en un futuro cómo esta nueva ley logra cumplir con esos objetivos, para de esta manera incidir decisivamente en la política de la empresa y evitar las prácticas anticompetitivas que ellas generan.

BIBLIOGRAFÍA

1. ALBANESE, Jay S. White Collar Crime in America. Prentice Hall, Inc. New Jersey, United States, 1995.
2. AVILÉS, Jorge. Principales cambios realizados por la nueva ley. Serie Informe Legislativo. [en línea] Núm. 44. Abril, 2017. <https://app.vlex.com/#CL/vid/678110049/graphical_version> [consulta 29 de mayo 2017]
3. BAUCCELLS LLADÓS, Joan. Sistema de penas para el delincuente económico. Cuadernos de Política Criminal N°107, II, Época II, octubre 2012.
4. BAJO FERNANDEZ, Miguel. Derecho penal económico, aplicado a la actividad empresarial. Editorial Civitas. Madrid, 1978. - La delincuencia económica. Un enfoque criminológico y política criminal [en línea]. España: Universidad de

- Salamanca. Disponible en internet: <<http://www.bajo-trallero.es/publicacion/LaDelincuenciaEconomica.pdf>> [consulta 26 de Mayo]
5. BERNEDO, Patricio. Historia de la Libre Competencia en Chile: 1959-2010. [en línea] Santiago, Chile. Fiscalía Nacional Económica. 2013. [consulta 3 de mayo 2017] <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2013/11/Historia_libre_competencia.pdf>
 6. CERVINI, Raúl. Derecho Penal Económico: Concepto y Bien Jurídico. [en línea] Uruguay. Abril, 2003. Disponible en internet: <http://www.fder.edu.uy/contenido/penal/cervini_derecho-penal-economico.pdf> [Consulta 28 Junio 2016]
 7. DEL RÍO, Raimundo. Concepto del delito económico. Revista de Derecho N°64, año XVI, Abr-Jun 1948. Universidad de Concepción.
 8. DESPORTES, Frédéric y LE GUNEHEC, Francis. Las penas aplicables a las personas jurídicas. [en línea] Suiza, 1997. Disponible en internet: <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1997_14.pdf> [Consulta 13 de Septiembre 2016]
 9. DU PUIT Joseph. La pena de multa. [en línea] Anuario Derecho Penal 1997-1998. Disponible en Internet <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1997_07.pdf.p.2> [Consultado 10 Junio 2016]
 10. FERNÁNDEZ, Juan Eduardo. Poderes Públicos y derecho de la Competencia. [en línea] Universidad Católica de Temuco, 2008. Disponible en internet: <<http://scribd.com/doc/22495153>> [consulta 20 de diciembre 2016]
 11. FUENTES, Adrián. Parámetros Internacionales para la aplicación de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile. Revista Nomos Universidad de Viña del Mar [en línea] N° 2, 2008. [consulta 19 de marzo 2017] <https://app.vlex.com/#CL/search/jurisdiction:CL/convención+cohecho+ocde/CL/vid/336722170/graphical_version>
 12. GARRIDO MONTT, Mario. Derecho Penal Parte General Tomo I. [en línea] Editorial Jurídica de Chile. Chile, 2010. Disponible en Internet: <https://app.vlex.com/?r=true#CL/search/jurisdiction:CL/la+pena+su+naturaleza+y+efectos/CL/vid/275058959/graphical_version> [consulta 1 de junio 2016]
 13. GEIS, Gilbert. White Collar crime and corporate crime. Pearson, Prentice Hall. New Jersey, 2007.
 14. GONZÁLEZ, Aldo. Conceptos y aplicación de la Delación Compensada en la Persecución de los Carteles. Revista En Foco. [en línea] Núm. 100, Mayo 2007. <http://www.expansiva.cl/media/en_foco/documentos/07052007121329.pdf> [consulta 28 de mayo 2017]

15. HEINE, Günter. La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales. [en línea]. Disponible en internet: <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1996_04.pdf> [consulta 25 Mayo 2016]
16. HERNÁNDEZ, Héctor. La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile. Política Criminal. [en línea] Julio, 2010. <http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A5.pdf> [consulta 21 de noviembre 2016]
17. JAÉN, Manuel. Cuestiones actuales del Derecho Penal Económico. Ed. Ad-Hoc. 1º ed., Buenos Aires, 2004.
18. JESCHECK. El derecho penal económico alemán. Cuadernos de los institutos, núm. 74, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1963.
19. KOVACIC, William y SHAPIRO, Carl. Antitrust Policy: A century of Economic and Legal Thinking. Competition Policy Center. University of California, Berkeley. [en línea] 1999. Disponible en internet: <<http://escholarship.org/uc/item/5zb4g387>> [Consulta 11 de septiembre 2016]
20. LOUIS, Jurgen y WASSMER, Martin Paul. Sistemas penales comparados. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Revista Penal [en línea] España, 1998-2010. <<http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/275/265>> [Consulta 17 de julio 2016]
21. MATUS, Jean Pierre. Presente y futuro de la responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus directivos y empleados. En su: Derecho penal, criminología y política criminal en el cambio de siglo. Santiago, Chile. 2011.
22. MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. Anotaciones sobre el Derecho Antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica. En "CEDEC III". Colección Seminarios 10. Javegraf, Reimpresión, Bogotá, 2002.
23. MIRANDA LONDOÑO, Alfonso y GUTIERREZ RODRIGUEZ, Juan. Historia del derecho de la competencia. Orígenes y evolución en Estados Unidos, la Unión Europea y América Latina. Revista Boliviana de Derecho [en línea] núm.3, 2007. Disponible en internet: <<http://www.redalyc.org/pdf/4275/427539903013.pdf>> [consulta 10 de septiembre 2016]
24. MONSALVE, Sergio. Derecho Penal de los Poderosos. Derecho Penal Moderno, Relaciones entre el Delito de Cuello Blanco y la Expansión del Derecho Penal. Ed. Metropolitana. Santiago, 2009.

25. MORALES, Diego y KREFT, Tomás. Análisis de la jurisprudencia del tribunal de defensa de la libre competencia: Sentencias Nº 1-98. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Profesor guía: Francisco Agüero Vargas. Santiago, Chile. Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Económico, Universidad de Chile. 2013. 798 h.
26. MUSCO, Enzo. Responsabilidad penal de las entidades colectivas. Revista Penal [en línea] España, Nº13, 2004. <<http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/195/189>> [Consulta 17 de julio 2016]
27. OTTO, H. Reschtsgutsbegriff Und Deliktsatbestand, en Strafrech-tdogmatik und Kriminalpolitik, Köln, Carl H. Verlag. 1971.
28. PALIERO, Carlo Enrico. Problemas y perspectivas de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho italiano. [en línea] Suiza, 1996. Disponible en internet: <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1996_05.pdf> [Consulta 12 de Septiembre 2016]
29. POELEMANS, Maiténa. Responsabilidad penal de las personas jurídicas: El caso Francés. [en línea] España, 2014. Disponible en internet: <<http://www.ehu.eus/documents/1736829/3498354/06-maitena+poelemans+p.pdf>> [Consulta 2 de Octubre 2016]
30. RAMIREZ, Jorge y VINAGRE, Antonia. La corrupción: Chile y el mundo. Revista Serie Informe Sociedad y Política. [en línea] Núm.157, Enero 2017. Disponible en línea: <https://app.vlex.com/#CL/search/jurisdiction:CL+content_type:4/corrupcion+en+chile/CL/vid/648728741/graphical_version> [consulta: 15 de marzo 2017]
31. RIGHI, Esteban. Derecho Penal Económico Comparado. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1991.
32. RODRIGUEZ COLLAO, Luis. La corrupción como fenómeno jurídico. En su: Delitos contra la función pública. Editorial Jurídica de Chile, 2da edición. Santiago, 2011. - Los principios rectores del derecho penal y su proyección en el campo de las circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal. Revista de Derechos Fundamentales. Núm. 8. Chile. Julio, 2012 [En línea] Disponible en internet: <http://app.vlex.com/#CL/search/jurisdiction:CL+content_type:4/non+bis+in+idem+derecho+penal/CL/vid/456818882> [consulta 28 Mayo 2016]
33. SUTHERLAND, Edwin. White-Collar Criminality [en línea]. American Sociological Review, 1940. Volume 5, Number 1. Disponible en internet: <http://www.asanet.org/about/presidents/Edwin_Sutherland.cfm>

34. TERRADILLOS BASOCO, Juan. Derecho penal de la empresa. Editorial Trotta. Madrid, 1995. - Empresa y Derecho Penal. Editorial AD-HOC. Buenos Aires, 2001.
35. TIEDEMANN, Klaus. Poder Económico y Delito. 1º ed. Barcelona, ed. Ariel, 1985. - El concepto de derecho económico, de derecho penal económico y de delito económico. Revista Chilena de Derecho Vol.10, Nº1, Abr. 1983.
36. VILLEGAS, Jaime. Monopolio y Competencia. Las leyes antitrust de los Estados Unidos, base de la libertad económica. Editorial Librería Jurídica, Madrid, 1970.
37. WERGET, Samuel. El concepto de delito económico para las Ciencias Penales, en Cuadernos de Ciencias penales de Guatemala, Editorial Galkir, 1972.
38. WITKER, Jorge. Derecho de la Competencia en América, Canadá, Chile, Estados Unidos y México. Fondo de Cultura Económica, Chile, 2000.

OTROS DOCUMENTOS

1. ACNUR. Cuadro de los Estados Americanos Partes de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos. [en línea] 2015. [consulta 30 de marzo 2017] Disponible en línea: <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9505.pdf?view=1>>
2. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Realidad nacional del crimen organizado transnacional. [en línea] Santiago, Chile. 2011. [consulta 30 de marzo 2017] Disponible en línea: <http://transparencia.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/13620/1/93653_BCINFORME_GRID_22-11-2011_JJ_REALIDAD-NACIONAL.doc>
3. CHILE. Ministerio de Hacienda. Ley Nº 13.305. Reajusta las remuneraciones de todos los empleados que prestan servicios en Chile, suplementa el presupuesto de la Nación, establece nueva unidad monetaria, concede facultades extraordinarias al Presidente de la República y modifica las leyes que señala. [en línea] Disponible en Biblioteca del Congreso Nacional. <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=27399&tipoVersion=0>> <visitado el 08-01-2017>
4. CHILE. Historia de la ley: Ley Nº 19.911 (Diario Oficial, 14 de noviembre, 2003): Crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Santiago, Chile, Biblioteca del Congreso Nacional, 2003. 669 páginas.
5. CHILE. Corte Suprema. Rol 4332-2005 (Civil) Philip Morris con Chiletabacos. Libro Civil, Folio 838. 10-01-2005 [en línea]. Disponible en Poder Judicial

- <<http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>>
(visitado el 12-02-2017)
6. CHILE. Corte Suprema. Rol 1339-2012 (Civil) Philip Morris con Chiletabacos. Libro Civil, Folio 49440. 25-07-2013 [en línea]. Disponible en Poder Judicial <<http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>> (visitado 12-02-2017)
 7. CHILE. Corte Suprema. Rol 4052-2007 (Civil) Fiscalía Nacional Económica con Isapre ING S.A y otros. Libro Civil, Folio 2782. 28-01-2008 [en línea]. Disponible en Poder Judicial <<http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>> (visitado 12-02-2017)
 8. CHILE. Requerimiento C-184-08, Rango foja 12-52. Fecha de ingreso al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia: 10/12/2008. Disponible en internet:
http://consultas.tdlc.cl/amilex_PORTAL/Web/Portal/LEX_POR_ExpedienteCausa.aspx?q=qwwwEXYDPdGeq/+h7eqnh3cagbscN54G9eOAPunCJCgUaaFczx2hyCTF8bJCAp4Ra/1Zdk6WdftqfIEeQMujvC38o2SWWixV5azhvgAlo0rLFafVy8F7g2biovYDh9sr
 9. CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Rol 184-2008 (Contencioso) Fiscalía Nacional Económica con Farmacias Ahumada S.A y otros. Foja 8386-8719. 31-01-2012 [en línea]. Disponible en internet: <http://consultas.tdlc.cl/amilex_PORTAL/Web/Portal/LEX_POR_ExpedienteCausa.aspx?q=qwwwEXYDPdGeq/+h7eqnh3cagbscN54G9eOAPunCJCgUaaFczx2hyCTF8bJCAp4Ra/1Zdk6WdftqfIEeQMujvC38o2SWWixV5azhvgAlo0rLFafVy8F7g2biovYDh9sr> (visitado 12-02-2017)
 10. CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. Decreto No. 375. Promulga la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. [en línea]. Disponible en Biblioteca del Congreso Nacional, leyes más solicitadas. <<http://www.bcn.cl>> visitado el 15-03-2017.
 11. CHILE. Código Penal. Chile. Ley No. 20.830. [en línea]. Disponible en Biblioteca del Congreso Nacional. <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1984>> visitado el 25-05-16.
 12. EEUU. Federal Trade Commission. The Antitrust Laws [en línea]. Disponible en: <<https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/antitrust-laws>> visitado el 10-09-2016.
 13. EEUU. Federal Trade Commission. The Antitrust Laws [en línea]. Disponible en: <<https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/antitrust-laws>> visitado el 10-09-2016.

14. EEUU. Supreme Court (22 de junio de 1988) Sentencia BRASWELL v. US, 487 US. 99,115, cit. por STRADER, J. Nelly. Understanding white collar crime. Lexis Nexis, United States, 2002.
15. ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Sentencia 157/2000, de 12 de junio. (Recurso de amparo negación de utilización de medios de prueba). [En línea] Disponible en internet: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/4141>> (visitado 30-04-2017)
16. ESPAÑA. Tribunal Supremo. Sala de lo Militar. Sentencia 19/2017, de 14 de febrero. (Recurso contencioso-disciplinario militar, principio de inocencia). [En línea] Disponible en internet: <<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7946247&links=potestad%20sancionadora%20de%20la%20Administración%20los%20principios%20informadores%20del%20Derecho%20Penal&optimize=20170228&publicinterface=true>> (visitado 30-04-2017)
17. LOS 3 PRINCIPALES CAMBIOS DE LA NUEVA LEY DE COMPETENCIA. Revista Libertad y Desarrollo. [en línea] Núm. 276, Septiembre 2016. <https://app.vlex.com/#CL/search/jurisdiction:CL/interlocking/p3/CL/vid/649336133/graphical_version> [consulta 29 de mayo 2017]
18. MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES. Convención para combatir el Cohecho-OCDE. [en línea] Chile. [consulta: 16 de agosto 2016] <<http://www.minrel.gob.cl/minrel/site/artic/20091230/pags/20091230075800.html>>
19. OCDE. CHILE: Follow-up to the phase 3 report & recommendations. [en línea] Mayo 2016. Disponible en internet: <<https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/CHILE-Phase-3-Written-Follow-Up-Report-ENG.pdf>> [consulta: 30 de abril 2017]
20. UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. [en línea] 2017. [consulta 30 de marzo 2017] Disponible en línea: <<http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>>
21. UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. Prevención del delito y justicia penal: marco legal. [en línea] 2017. [consulta 30 de marzo 2017] Disponible en línea: <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/es/crime/marco-legal.html>>

