



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Ciencias Penales

**“LA LEGITIMIDAD DE LA CRIMINALIZACIÓN DE LA COLUSIÓN A LA LUZ DEL  
PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN REFERENCIA AL ARTÍCULO 62 DEL DL  
N° 211”**

Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

JOAQUÍN ROJAS-MAY CARRASCO

19.656.304-0

Profesor Guía: DR. LAUTARO CONTRERAS C.

SANTIAGO

2018



*A Paula, a Gonzalo.*



## Resumen

La criminalización de la colusión fue una respuesta legislativa a la demostrada insuficiencia preventiva ofrecida por el DL N° 211. En este trabajo se analiza la legitimidad de la criminalización de la colusión a la luz del principio de proporcionalidad, sometiendo sus normas de comportamiento y su norma de sanción a un *test* para verificar la satisfacción de dicho principio. Para ello, se ofrecen ciertas herramientas históricas y dogmáticas a efectos de poder realizar un análisis global del fenómeno de la colusión y de la decisión legislativa de su criminalización. Se concluye que la criminalización de la colusión es legítima desde la óptica del principio de proporcionalidad constitucional, y se ofrecen algunas consideraciones finales acerca de otras medidas idóneas para prevenir y sancionar conductas colusivas.

Palabras clave: colusión – principio de proporcionalidad – norma de comportamiento – norma de sanción





I.	INTRODUCCIÓN	4
1.	Objeto de la investigación	8
2.	Finalidad de la investigación	8
3.	Metodología de la investigación	9
4.	Estructura de la investigación	9
II.	MARCO REGULATORIO	10
1.	Introducción al fenómeno de la colusión en sentido amplio	10
2.	Nociones elementales sobre el <i>monopolio</i> : definiciones nominales y reales	16
a)	Monopolio: una definición nominal	16
b)	Monopolio: una definición real	18
3.	Marco regulatorio en Chile	19
a)	Legislación en Chile 1959-1973: la Ley N° 13.305	19
b)	Legislación en Chile 1973-2003: origen y aplicación del DL N° 211	26
c)	Legislación en Chile 2003-2016: el fin de las sanciones penales	29
d)	Legislación vigente en Chile: artículo 62 del DL N° 211	31
III.	NORMAS DE COMPORTAMIENTO Y NORMAS DE SANCIÓN	34
1.	Introducción a las normas de comportamiento como normas de prohibición o de requerimiento	34
2.	Introducción a las normas de sanción	37
3.	Las normas de comportamiento y la norma de sanción en la tipificación del nuevo delito de colusión en el DL N° 211	39
a)	Las normas de comportamiento en la tipificación del nuevo delito de colusión en el DL N° 211	39
b)	La norma de sanción en la tipificación del nuevo delito de colusión en el DL N° 211	42
IV.	EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	43
1.	El principio de proporcionalidad constitucional: nociones generales	43
2.	Referencia a mecanismos de legitimación de sanciones penales	44
3.	El principio de proporcionalidad como mecanismo de legitimación de la sanción penal: origen, concepto y contenido	46
a)	El origen del principio de proporcionalidad	46
b)	Conceptualización contemporánea del principio de proporcionalidad	47
aa)	Subprincipio del fin legítimo	50
bb)	Subprincipio de la idoneidad	51
cc)	Subprincipio de la necesidad	52
dd)	Subprincipio de la proporcionalidad en sentido estricto	54
4.	El principio de proporcionalidad en el derecho constitucional chileno	56
V.	EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD APLICADO AL ARTÍCULO 62 DEL DL N° 211	59
1.	Principio de proporcionalidad en las normas de conducta	59

a)	En cuanto al fin legítimo en las normas de conducta	59
b)	En cuanto a la idoneidad en las normas de conducta	62
c)	En cuanto a la necesidad en las normas de conducta	63
d)	En cuanto a la proporcionalidad en sentido estricto en las normas de conducta	65
2.	Principio de proporcionalidad en la norma de sanción	66
a)	En cuanto al fin legítimo en la norma de sanción	66
b)	En cuanto a la idoneidad en la norma de sanción	70
c)	En cuanto a la necesidad en la norma de sanción	72
d)	En cuanto a la proporcionalidad en sentido estricto en la norma de sanción	75
VI.	CONCLUSIONES	80
VII.	BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA	82
VIII.	JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA, JUDICIAL Y CONSTITUCIONAL CITADA	92
IX.	OTRAS REFERENCIAS	93

## I. INTRODUCCIÓN

De un tiempo a esta parte, en Chile se ha puesto de relieve la necesidad de revisar el sistema de sanciones penales que ha sido previsto por nuestro legislador para la familia de delitos que al interior de la ciencia penal ha sido descrita como la de los *delitos económicos*, los cuales forman parte, a su vez, de lo que la doctrina ha llamado “derecho penal económico”.<sup>1</sup>

Una mirada a la evolución sistemática de la legislación penal chilena desde la promulgación de nuestro Código Penal, en 1874, tendría que bastar para advertir con meridiana claridad la disímil avidez con la que el legislador ha tratado distintas familias delictivas, modificando con cierta periodicidad y especial entusiasmo los delitos que constituyen algunas de estas. Un ejemplo de lo anterior es el tratamiento que ha recibido buena parte de la familia de los delitos contra la propiedad, siendo objeto de sucesivas ampliaciones del alcance de algunos tipos penales, aumentando sus penas y/o adelantando la punibilidad. Por otra parte, se ha omitido modificar y derogar delitos que parte de la doctrina ha descrito, no sin intención peyorativa, como *arcaicos*,<sup>2</sup> y, finalmente, ha obviado modernizar algunos sistemas de delitos,

---

<sup>1</sup> No hay acuerdo doctrinario sobre el concepto del ‘derecho penal económico’ (véase TIEDEMANN, K. *Derecho Penal Económico*. Introducción y parte general Lima, Grijley, 2009, p. 9), en su famosa obra, *Derecho Penal Económico*, Klaus Tiedemann señala que sería posible distinguir al menos cuatro posiciones distintas, fundadas en regulaciones legales y en consideraciones ideológicas acerca de su objeto y contenido. De esta manera, algunos autores han sostenido que se trata de delitos patrimoniales puros con complejidades procesales de carácter probatorio. Otros, desde una perspectiva criminológica, han señalado que lo que tienen en común los delitos económicos son, por una parte, las repercusiones de la comisión de estos delitos (en la economía nacional, por ejemplo) y el abuso de la confianza en el tráfico económico y, por otra, en algunas particularidades que exhibirían los potenciales autores de estos delitos (lo que encontraría correspondencia en la dogmática penal si se considera que un número estadísticamente relevante de estos delitos se correspondería con *delitos especiales*). Un tercer grupo de autores define este concepto desde la dogmática jurídica, asociando el derecho penal económico a un conjunto de tipos delictivos que protegen bienes jurídicos supraindividuales. Por último, una última corriente señala que lo característico de estos delitos es su objeto de protección: los instrumentos del tráfico económico. (TIEDEMANN, K. *op. cit.* en n. 1, pp. 70-77).

<sup>2</sup> Sostiene GUZMÁN DALBORA que se trata de delitos residuales de épocas, costumbres y sistemas sociales antiguos que ya no conservan puntos de contacto con la organización social vigente: son anacrónicos por su radical desconexión histórica, razón por la que su punibilidad es regresiva. Identifica como ejemplos en Chile la punibilidad de la sodomía en los términos del artículo 365 del Código Penal chileno y la punibilidad de todas las formas de aborto consentido por la mujer embarazada en los términos de los artículos 342 n° 3, 344 y 345 del mismo cuerpo legal. Véase GUZMÁN DÁLBOLRA, J.L. “Aborto: delito arcaico, punibilidad regresiva y explotación social”, *Revista de Estudios de la Justicia* n° 17, 2012, p. 21.

como fue hasta finales del siglo XX el caso de los delitos económicos<sup>3</sup> (las razones políticas e históricas, además de las jurídicas, que pudieran subyacer a esta evidente despreocupación y abandono por parte del legislador es una cuestión del más alto interés que este trabajo no alcanzará a abordar), existiendo todavía importantes *deudas*<sup>4</sup> en esta materia con el resto del ordenamiento: es necesaria una actualización consciente —luego de un proceso de reflexión pausado y profundo— que se haga cargo, por lo pronto, de revisar el catálogo de penas asociadas a la actividad delictiva *económica*.

Entre las múltiples excusas que se pudieren esgrimir para explicar una carencia de esta naturaleza, no puede dejar de llamar la atención una que, antes que excusa, puede ser ofrecida como una explicación asociada al modelo jurídico-penal que nuestro legislador ha hecho suyo desde hace ya varias décadas<sup>5</sup>. Ello no debiera resultar sorprendente, pues la doctrina ha revelado que para nadie es un misterio la crisis en la que están sumidos los modelos de intervención penal herederos del “buen y viejo derecho penal liberal”. Los modelos contemporáneos han evolucionado rápida y continuamente hacia nuevas direcciones que exceden los marcos del mismo, dejando atrás una serie de principios asociados tradicionalmente al *garantismo*. Las razones que explicarían la transición a nuevos paradigmas son variadas. Así, el protagonismo que ha tenido durante el último siglo la delincuencia clásica,<sup>6</sup> acompañada por correlativos sentimientos colectivos de miedo, inseguridad y de preocupación por *esa* delincuencia como un problema del que deben hacerse cargo con especial ímpetu los gobiernos y el Congreso; la consolidación de la víctima (real o, incluso, potencial) como una interviniente cuyas demandas son tomadas en consideración con desmedido entusiasmo para guiar el debate político-criminal;<sup>7</sup>

---

<sup>3</sup> Véase HERNÁNDEZ, H. “Perspectivas del derecho penal económico en Chile”, *Persona y sociedad*, Vol. XIX, n° 1, 2005, p. 101.

<sup>4</sup> El más grave ejemplo de *deuda* en este sentido es, con toda probabilidad, que nuestro ordenamiento jurídico no contemple un delito genérico de administración desleal, lo que, desde la introducción del sistema de AFP (Administradoras de Fondos de Pensiones) a través del DL 3.500 de 1980, tendría que resultar especialmente escalofriante para cualquier persona laboralmente activa, pues esa carencia legislativa se puede traducir en que las AFP puedan disponer de las futuras pensiones mediante una administración desleal. Tal es la envergadura de (algunas de) las deficiencias de nuestro ordenamiento.

<sup>5</sup> Véase HERNÁNDEZ, H. *op. cit.* en n. 3, pp. 105-108.

<sup>6</sup> Esto es, “*la que gira en torno a los delitos contra intereses individuales, especialmente los de la vida e integridad y propiedad, y libertad en sus diversas facetas*”, en palabras de DÍEZ RIPOLLÉS. Al respecto, véase DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n° 06-03, 2004, p. 03:06.

<sup>7</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *op. cit.* en n. 6, pp. 03:09-03:10. Sobre este fenómeno, véanse especialmente HASSEMER, W. & MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la criminología y a la política criminal*. Valencia,

o el populismo de los políticos y la tendencia a legislar a partir de casos particulares para responder a necesidades inmediatas<sup>8</sup> son solo algunas de las razones que la doctrina ha detectado para explicar esta transformación.

Si lo anterior es cierto, entonces el primer fenómeno se deja explicar: la obstinada y periódica introducción de modificaciones a la regulación de ciertos grupos específicos de delitos y la relegación al olvido de tantos otros no son sino sintomáticos de la mutación en el paradigma político-criminal dentro del cual el legislador hoy está operando. Y es justamente la tendencia – estructural, en este punto– a legislar a partir de casos específicos (lo que, por cierto, no necesariamente significa que el fruto de tal ejercicio legislativo vaya a ser deficiente) la que ha vuelto a traer a la palestra y a la agenda legislativa la discusión sobre un conjunto de delitos que permitiría ser etiquetado como el de los *delitos económicos*. De un esfuerzo legislativo que, precisamente, pretende hacerse cargo de un delito perteneciente a esta familia delictiva es que trata este trabajo: a saber, de la criminalización de la colusión.

No hay dudas en cuanto a que las sanciones penales son las más gravosas que contemplan los ordenamientos jurídicos, razón suficiente como para que tradicionalmente se haya pretendido reservar el reproche jurídico-penal solo para conductas respecto de las cuales se hubiere considerado, al momento de legislar, que indudablemente han sido merecedoras de sanciones de esta naturaleza.<sup>9</sup> Si acaso ese esfuerzo ha sido adecuadamente reflejado en la legislación vigente en Chile es una pregunta que requeriría, para ser respondida, esfuerzos que exceden las respuestas que pretende ofrecer este trabajo.

Los límites a las sanciones penales han sido objeto de la mayor preocupación para los autores que se identifican como herederos de la tradición del derecho penal liberal –quienes han hecho invaluable aporte en esta materia–, no pudiendo resultar casual que en el vertiginoso tránsito hacia nuevos paradigmas haya vuelto a cobrar relevancia la discusión acerca de la *cuestión*

---

Tirant lo Blanch, 2012, pp. 137-158; BOVINO, A. *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998, pp. 87-118.

<sup>8</sup> En Chile el último fenómeno es evidente. Como botón de muestra, considérese cómo en la discusión política y mediática hay leyes que son llamadas por el nombre de las personas naturales que *inspiraron* la legislación en uno u otro caso, v. gr., “Ley Emilia” (Ley N° 20.770), “Ley Zamudio” (Ley N° 20.609) o “Ley Cholito” (Ley N° 21.020).

<sup>9</sup> GREEN, S.P. *Lying, Cheating, and Stealing*. Oxford and New York, Oxford University Press, 2010, p. 1.

*sancionatoria* asociada a proyectos de ley como este, enmarcados en el contexto de lo que la doctrina ha llamado *la expansión del derecho penal*.<sup>10</sup> Es por ello que se recurrirá a una herramienta plenamente funcional a los modelos que han surgido de la tradición liberal del derecho penal para responder a la pregunta sobre la legitimidad de las penas previstas para quienes incumplan las normas de comportamiento que pudieren extraerse del “tipo penal de la colusión”, a saber, el principio de proporcionalidad, el cual ha sido descrito por el Tribunal Constitucional alemán del siguiente modo:

*De acuerdo con las exigencias de la prohibición de exceso, la limitación del derecho fundamental que aquí entra en consideración debe ser idónea para la protección eficaz del bien jurídico. Esa limitación debe ser además necesaria, lo que no sucederá cuando existan alternativas de actuación más suaves. Finalmente, la limitación debe ser proporcionada en sentido estricto, lo que significa que se encuentre en una relación razonable con la importancia y el significado del derecho fundamental.*<sup>11</sup>

Como en todo tipo penal, en la tipificación del delito de colusión se pueden identificar normas de conducta y normas de sanción, todas las cuales restringen derechos.<sup>12</sup> Una correcta comprensión del principio de proporcionalidad se traducirá en que la tipificación de un delito solamente estará legitimada en la medida en que se verifiquen los requisitos que este principio impone para la específica afección de derechos tanto por la norma de comportamiento como por la norma de sanción.

---

<sup>10</sup> Véase HERNÁNDEZ, H. *op. cit.* en n. 3, p. 105.

<sup>11</sup> BverfGE 67, 157 (173), en: KLUTH, W. “Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad en derecho alemán”, Cuadernos de Derecho Público, n° 5, 1998, p. 226.

<sup>12</sup> Como se verá extensamente más adelante, las normas de comportamiento pueden prohibir o requerir de sus destinatarios ciertas acciones u omisiones que, de no existir la norma, podrían libremente elegir omitir o ejecutar, respectivamente. Si la norma de comportamiento es quebrantada (imputablemente), quien la quebrante estará sujeto a la imposición de una sanción que, nuevamente, limitará (a lo menos) la libertad, *lato sensu* de quien padezca el castigo.

## 1. OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN

El objeto de esta tesis es el artículo del artículo 62 del DL 211, introducido a dicho decreto ley por la Ley 20.945, el cual reza como sigue:

*Artículo 62º.- El que celebre u ordene celebrar, ejecute u organice un acuerdo que involucre a dos o 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 con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.*

Esta investigación muestra algunas de las implicancias, desde el punto de vista de la dogmática penal, de la criminalización de la colusión, y evidenciará si acaso sería esta compatible con uno de los principios insoslayables en el contexto de nuestra realidad jurídico-penal contemporánea, cual es el principio de proporcionalidad.

## 2. FINALIDAD DE LA INVESTIGACIÓN

La criminalización de la colusión se trata de una cuestión que, en atención a múltiples y variadas aristas, genera el más alto interés. Sin embargo, la discusión doctrinaria en Chile en lo que respecta a este tipo en particular no ha sido especialmente fértil. Es por eso que a través de esta investigación se ha pretendido responder a una pregunta fundamental, asociada a uno de los principios que contemporáneamente irrigan el derecho penal: ¿se ve satisfecho el principio de proporcionalidad tanto en las normas de conducta como en la norma de sanción que contempla el artículo 62 del DL 211 a este respecto?

Esta investigación se justifica atendida la incuestionable vigencia del objeto sobre el que recae, pues la ley que ha introducido el delito de colusión es todavía muy reciente, pero también porque es imprescindible cuestionar constantemente la expansión del derecho penal y si acaso

es la herramienta más adecuada para hacer frente a determinados fenómenos sociales percibidos generalmente como indeseados. El principio de proporcionalidad es, justamente, un instrumento crítico adecuado para esta misión. Luego, se trata de una perspectiva desde la cual puede resultar interesante abordar la pregunta, pues no solo es más amplia que otras a las que tradicionalmente se ha recurrido para responderla, como la teoría del bien jurídico (latamente tratada en las últimas décadas en relación a la criminalización de delitos contra bienes jurídicos colectivos y –sostienen algunos autores– superada por el principio de proporcionalidad para alcanzar este propósito), sino que además permitirá hacerse una idea sobre la legitimidad de las sanciones penales asociadas a otros tipos delictivos que han surgido en el marco de lo que en doctrina se conoce como “la expansión del derecho penal” o “la modernización del derecho penal”, sin perjuicio de que esta sea una cuestión radicalmente accesoria al objeto de este trabajo y respecto de la cual no se arrojarán sino algunas luces.

### **3. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN**

La finalidad de esta investigación fue alcanzada sometiendo las normas de comportamiento y de sanción asociadas al delito de colusión en los términos que sugiere el artículo 62 del DL 211 a un análisis dogmático, de la mano de la mejor formulación posible del principio de proporcionalidad en materia penal, para lo cual se ha consultado bibliografía especializada estadounidense e hispanoamericana, en castellano y en inglés.

### **4. ESTRUCTURA GENERAL DE LA INVESTIGACIÓN**

Este trabajo está diseñado de manera tal que el tratamiento de cada tema sea funcional al adecuado entendimiento de los siguientes. De este modo, la primera parte estará orientada a describir el fenómeno de la colusión como uno con aceptación en la historia económica contemporánea y que solo entrado el siglo XX fue percibido como una práctica económica merecedora de reproche jurídico. Solamente con el surgimiento y consolidación de específicas estructuras económicas se consideró que existían bienes jurídicos que proteger a través de la tipificación de este delito. De esta manera, la creciente complejidad de los sistemas económicos en las economías de mercado no hizo sino reforzar la necesidad de protección de la libre competencia a través de diversos mecanismos, entre los cuales ocupan un lugar de *incómodo*

*privilegio* las sanciones penales. Así pues, se estudiará también en esta sección la regulación de la colusión en Chile a través del contraste de distintos momentos de su regulación antimonopólica.

En una segunda sección se introducirán los conceptos de norma de sanción y norma de comportamiento, conceptualizándolos y distinguiéndolos entre sí, de modo tal que sea posible analizar separadamente la norma de comportamiento y la de sanción en la tipificación del delito de colusión, favoreciendo una adecuada comprensión de la afcción de derechos implicada en uno y otro caso.

En una tercera sección, se revisará el principio de proporcionalidad en tanto principio limitador de la pena y se presentará su consagración en nuestro ordenamiento jurídico, para finalmente, y desde esta óptica, en una cuarta sección examinar si acaso se verifican o no los requisitos que impone, tanto en la norma de comportamiento como en la norma de sanción, el principio de proporcionalidad. La conclusión a la que se llega es que la criminalización de la colusión es, al menos bajo esta mirada, una medida completamente legítima.

## II. MARCO REGULATORIO

### 1. INTRODUCCIÓN AL FENÓMENO DE LA COLUSIÓN EN SENTIDO AMPLIO

El estudio de la historia permite, entre otras cosas, liberarnos de las representaciones falsas del pasado.<sup>13</sup> Para favorecer el entendimiento<sup>14</sup> de por qué la legislación en determinada época y lugar apuntó en una u otra dirección, es útil tener a la vista los antecedentes que la inspiraron. Es por ello que en esta primera sección se revisarán los fenómenos económicos que dieron paso a las leyes antimonopólicas y facilitadoras de la libre competencia para, luego, adentrarse en el estudio de las mismas en nuestro país. Así es como a continuación se estudiará la colusión como fenómeno económico, para poder así vincularlo a la actual prohibición de conductas colusivas que consagra el tipo penal del artículo 62 del DL 211.

Hasta antes de la primera mitad del siglo XX, la creación y ejecución de carteles por parte de los agentes al interior de un mercado era una práctica propia del tráfico económico<sup>15</sup> que era vista como beneficiosa para todos los actores que participaban de mismo. Su ejecución entre los distintos agentes oferentes de un mismo mercado relevante tenía repercusiones positivas en los estándares de calidad de los productos que se transaban, así como un beneficioso efecto en el uso común de nuevas tecnologías y transferencias de los riesgos de la producción y comercialización de sus productos favorables para los consumidores.<sup>16</sup>

En Estados Unidos, por ejemplo, no obstante la vigencia de la *Sherman Antitrust Act* (o *Sherman Act* a secas) desde 1890, solamente desde la década de 1940 se instaló como sentido común la idea que ADAM SMITH ya expresara en 1776 en *La riqueza de las naciones*, al igual que en

---

<sup>13</sup> Véase BORK, R. *The Antitrust Paradox. A policy at war with itself*. New York, The Free Press, 1993, p. 15.

<sup>14</sup> La selección de palabras a las que se ha recurrido no es casual: se pretende recurrir a la historia de la ley como herramienta para entender los motivos de la dictación de la ley en cuanto fenómeno, sin por ello validar el recurso a la “historia fidedigna de su establecimiento” como un medio interpretativo apropiado.

<sup>15</sup> Véase GONZÁLEZ, A. *Prácticas colusivas*. En: TRIBUNAL DE LA LIBRE COMPETENCIA. *La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario*. Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2011, p. 143.

<sup>16</sup> Véanse FEAR, J. *Cartels and competition: neither markets nor hierarchies*. Boston, Harvard Business School, 2006, p. 1; DEWEY, D. *Monopoly in economics and law*. Chicago, Rand McNally & Company, 1964, pp. 1 y ss.; BREYER, S. *Regulation and its reform*. Cambridge, Massachusetts and London, Harvard University Press, 1982, p. 15; BORK, R. *op. cit.* en n. 13, p. 263.

Inglaterra a partir de 1945:<sup>17</sup> “[r]ara vez se verán juntarse los de una misma profesión u oficio, aunque sea con motivo de diversión o de otro accidente extraordinario, que no concluyan sus juntas y sus conversaciones en alguna combinación o concierto contra el beneficio común, conviniéndose en levantar los precios de sus artefactos y mercaderías”.<sup>18</sup>

La instalación de la idea *smithiana* como parte del sentido común colectivo en adición a la inocua representación anterior que se tenía de los carteles, dificulta enormemente la conceptualización de la expresión “cartel”. No son pocos los problemas que resultan de ofrecer predicados generales respecto de “los carteles”, toda vez que estos se presentan en una pluralidad de formas, con diversos objetivos y distintos niveles de efectividad.<sup>19</sup>

Antes del año 1883, la palabra “cartel” tenía un significado más bien determinado en los distintos idiomas que la conocían. En alemán (*die Kartell*), francés (*cartel*) e italiano (*cartello*), lejos de tratarse de una expresión propia del lenguaje económico, era un concepto propio del lenguaje bélico. El *Dictionary of Political Economy* de 1919 definió de esta manera el concepto:

*Cartel means, in international law, the terms of agreement between belligerents for the exchange of ransom prisoners. The ‘cartel’ of chivalry meant first of all the terms of a combat, and then simply the challenge; and the second is still its ordinary meaning on the Continent. By analogy, the word Kartell is now often used by German economists to denote a trust, i.e. an agreement between rival merchants to limit production or otherwise temper the extremity of competition; so in 1889 it was used of the suspension hostilities between conservatives and liberal parties in view of the common deffense of the empire.*<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> DEWEY, D. *op. cit.* en n. 16, p. 295.

<sup>18</sup> SMITH, A. (1955). *La Riqueza de las Naciones*. Barcelona, Bosch, 1955, p. 182.

<sup>19</sup> FEAR, J. *op. cit.* en n. 16, p. 3.

<sup>20</sup> *Dictionary of Political Economy*, London, 1919, vol. 1, p. 229, citado en HARDING, C. & JOSHUA, J. *Regulating Cartels in Europe*. Oxford and New York, Oxford University Press, 2010, p. 12. Para facilitar la comprensión a quien lee, se ofrece la siguiente traducción propia: “cartel significa, en el derecho internacional, los términos de un acuerdo entre las partes beligerantes [en un contexto de guerra] para el intercambio de prisioneros de rescate. El ‘cartel’ de caballeros significa, en primer lugar, los términos de un combate y, luego, simplemente [los términos de] un desafío; y en segundo lugar, su significado sigue siendo el significado ordinario en el continente. Por analogía, la palabra Kartell ahora es utilizada a menudo por los economistas alemanes para designar un acuerdo entre rivales para limitar la producción

Como se ve, su significado tradicional estaba asociado al cese de hostilidades entre dos enemigos para poder intercambiar, durante ese periodo de tiempo, a sus prisioneros. En otras palabras, se trata de un acuerdo entre dos enemigos naturales para, producto de este, obtener ambos un beneficio que satisfaga sus respectivos intereses individualmente considerados. El término, como ha sido recogido por la doctrina, todavía permanece sutil y complejo, manteniendo y combinando en su significado actual algunos atributos propios del uso original de la palabra “cartel”, a saber, los elementos de cese de rivalidad y colaboración *no natural* (y, en consecuencia, incierta cada vez).<sup>21</sup>

La primera vez de la que se tiene registro en la que se utilizó el concepto “cartel” en el ámbito económico fue en 1883, por el alemán (me parece que era austríaco) FRIEDRICH KLEINWÄCHTER, en su libro “Die Kartelle. Ein Beitrag zur Frage der Organisation der Volkswirtschaft” (Innsbruck, 1883). Allí, él identificó el concepto de “cartel” con alianzas entre empresas.

No se trata, sin embargo, de un concepto que se haya mantenido inmutable en el tiempo. Antes bien, se trata de una expresión cuyo significado ha variado enormemente. Ello se explica por la recepción que han hecho de él diversos ordenamientos jurídicos –los cuales necesariamente le han dado lecturas disímiles–, y la interacción entre unos y otros a través de los dogmáticos del derecho. Como bien observaron en 1946 STOCKING y WATKINS respecto de la palabra “cartel”, por tratarse de una “palabra prestada”,<sup>22</sup> lo normal es que su comprensión no fuera homogénea. Sería necesario el transcurso del tiempo para cristalizar su significado.<sup>23</sup> Aún hoy, algunos autores –con toda razón– sostienen que el proceso de refinamiento y definición del significado del término “cartel” no ha cesado, toda vez que existen un uso y una comprensión

---

o atemperar la competencia extrema; entonces, en 1889 se usó para la suspensión de utilidades entre partidos conservadores y liberales en vista de la defensa común del imperio”.

<sup>21</sup> HARDING, C. & JOSHUA, J. *op. cit.* en n. 20, p. xxiii.

<sup>22</sup> En el idioma original, “borrowed word”, queriendo explicar que se trata de una expresión que no encuentra origen en el inglés.

<sup>23</sup> STOCKING, G. W. & WATKINS, M. W., *Cartels in Action: Case Studies in International Business Diplomacy*, Twentieth Century Fund, 1946, p. 3, citado en HARDING, C. & JOSHUA, J. *op. cit.* en n. 20, p. 11.

generalizados del mismo, pero las definiciones precisas y comprensivas se mantienen esquivas,<sup>24</sup> aun para la doctrina más especializada.

No obstante lo anterior, sí hay algunos elementos comunes a la definición de “cartel” respecto de los que hay consenso en la doctrina internacional.<sup>25</sup> La Oficina de Comercio Justo del Reino Unido (*United Kingdom’s Office of Fair Trading*) lo define como un acuerdo entre empresas de no competir con la otra (*a cartel is an agreement between businesses not to compete with each other*).<sup>26</sup>

De esta manera, se vuelven fácilmente identificables tres elementos que necesariamente serán comunes a cualquier definición más refinada de “cartel”, a saber:<sup>27</sup> (1) un acuerdo; (2) entre competidores; y (3) cuyo objetivo es restringir la competencia.

Tales tres elementos son compartidos por la definición más básica que la doctrina ha ofrecido para el concepto de “colusión”, a saber, y como muestra GONZÁLEZ: “una práctica en las empresas que compiten en un mismo mercado, acuerdan subir precios, repartirse el mercado o bloquear el ingreso de nuevos competidores”<sup>28</sup> (sic).

Que compartan tales elementos básicos en sus definiciones se deja explicar considerando que “colusión” y “cartel” son conceptos que se encuentran en una relación de género-especie, siendo la “cartelización” la expresión más organizada de colusión, mientras que el polo opuesto estaría dado por las “colusiones tácitas”. El cartel y las “colusiones tácitas”, sin embargo, son

---

<sup>24</sup> HARDING, C. & JOSHUA, J. *op. cit.* en n. 20, pp. 11-12.

<sup>25</sup> WARDHAUGH, B. “A normative approach to the criminalisation of cartel activity”, *Legal Studies* vol. 32, n° 3, 2012, p. 370.

<sup>26</sup> COMPETITION & MARKETS AUTHORITY. *Quick Guide to Complying with Competition Law. Protecting businesses and consumers from anti-competitive behaviour*, 2014, p. 2.

<sup>27</sup> INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, *Defining Hard Core Cartel Conduct – Effective Institutions – Effective Penalties. Building Blocks for Effective Anti-Cartel Regimes*. Vol. 1, 2005, p. 10.

<sup>28</sup> GONZÁLEZ, A. *op. cit.* en n. 15, p. 143. Encuéntrase en la doctrina europea una definición similar en MOTTA, M. *Competition Policy: Theory and Practice*. Cambridge, Cambridge University Press, 2004, pp. 137-138, quien agrega a su conceptualización de colusión –desde una óptica explícitamente económico-industrial antes que jurídica– que es necesario que los precios de los productos o servicios ofrecidos por las empresas sean superiores a los precios de equilibrio entre la oferta y la demanda. Como se puede intuir, lo último es especialmente difícil de determinar si se considera que en las economías modernas encontrar un escenario de competencia perfecta funcional a la determinación del precio de equilibrio es altamente improbable. Sobre este punto, véase el análisis que hace HERNÁNDEZ, H. “La punibilidad de la colusión (secreta) de precios en el derecho chileno”, *Revista Política Criminal*, vol. 7, n° 13, 2012, p. 163.

solamente dos de los múltiples rostros que puede exhibir una colusión. Como bien ilustra WHISH:

*A legally enforceable contract of course qualifies as an agreement, including a compromise of litigation such as a trade mark delimitation agreement or the settlement of a patent action. ‘Gentleman’s agreement’ and simple understandings have been held to be agreements, though neither is legally binding; there is no requirement that an agreement should be supported by enforcement procedures. A ‘protocol’ which reflects a genuine concurrence of will between the parties constitutes an agreement [...]. An agreement may be oral. [...] The constitution of a trade association qualifies as an agreement [...]. An agreement entered into by a trade association might be construed as an agreement on the part of its members. [The] fact that formal agreement has not been reached on all matters does not preclude a finding of an agreement, and there can be an agreement of concerted practice notwithstanding the fact that only one of the participants at a meeting reveals its intentions.<sup>31</sup>*

Y si lo que hay detrás de una colusión entre oferentes de un mismo mercado relevante es la intención de restringir la competencia y poner precios superiores a los del precio de equilibrio, es porque ello es una posibilidad. Se trata de una posibilidad cuyo catalizador es la posición monopólica (o, a falta de esta *stricto sensu* –puesto que es difícil hallar una verdadera *posición monopólica* al interior de los mercados–, lo es la posición dominante) que una colusión facilita. La siguiente sección se ocupará de la conceptualización de *monopolio*, para luego dar paso a una revisión de la legislación anti-monopolios (luego, también anti-colusión) en Chile.

---

<sup>31</sup> WHISH, R. *Competition Law*. Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 97-98, con ulteriores referencias. Se ofrece la siguiente traducción propia: “un contrato legalmente exigible por supuesto que califica como un acuerdo, incluyendo un compromiso de litigio como [por ejemplo,] un acuerdo de delimitación de marcas o la resolución de una acción de patentes. De los “acuerdos de caballeros” y “meros entendimientos” se ha sostenido que son acuerdos, aunque ninguno de ellos sea legalmente vinculantes; no existe un requisito de [algo así como] un procedimiento ejecutivo para el acuerdo. Un “protocolo” que refleje una genuina concurrencia de voluntades entre las partes constituye [ya] un acuerdo. (...) Un acuerdo puede ser oral. (...) La constitución de una asociación comercial califica como un acuerdo. (...) Un acuerdo celebrado por una asociación comercial podría ser interpretado como un acuerdo por parte de sus miembros. [El] hecho de que no se haya llegado a un acuerdo formal en todos los asuntos no excluye la búsqueda de un acuerdo, y puede haber un acuerdo de práctica concertada a pesar del hecho de que solo uno de los participantes en una reunión revele sus intenciones”.

## 2. NOCIONES ELEMENTALES SOBRE *EL MONOPOLIO*: DEFINICIONES NOMINALES Y REALES

Siguiendo a DOMINGO VALDÉS, en el campo de las definiciones, es posible identificar definiciones *nominales* y definiciones *reales*. Las definiciones nominales no pretenden capturar la esencia de su objeto de análisis, ni tampoco describirlo con aguda precisión. Antes bien, su pretensión radica en “analizar la semántica o la capacidad de expresión del término empleado para convocar lo definido”.<sup>32</sup>

A su vez, las definiciones reales pueden ser de dos tipos: definiciones reales descriptivas y definiciones reales esenciales. Las definiciones reales descriptivas se hacen cargo de la fenomenología de un objeto de análisis (como son, a modo de ejemplo, sus propiedades, causas y efectos).<sup>33</sup> Las definiciones reales esenciales (o definiciones *propias*) dan a conocer la naturaleza de un objeto por referencia a la esencia del objeto, es decir, “aquello por lo que una cosa es lo que es”.<sup>34</sup>

### a) MONOPOLIO: UNA DEFINICIÓN NOMINAL<sup>35</sup>

ARISTÓTELES nos ofreció por vez primera la utilización y explicación del concepto *monopolio*, el cual tiene origen en el griego “monópolis”, compuesto por las partículas “mónos” y “polein” o “polein” (vender).<sup>36</sup> En el Libro Primero de *La Política*, en su capítulo cuarto, llamado *Consideración práctica sobre la adquisición de los bienes*, ARISTÓTELES relata una historia protagonizada por el filósofo presocrático TALES DE MILETO:

*Gracias a sus conocimientos en astronomía [Tales de Mileto] pudo presumir, desde el invierno, que la recolección próxima de aceite sería abundante, y al intento de*

---

<sup>32</sup> Véase VALDÉS, D. *Libre Competencia y Monopolio*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010, p. 29.

<sup>33</sup> *Ibíd.* p. 36.

<sup>34</sup> AQUINO, Tomás de, *El ente y su esencia*. México: Universidad Autónoma de Nuevo León, 2000. p. 79.

<sup>35</sup> Con “definición nominal” hacemos referencia al significante, esto es, al vocablo “monopolio”, desde un punto de vista etimológico y sinonímico.

<sup>36</sup> Véase VALDÉS, D. *op. cit.* en n. 32, p. 30.

*responder a algunos cargos que se le hacían por su pobreza, de la cual no había podido librarle su inútil filosofía, empleó el poco dinero que poseía en darlo en garantía para el arriendo de todas las prensas de Mileto y de Quíos; y las obtuvo baratas, porque no hubo otros licitadores. Pero, cuando llegó el tiempo oportuno, las prensas eran buscadas de repente por un crecido número de cultivadores, y él se las subarrendó al precio que quiso. La utilidad fue grande (...). [E]sta especulación pertenece en general a todos los que están en posición de constituir en su favor un monopolio.<sup>37</sup>*

Atendido el origen etimológico de la palabra “monopolio” y el ejemplo que ofrece ARISTÓTELES, hay una cuestión que llama inmediatamente la atención: TALES DE MILETO no actuó como único *vendedor*. Antes bien, actuó como único subarrendador. Si se favoreciera una lectura que interprete el vocablo “monopolio” derivada estrictamente de su etimología, la conclusión a la que se arribaría habría de ser que cualquier forma contractual diversa de la compraventa excedería el concepto de monopolio, en circunstancias en las que un análisis contextual y sinonímico, desde la época de ARISTÓTELES hasta la nuestra, de los usos de la expresión “monopolio” bastará para evidenciar que hay situaciones en las que no se presentan contratos de compraventa<sup>38</sup> y que, sin embargo, han sido calificadas concluyentemente como monopólicas. Es por ello que hay quienes han concluido que una definición nominal adecuada de una situación de monopolio tendría que exceder la que lo conceptualiza como “único vendedor”<sup>39</sup> y tendría que alcanzar a cualquier comerciante, de modo que la mejor formulación posible de una definición nominal de una situación de monopolio sería aquella en la que existe un solo comerciante.<sup>40</sup>

---

<sup>37</sup> ARISTÓTELES, *La Política*. Madrid, Mestas, 2010, p. 32.

<sup>38</sup> Como se sabe, TOMÁS DE AQUINO es indudablemente uno de los comentaristas de la obra de ARISTÓTELES más connotados que ha habido. Ha sido él mismo quien, a partir del mismo pasaje que hemos reproducido de *La Política*, ha sostenido lo siguiente: “Dice [Aristóteles] que es muy útil para adquirir dinero poder disponer del monopolio *de la venta*, o sea, venta única y singular, para que uno solo venda algunas cosas en la ciudad” (el énfasis es propio. Véase AQUINO, T. y ALVERNIA, P. *Comentario a la Política de Aristóteles*. Pamplona, Editorial Eunsa, 2001, p. 94). De su comentario se desprende que la correcta lectura del vocablo “monopolio” no puede únicamente ser “único vendedor” si es que es posible distinguir un “monopolio de venta”.

<sup>39</sup> Evitando usar la expresión “único vendedor”, véanse ya HYLTON, K. *Antitrust Law. Economic & theory common law evolution*. New York, Cambridge University Press, 2003, p. 1; CHAMBERLIN, E. *Teoría de la competencia monopólica*. México D.F. & Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1956, p. 73 y ulteriores referencias.

<sup>40</sup> Véase VALDÉS, D. *op. cit.* en n. 32, p. 34. Aquí, como se preocupa de aclarar el autor, la voz “comerciante” es utilizada en sentido económico y no jurídico, no siendo necesarias, luego, las

## b) MONOPOLIO: DEFINICIONES REALES<sup>41</sup>

En cuanto a la búsqueda de una definición *real* de monopolio, esta no es una tarea sencilla. El concepto de monopolio varía entre economistas, abogados y personas de negocios,<sup>42</sup> lo que suele responder a la pretensión por simplificar una cuestión compleja,<sup>43</sup> puesto que es usual que se teorice sobre los monopolios como escenarios opuestos a mercados en los que existe una competencia perfecta –lo que, de hecho, no tiene lugar en el mundo real–, lo que dificulta la detección de escenarios monopólicos.<sup>44</sup>

Por supuesto, una primera aproximación a una definición real de monopolio sí puede estar dada por la expresión “único vendedor”, pero esta es radicalmente insuficiente. Antes bien, la doctrina comparada, no obstante se aleja de definiciones rígidas, favorece explicaciones del término a partir de la enumeración de algunas características esenciales. A saber, es necesario que exista un único oferente o un grupo de oferentes que actúen como único oferente,<sup>45</sup> con poder para excluir la competencia actual o potencial en un campo determinado y el propósito de ejercer ese poder<sup>47</sup> y con capacidad de elevar el precio de aquello que ofrece por sobre el “precio de equilibrio” (en un mercado perfecto), por la vía de reducir cuantitativamente lo ofrecido, sin ahuyentar a sus clientes.<sup>48</sup> Cuánto pueda aumentar el precio sin ahuyentar a sus clientes

---

características de los comerciantes que establecen los arts. 7º y ss. del Código de Comercio de la República de Chile.

<sup>41</sup> Con “definiciones reales”, se está haciendo referencia al significado asociado al significante “monopolio”. En oposición a las “definiciones reales”, aquí se pretende dar cuenta del contenido semántico del concepto.

<sup>42</sup> MASSEL, M. *Competition and Monopoly. Legal and economic issues*. New York, Anchor Books, 1964, p. 3.

<sup>43</sup> *Ídem*.

<sup>44</sup> Véanse MASSEL, M. *op. cit.* en n. 42, pp. 3-5, latamente en 185-189, 195-200. DEWEY, D. *op. cit.* en n. 16, pp. 7-9. ROBINSON, E.A.G. *Monopolio*. México D.F. & Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1950, pp. 21-22; criticando su valor limitado, VISCUNI, W., VERNON, J., & HARRINGTON, J. *Economics of regulation and antitrust*. Massachusetts, The MIT Press, 2000, p. 61.

<sup>45</sup> Véanse KRONSTEIN, H., MILLER, T. & DOMMER, P. *Major American Antitrust Laws. A Guide to Their Domestic and Foreign Application*. Washington. D.C., New York Oceana Publications, 1965, p. 27 y ulteriores referencias; TAMAMES, R. *La lucha contra los monopolios*. Madrid, Tecnos, 1970, p. 35; POSNER, R. *Antitrust law*. Chicago & London, The University of Chicago Press, 2001, pp. 9-10; en términos negativos, en referencia a la ausencia de competidores, HYLTON, K. *op. cit.* en n. 39, p. 1; en relación a su cuota de dominio de mercado, véase MARKERT, K. *Monopolio y derecho*. Valparaíso, Edeval, 1988, p. 36.

<sup>47</sup> Véanse KRONSTEIN, H., MILLER, T. & DOMMER, P. *op. cit.* en n. 46, p. 27 y ulteriores referencias.

<sup>48</sup> Véanse ROBINSON, E.A.G. *op. cit.* en n. 44 pp. 9-10, 12, 17 y ss.; TAMAMES, R. *op. cit.* en n. 46, p. 35; CHAMBERLIN, E. *op. cit.* en n. 39, p. 75; POSNER, R. *op. cit.* en n. 46, pp. 9-10.

dependerá de la elasticidad de la demanda de aquello que ofrece, la que será sensible a la existencia de sucedáneos.<sup>49</sup>

No existe, como se ve, una definición única y unívoca de monopolio. Para el estudio en sentido amplio de tales conceptos, se han favorecido definiciones funcionales a la discusión,<sup>50</sup> en donde, salvo que se esté discutiendo *de lege lata*, las conceptualizaciones de carácter más bien general suelen resultar especialmente fértiles, sin que ello obste a que luego –ya ofrecido un aparato conceptual básico aunque insoslayable– se trabaje sobre la regulación legal y sus propias definiciones.

### **3. MARCO REGULATORIO EN CHILE**

A continuación, se expondrá la evolución que ha tenido la legislación chilena en la materia. Como se verá, la necesidad de contar con estructuras legales antimonopólicas se detectó hace más de cincuenta años. El análisis de los fundamentos y rendimiento de cada una de ellas que se exhibirá permitirá, de una parte, comprender cómo es que ha parecido necesaria para nuestro legislador la introducción del artículo 62 del DL 211 y, de otra, servirá de antecedente para el examen de proporcionalidad al que dicho precepto legal será sometido.

#### **a) LEGISLACIÓN EN CHILE 1959-1973: LA LEY N° 13.305**

La legislación antimonopolios (luego, que favorece la libre competencia) en Chile comenzó a estructurarse en su forma actual a partir de la propuesta presentada por la consultora estadounidense Klein-Saks al segundo gobierno de Carlos Ibáñez del Campo, como parte de un paquete de medidas a tomar para enfrentar la profunda crisis inflacionaria<sup>52</sup> en la que Chile se

---

<sup>49</sup> Véanse ROBINSON, E.A.G. *op. cit.* en n. 42 pp. 9-10, 35; CHAMBERLIN, E. *op. cit.* en n. 38, pp. 74-75.

<sup>50</sup> HARDING y JOSHUA, por ejemplo, han sugerido que un concepto funcional a la discusión (que ellos presentan) de “cartel” es: una organización de compañías independientes de la misma área de una actividad económica, o de una similar, formada con el propósito de promover intereses económicos comunes por la vía de controlar la competencia entre ellas mismas (la traducción es nuestra) HARDING, C. & JOSHUA, J. *op. cit.* en n. 20, p. 12. Como se ve, se opta por una definición muy general, fenomenológica antes que jurídica.

<sup>52</sup> BERNEDO, P. *Historia de la libre competencia en Chile 1959-2010*. Santiago, Ediciones de la Fiscalía Nacional Económica, 2013, p. 34.

encontraba en la época. La “misión Klein-Saks”, como entonces se conoció, no logró darle la estabilidad económica esperada al país.<sup>53</sup> Sin embargo, una de sus propuestas perduró, no obstante el empinado escenario al que se enfrentó: la adopción de medidas que defendieran los principios de la libre competencia y la creación de una institucionalidad antimonopolios, a través de la ley N° 13.305, en su título V, la cual se mantuvo vigente entre los años 1959 y 1973. Su necesidad era anticipada por JORGE AHUMADA en 1958:

*[h]ay que anotar, al mismo tiempo, que con igual vigor se precisa eliminar los vicios actuales de la industria chilena, que son, en esencia, dos: el monopolio y la baja productividad.*

*Hemos hecho referencia en numerosas oportunidades a la naturaleza monopolística de la economía chilena. Quien no quiera convencerse de nuestra afirmación no tiene más que mirar a su alrededor; hay monopolio u oligopolio en las siguientes actividades: papeles y cartones, vidrios planos, envases de vidrio, cemento, hierro, madera, gas, molinos de trigo, hilados de algodón y de rayón, cigarrillos, fósforos, calzado y cerveza.*

*Todos los economistas están de acuerdo en que donde hay monopolio u oligopolio, los precios y los costos son más altos que donde impera la competencia. La causa de esto es fácil de comprender: si un producto cuenta con un mercado completamente asegurado para sí, no tiene que preocuparse de introducir mejoras y reducir los costos.<sup>54</sup>*

Esta arista de la propuesta de la misión Klein-Saks, la cual ya había hecho eco en los oídos de especialistas chilenos como el caso de JORGE AHUMADA, tomaría forma en 1959 a través de la entrada en vigencia de la Ley N° 13.305. El mensaje que acompañó al proyecto de ley que la precedió era concluyente:

*[l]a política errada seguida por muchos años de tratar de proteger los intereses del consumidor mediante la mera aplicación de controles de precios, ha contribuido a crear en el país acuerdos entre productores que se traducen en un encarecimiento artificial de*

---

<sup>53</sup> *Ídem.*

<sup>54</sup> AHUMADA, J. *En vez de la miseria*. Santiago, Ediciones BAT, 1990, pp. 159-160.

*los precios. En efecto, bajo el amparo de los precios oficiales, ha sido posible llegar a entendimientos entre los productores y los comerciantes del mismo rubro, de manera que los precios quedan fijados por los productores de mayor costo. Para que la empresa privada defienda efectivamente el interés del consumidor es indispensable que los productores y distribuidores estén preocupados de reducir sus costos impulsados contantemente por una sana y efectiva competencia en el abastecimiento de los mercados.*<sup>55</sup>

Para lo que nos interesa, la disposición más relevante a este respecto era el artículo 173 de la ley n° 13.305. Este rezaba como sigue:

**Artículo 173.-** *Todo acto o convención que tienda a impedir la libre competencia dentro del país, sea mediante convenios de fijación de precios o repartos de cuotas de producción, transporte o de distribución, o de zonas de mercado; sea mediante acuerdos, negociaciones o asociaciones para obtener reducciones o paralizaciones de producción; sea mediante la distribución exclusiva, hecha por una sola persona o sociedad, de varios productores del mismo artículo específico, o por medio de cualquier otro arbitrio que tenga por finalidad eliminar la libre competencia, será penado con presidio menor en cualquiera de sus grados y con multa de uno por ciento al diez por ciento del capital en giro de los autores.*

*Los cómplices o encubridores serán penados con la multa señalada en el inciso anterior.*

*En el caso de personas jurídicas, si se tratare de reincidencia, además de la multa señalada en el inciso primero y de la responsabilidad penal que sea imputable a sus representantes, podrá el Tribunal aplicar, como pena accesoria la cancelación de la personalidad jurídica, la revocación de la autorización de existencia si se tratare de una sociedad anónima o de una agencia de sociedad anónima extranjera, o la disolución anticipada en los demás casos. La sentencia que aplique estas penas, tratándose de una*

---

<sup>55</sup> Reproducido así en ILLANES, Ó. *Comisión antimonopolios y su jurisprudencia. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile*. Santiago de Chile, Editorial Universitaria, 1965, p. 31.

*sociedad anónima o comercial o de una agencia de sociedad anónima extranjera deberá ser inscrita en el Registro de Comercio respectivo y publicada en el "Diario Oficial".*

Como se ve, la descripción de los comportamientos prohibidos es vaga. La solución a ello –como hacen notar GRUNBERG y MONTT<sup>56</sup>– fue utilizar la “regla de la razón”, inspirada en la *rule of reason* estadounidense, que era aplicada por el Tribunal Supremo de dicho país para resolver casos similares. Tal regla consiste en que es el demandante quien debe probar que, en razón del comportamiento de dos o más agentes del mercado, existe un efecto anticompetitivo al interior del mercado relevante; en otras palabras, si no existe un efecto anticompetitivo, la conducta en tela de juicio no será merecedora de una sanción, descartándose la ilegalidad *per se* de tales modos de actuar.

Con posterioridad, la disposición contenida en el comentado artículo 173 fue complementada por la ley 15.142 en el año 1963. No obstante las críticas que cuestionaron duramente el potencial rendimiento de este aparato normativo para alcanzar los fines que el legislador perseguía –explícitos estos en el mensaje de la ley 13.305<sup>57</sup>– no puede sino llamar la atención que la ley contemplara sanciones penales para delitos contra la libre competencia. La legislación chilena, en ese sentido, se adelantó a lo que con posterioridad sería una tendencia en el derecho comparado: a la época, no era usual en la mayoría de los países el reforzamiento jurídico-penal de normas que pretendían proteger la libre competencia.<sup>58</sup> No obstante su novedad, únicamente en dos ocasiones infracciones a la ley N° 13.305 fueron conocidas por la justicia penal, sin que hubiere habido en ninguno de los dos casos condena alguna.<sup>59</sup> En consecuencia, no fue a través de resoluciones jurisdiccionales dictados por tribunales criminales en donde se puso el foco, sino que lo fue la interpretación (en lo que nos interesa) de la ley N° 13.305 que hizo la Comisión Antimonopolios,<sup>60</sup> pues esta señaló que:

---

<sup>56</sup> Véase GRUNBERG, J. y MONTT, S. *Informe en Derecho. Prueba de Colusión*. Santiago de Chile, Centro de Regulación y Competencia, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2010, p. 20.

<sup>57</sup> Véase ILLANES, O. *op. cit.* en n. 55, pp. 45 y ss.

<sup>58</sup> Véase OPAZO BRULL, E. *La Comisión Antimonopolios y estudio del título v de la ley N°. 13.305*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1962, p. 55.

<sup>59</sup> BERNEDO, P. *op. cit.* en n. 52, p. 46.

<sup>60</sup> Órgano creado por la Ley N° 13.305 cuyos deberes y atribuciones, entre otros, eran conocer las situaciones contrarias a la libre competencia que indicaba el artículo 173 de la misma ley; requerir al Consejo de Defensa del Estado para que formule denuncias o querellas en razón de tales situaciones;

*[d]escansan en el principio que hay conveniencia pública en que el precio de los productos se fije por la libre competencia, y que, por tanto, es contrario al interés nacional y debe sancionarse como delictuoso todo acto que impida el funcionamiento de esa competencia. Dentro de este concepto el legislador (sic), el interés público exige que por medio de la competencia se produzca la disminución de los precios al nivel del productor de más bajo costo, quedando eliminados aquellos productores que no puedan vender sus productos a esos niveles. Se defienden de esta manera los intereses del consumidor ya que los productores de bajo costo pueden desarrollar toda su capacidad de producción quedando eliminados aquellos que no pueden ofrecer sus productos a esos precios.<sup>61</sup>*

No obstante lo anterior, la Comisión, entre los años 1959 y 1972, tuvo un trabajo incontrovertiblemente escaso.<sup>62</sup> Durante ese periodo, la regulación antimonopolios fue fuerte y ampliamente criticada. El expresidente RICARDO LAGOS ESCOBAR, en su tesis de licenciatura de pregrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, fue especialmente duro con ella:

*Y la verdad es que la gran concentración que existe en Chile, este verdadero monopolio que alcanza a todas las actividades, no podrá ser destruido con reformas superficiales y aparentes, o con leyes 'antimonopólicas' como la que en la actualidad conocemos y que se aplica a los panaderos, a los dueños de verdulerías, a los matarifes, etc. Allí no está el poder económico que abuse del consumidor y de la sociedad: el verdadero poder está en*

---

resolver las consultas que se formulen respecto de la aplicación de los preceptos de la Ley N° 13.305, entre otros.

<sup>61</sup> Resolución de la Comisión Antimonopolios s/n del 23 de mayo de 1960, pp. 139-140, citada en BERNEDO, P. *op. cit.* en n. 52, p. 47. El énfasis (propio) destaca que la Comisión Antimonopolios temía que los agentes oferentes del mercado pactaran de modo tal de inflar virtualmente los precios por sobre el valor de mercado; sin embargo, acordar bajar los precios, o bien, acordar precios máximos para que desde allí los precios solamente bajaran, no era susceptible de ser subsumido bajo el carácter delictivo del artículo 173 de la ley 13.305. Sobre lo último, véase también la Resolución de la Comisión Antimonopolios N° 9, de 6 de abril de 1960, p. 5. Como en BERNEDO, P. *op. cit.* en n. 52, p. 47 se advierte, la Comisión obvió el rendimiento perjudicial para las economías de libre mercado de establecer precios predatorios. En el mismo sentido, véase OPAZO, E. *op. cit.* en n. 58, p. 59.

<sup>62</sup> Hay consenso en ello, aunque la cantidad de casos vistos por la Comisión no queda clara, pues la documentación pertinente es escasa e imprecisa. A pesar de ello, se estima que la cantidad de resoluciones absueltas por la Comisión estuvo en torno a ciento veinte. Sobre lo último, véase BERNEDO, P. *op. cit.* en n. 52, p. 52.

*el aparato financiero (los bancos), en el gran campo industrial y en el latifundio. Hacia allá debe dirigirse el poder regulador del Estado.*<sup>63</sup>

Fue en este contexto de escasa aplicación de una ley considerada ineficaz y poco profunda que la Comisión tuvo conocimiento de un caso que llegaría a tener enormes repercusiones en la historia legal y política asociada a la *institucionalidad antimonopolios*.<sup>64</sup> Este tuvo lugar durante el gobierno de SALVADOR ALLENDE, quien antes de cumplir dos meses como presidente de la República, había anunciado la estatización de la banca. La crítica de RICARDO LAGOS, como se ve, no era aislada. El 30 de diciembre de 1970, ALLENDE anunció que enviaría un proyecto de ley para estatizar la banca, a la vez que —para agilizar el proceso de traspaso de la propiedad— el gobierno iniciaría una compra de acciones de bancos a los particulares de manera sistemática.<sup>65</sup> BERNEDO destaca la eficacia de la pretensión de ALLENDE:

*La adquisición de títulos accionarios fue bastante exitosa, pues a mediados de 1971 se había logrado tomar el control del 53,2% de las acciones de la banca privada. Un año más tarde se anunciaba el control de todos los bancos pequeños y medianos, y un 71,5% de participación estatal en el segundo banco privado más grande del país, el Sudamericano. Por esa misma fecha, el 46% de la propiedad de la mayor institución bancaria nacional, el Banco de Chile, estaba ya en poder de la CORFO.*<sup>66</sup>

Es en ese escenario en el que los partidos de oposición —en el espíritu de cuyas acciones radicaba el objetivo de paralizar el proceso de estatización de la banca— objetaron la legalidad de toda la operación. La Cámara de Diputados hizo eco de lo anterior, constituyéndose una comisión especial que investigaría los procedimientos que se estaban llevando a cabo. Tal comisión investigadora, a fin de obtener toda la información disponible al respecto, invitó, para resolver la cuestión, a todos los actores que aparecían como relevantes, entre quienes estuvo el

---

<sup>63</sup> LAGOS ESCOBAR, R. *La concentración del poder económico en Chile*. Santiago, Editorial del Pacífico, 1961, pp. 171-172.

<sup>64</sup> Véase BERNEDO, P. *op. cit.* en n. 52, p. 53.

<sup>65</sup> *Ibid.* p. 54. Sobre el proceso, véase NOVOA MONREAL, E. “Derecho, juristas y cambio económico”, *Revista de Estudios de Derecho Económico*, tomo II, 1980, pp. 186 y ss.

<sup>66</sup> BERNEDO, P. *op. cit.* en n. 52, p. 54.

fiscal económico WALDO ORTÚZAR,<sup>67</sup> quien señaló ante la comisión que la Ley Antimonopolios abarcaba, dentro de sus sujetos activos, al Estado.<sup>68</sup> La resolución de la comisión fue implacable: once de los trece votos de sus miembros estaban de acuerdo con que los hechos denunciado por los parlamentarios de la oposición al gobierno de ALLENDE contravenían la ley N° 13.305 (o Ley Antimonopolio), por lo que se ofició a la Comisión Antimonopolios para analizar este caso.<sup>69</sup> BERNEDO destaca que a esta discusión subyacía una muy interesante pugna ideológica: los defensores de la legalidad del accionar del gobierno sostenían que el Estado no estaba sujeto a los límites que imponía la legalidad, mientras que los detractores del gobierno sostuvieron impetuosamente lo contrario.<sup>70</sup>

La defensa propuesta en conjunto por la CORFO, el Banco Central y el Banco del Estado, encontró fundamento –entre otros– en que por ser la CORFO una institución estatal, escapaba de los sujetos activos que podían infringir la ley N° 13.305. El Consejo de Defensa del Estado se pronunció sobre la misma materia por solicitud del gobierno, llegando a sostener que no solo el comportamiento de los funcionarios de la CORFO no había sido constitutivo de ilícito alguno, sino que la Comisión Antimonopolios no tenía facultades para juzgar las atribuciones legales de la CORFO, esencialmente por cuanto la ley N° 13.305 no debía ser extendida a lo que pudiese o no hacer el Estado, en general, ni la CORFO, en particular. Como recoge NOVOA MONREAL, se sostuvo que el espíritu que irrigaba la ley era: “[e]nsanchar las atribuciones gubernativas en defensa de los consumidores y distribuidores particulares a fin de que no resulte perjudicado el interés de aquellos consumidores”.<sup>71</sup>

---

<sup>67</sup> Waldo Ortúzar fue un abogado constitucionalista y Fiscal Económico entre 1963 y 1990. Tal fue un cargo creado por la ley 15.142 de 1963. Entre otras, sus funciones eran actuar como acusador público representando el interés de la colectividad; instruir las investigaciones ordenadas por la Comisión; evacuar los informes que solicitara la Comisión; y velar por el total y fiel cumplimiento de los fallos que dicte la Comisión. El primer Fiscal Económico de Chile fue Waldo Ortúzar, quien ocupó dicho cargo por casi veintisiete años. Le siguió Gilberto Villablanca, quien asumió el cargo el 1 de abril de 1990

<sup>68</sup> Consta ello en el “Informe de la Comisión Especial Investigadora de la Cámara de Diputados”, en *Boletín de Sesiones Ordinarias*, sesión 29, del 7 de abril de 1971, pp. 1949-1950, en donde –como recoge BERNEDO, P. *op. cit.* en n. 52, p. 55– Ortúzar defendió su posición a partir de una lata explicación de los artículos 172 y 174 de la ley N° 13.305.

<sup>69</sup> BERNEDO, P. *op. cit.* en n. 52, p. 55.

<sup>70</sup> *Ídem.*

<sup>71</sup> NOVOA MONREAL, E. *op. cit.* en n. 65, pp. 191 y ss.

La Comisión Antimonopolios acogió la tesis de la falta de jurisdicción, sosteniendo que no podría conocer de la materia ni, en consecuencia, emitir un pronunciamiento sobre el fondo del asunto. Esta resolución fue revocada por la Corte Suprema el 30 de agosto de 1972, volviendo el caso a la Comisión Antimonopolios el 6 de junio de 1973. Esta no pudo pronunciarse al respecto. En parte, por “una serie de incidencias procesales” (el epílogo de la cuestión fue, de hecho, procesal, hacia 1975);<sup>72</sup> de otra parte, tuvo lugar el golpe de Estado del 11 de septiembre de 1973, sucedido por la dictadura cívico-militar encabezada por Augusto Pinochet, la cual a algo más de tres meses de haberse hecho con el poder, a través de la Junta de Gobierno, logró tramitar una nueva legislación antimonopolios, consagrada en el DL N° 211, de 1973. El objetivo de esta ley, entre otros, era ser funcional a una política de liberalización de precios para combatir la hiperinflación que Chile experimentaba a la época.<sup>73</sup> A su vez, la liberalización de precios sería una piedra angular en la construcción del modelo económico libremercadista que la Junta Militar, a poco de haber asumido el gobierno del país, decidió que había que hacer propio.

#### **b) LEGISLACIÓN EN CHILE 1973-2003: ORIGEN Y APLICACIÓN DEL DL N° 211**

En la medida en que se consolidaba la dictadura cívico-militar iniciada el 11 de septiembre de 1973, Chile experimentó una radical transformación de su estructura y sistema económico, desplazando la figura del Estado en esta materia –tan importante durante las décadas de 1940 y 1950, y muy especialmente durante el gobierno de ALLENDE a inicios de la década de 1970– a un segundo plano.<sup>74</sup>

---

<sup>72</sup> Véase BERNEDO, P. *op. cit.* en n. 52, pp. 57-58 y ulteriores referencias. La importancia en la historia de la regulación antimonopolios de este caso no solamente radica en la interesante discusión que se generó en torno al mismo, ni tampoco en los pronunciamientos por parte de los diversos órganos que lo conocieron, sino que también porque lo llegó a conocer un organismo encargado de resolver y sancionar conflictos asociados al DL N° 211 de 1973: la Comisión Resolutiva. Ésta señaló que sí había habido una concentración monopólica por parte del Estado y se solicitó a los tribunales con competencia en lo criminal que se pusiera en prisión preventiva a funcionarios estatales que, sin embargo, no pudieron ser sometidos a dicha medida cautelar por encontrarse entonces exiliados. En 1976 la Corte de Apelaciones de Santiago revocó las medidas, sosteniendo que la Junta Militar había derogado la ley 13.305. Véase ORTÚZAR, W. & ARRIAGADA, J. *Ley Antimonopolios. Jurisprudencia de la Comisión Resolutiva 1974-1977*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1978, pp. 119-132.

<sup>73</sup> Al mismo tiempo, serviría para limitar la intervención estatal en materia económica, lo que respondía a la agenda de política económica que defendería en adelante la Junta de Gobierno.

<sup>74</sup> Véase BERNEDO, P. *op. cit.* en n. 52, p. 59.

El libre mercado ganó terreno y se edificó un sólido sistema de defensa de la libre competencia estructurado sobre dos ejes.<sup>75</sup> El primer eje era de carácter programático y estuvo de la mano de un grupo de economistas egresados de la Pontificia Universidad Católica de Chile y con posgrados en la Universidad de Chicago (lo que les valió ser conocidos como los *Chicago Boys*). Críticos del gobierno de ALLENDE,<sup>76</sup> fueron ellos quienes estuvieron detrás de las grandes reformas económicas que llevó a cabo la Junta Militar. El segundo eje era de carácter normativo y estuvo inspirado en el Título V de la ley N° 13.305 de 1959.<sup>77</sup> La necesidad de una ley antimonopólica respondió, justamente, al “grado importante de actividades monopólicas”<sup>78</sup> que existía a la fecha en Chile, producto de las políticas impulsadas no solo por el gobierno de Allende, sino también por quienes lo antecedieron, favoreciendo medidas proteccionistas y un modelo de sustitución de importaciones.<sup>79</sup> Sin una ley antimonopólica, cualquier política de liberalización de precios habría sido insuficiente.<sup>80</sup> Fue así como en diciembre de 1973 se promulgó el DL N° 211, cuyo título anticipaba el carácter de su contenido: “Fija normas para la defensa de la libre competencia”. Este estaba inspirado en buena medida en el Título V de la ley N° 13.305<sup>81</sup> y creaba una sólida institucionalidad que permitiría su operatividad.<sup>82</sup>

La influencia de la ley N° 13.305 en la redacción del DL N° 211 fue vasta. En lo que nos interesa, debe ponerse énfasis en una cuestión de la mayor importancia: se mantuvo la sanción penal –a través de penas privativas de libertad– para castigar las conductas que impidieran la libre competencia. Así, sus primeros dos artículos rezaban como sigue:

*Art. 1.- El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención, que tienda a impedir la libre competencia en la producción o en el comercio interno o externo, será penado con presidio menor en cualquiera de sus grados.*

---

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 64.

<sup>76</sup> *Ibid.*, p. 62.

<sup>77</sup> *Ibid.*, p. 64.

<sup>78</sup> DE CASTRO SPÍKULA, S. & MÉNDEZ, J.C., “*El ladrillo*”: bases de la política económica del gobierno militar chileno. Santiago, Centro de Estudios Públicos, 1992, p. 33.

<sup>79</sup> Véase BERNEDO, P. *op. cit.* en n. 52, p. 64.

<sup>80</sup> *Ibid.*, p. 65.

<sup>81</sup> Véase CELIS, J.P. *El título v de la Ley 13.305 y su influencia en el D.L. 211*, documento interno de trabajo del Centro de Libre Competencia UC, Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, s/f, p. 24 citado en: BERNEDO, P. *op. cit.* en n. 52, p. 68.

<sup>82</sup> Extensamente, BERNEDO, P. *op. cit.* en n. 52, pp. 70-74.

(...)

**Art. 2.-** Para los efectos previstos en el artículo anterior se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que tienden a impedir la libre competencia, los siguientes:

- a) Los que se refieran a la producción, tales como el reparto de cuotas, reducciones o paralizaciones de ella;
- b) Los que se refieran al transporte;
- c) Los que se refieran al comercio o distribución, sea mayorista o al detalle, tales como el reparto de cuotas o la asignación de zonas de mercado o de distribución exclusiva, por una sola persona o entidad, de un mismo artículo de varios productores;
- d) Los que se refieran a la determinación de los precios de bienes y servicios, como acuerdos o imposición de los mismos a otros, y
- e) En general, cualquier otro arbitrio que tenga por finalidad eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia.

No obstante la redacción de la norma, en lo que nos interesa, si se revisa la jurisprudencia de los primeros años de vigencia del DL N° 211, es posible acreditar que las penas privativas de libertad no tuvieron aplicación en ningún caso asociado a acuerdos de precios. Las veces que hubo sanciones, solamente se impusieron multas. Así se deja ver en las resoluciones N° 5 de 1974,<sup>83</sup> N° 8 de 1975,<sup>84</sup> N° 17 de 1975,<sup>85</sup> N° 21 de 1975,<sup>86</sup> N° 62 de 1979,<sup>87</sup> N° 67 de 1979,<sup>88</sup> N°

---

<sup>83</sup> Véase ORTÚZAR, W. & ARRIAGADA, J. *op. cit.* en n. 72, pp. 41-47. Es muy notable cómo la Comisión finaliza la parte resolutive de su resolución con la frase “*Que no ha lugar al ejercicio de la acción penal, por esta vez*” (el énfasis es propio), sin ofrecer para ello fundamento alguno.

<sup>84</sup> *Ibíd.* pp. 71-74.

<sup>85</sup> *Ibíd.* pp. 156-160.

<sup>86</sup> *Ibíd.* pp. 198-204.

<sup>87</sup> *Ibíd.* pp. 169-174.

<sup>88</sup> *Ibíd.* pp. 208-226.

70 de 1979,<sup>89</sup> N° 72 de 1980,<sup>90</sup> N° 77 de 1980,<sup>91</sup> N° 102 de 1981,<sup>92</sup> N° 149 de 1983,<sup>93</sup> N° 159 de 1983,<sup>94</sup> N° 163 de 1983<sup>95</sup> y N° 267 de 1987 de la Comisión Resolutiva.<sup>96</sup>

No obstante la evidente tendencia a evitar la imposición de sanciones penales privativas de libertad en materia de ilícitos colusorios por parte de la Comisión Resolutiva, con el regreso de los gobiernos democráticos en nuestro país y la designación de un nuevo Fiscal Económico,<sup>97</sup> este manifestó que “*el DL N° 211 se seguirá aplicando con su actual normativa*”.<sup>98</sup> Su declaración permitió prever el escenario por los siguientes años y hasta 2003: no se aplicó nunca una sanción penal privativa de libertad. Las sanciones eran *solamente* multas.

### c) **LEGISLACIÓN EN CHILE 2003-2016: EL FIN DE LAS SANCIONES PENALES**

La ley 19.911 de 2003, de 14 de noviembre de 2003, trajo consigo importantes modificaciones sobre el DL 211 de 1973. Además de la sustitución de sus primeros artículos, así como del reemplazo de la Comisión Resolutiva por el moderno Tribunal de la Libre Competencia, dicha ley eliminó las sanciones penales en contra de conductas colusorias.

La eliminación del carácter penal de las sanciones y su reemplazo por una regulación sancionatoria administrativa fue una decisión política que halló fundamento, como anuncia el Mensaje Presidencial que inició la tramitación del proyecto de ley que en definitiva se transformó en la ley n° 19.911, en dos grandes factores. Entre ellos, es posible destacar, en primer lugar, un compromiso con el principio de legalidad penal, el cual –se sostuvo– no se habría estado satisfaciendo correctamente bajo la regulación del antiguo DL 211, por cuanto el tipo penal

---

<sup>89</sup> *Ibid.* pp. 243-244.

<sup>90</sup> *Ibid.* pp. 247-254.

<sup>91</sup> Información disponible en línea en el sitio web: <http://www.fne.gob.cl/jurisprudencia-en-libre-competencia/decisiones-comisiones-antimonopolio/>

<sup>92</sup> *Ídem.*

<sup>93</sup> *Ídem.*

<sup>94</sup> *Ídem.*

<sup>95</sup> *Ídem.*

<sup>96</sup> *Ídem.*

<sup>97</sup> Sobre el “Fiscal Económico”, véase *supra* n. 67.

<sup>98</sup> Declaración del Fiscal Económico Gilberto Villablanca recogida en BERNEDO, P. *op. cit.* en n. 52, p. 99 y ulteriores referencias.

resultaba excesivamente vago.<sup>99</sup> En segundo lugar, el escaso rendimiento disuasorio de la sanción penal inspiró el reemplazo de las sanciones penales privativas de libertad por multas administrativas más altas y hacer solidariamente de su pago a directores, gerentes o administradores de las empresas que incurrieren en conductas contra la libre competencia. Se estimó que el potencial rendimiento disuasivo de la norma sería mayor por esta vía.<sup>100</sup>

No obstante la entrada en vigencia de la Ley N° 19.911, la cuestión de las sanciones penales no quedó zanjada tan fácilmente. En el contexto del así llamado “Caso Farmacias”<sup>101</sup> surgió la pregunta sobre la aplicabilidad de *viejos tipos penales*, consagrados en el código penal chileno, en sus artículos 285 y 286, contenidos en el Libro II, Título VI, Párrafo 7°. Estos disponían en ese momento como sigue:

*Art. 285.- Los que por medios fraudulentos consiguieren alterar el precio natural del trabajo, de los géneros o mercaderías, acciones, rentas públicas o privadas, o de cualesquiera otras cosas que fueren objetos de contratación, sufrirán las penas de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales.*

---

<sup>99</sup> Nótese cómo ello ya lo había hecho notar DEPOLO RAZMILIC, R. “El régimen jurídico de defensa de la libre competencia en Chile. Algunas proposiciones para su despenalización”, Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, vol. XVIII, 1997, pp. 436-437.

<sup>100</sup> Por ambas, ver Historia de la Ley N° 19.911, pp. 12-13.

<sup>101</sup> HERNÁNDEZ, H. *op. cit.* en n. 28, p. 148, n. 1, muy precisamente ha descrito los hechos más relevantes del caso, en lo que nos interesa, como sigue: “Luego de una ‘guerra de precios’ mantenida durante los años 2006 y 2007, las tres principales cadenas farmacéuticas del país habrían acordado, a fines de 2007, ponerle término a la misma y resarcirse de las pérdidas sufridas a consecuencia de ella mediante el aumento coordinado del precio a público de un grupo creciente de medicamentos. Luego de varias denuncias y de la pertinente investigación, con fecha de 9 de diciembre de 2008, la Fiscalía Nacional Económica (en adelante FNE) formula ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante TDLC) un requerimiento por prácticas colusorias contra las tres empresas. En marzo de 2009 una de las requeridas reconoce los hechos y su participación en los mismos, provocando el gran escándalo que ha rodeado el caso. Esta revelación se da en el contexto de un acuerdo conciliatorio con la FNE (que le implicó un pago de 1.350 UTM, la elaboración de un Código de Conducta y la aportación de antecedentes respecto de las prácticas objeto del requerimiento), formalizado con fecha 23 de marzo de 2009 y aprobado por el TDLC con fecha 13 de abril del mismo año. Por sentencia de 31 de enero de 2012 el TDLC condena a las otras dos empresas al pago de una multa de 20.000 UTM cada una”.

*Art. 286.- Cuando el fraude expresado en el artículo anterior recayere sobre mantenimientos u otros objetos de primera necesidad, además de las penas que en él se señalan, se impondrá la de comiso de los géneros que fueren objeto del fraude.*

A este respecto, HÉCTOR HERNÁNDEZ observó que, no obstante ninguno de los dos artículos se refiere específicamente a la “colusión de precios”, tal modalidad perfectamente podía constituir al menos una de las hipótesis del “medio fraudulento” que exigía la tipificación del artículo 285.<sup>102</sup> Su aplicabilidad, sin embargo, se desestimó por parte del tribunal.<sup>103</sup>

**d) Legislación penal vigente en Chile: artículo 62 del DL 211.**

Hasta aquí se ha ofrecido una explicación acerca de cómo es que en Chile existe una regulación antimonopólica y que ha pretendido facilitar la libre competencia de larga data. Sin embargo, un conjunto de casos relativamente reciente<sup>104</sup> demostró cómo, a pesar de la regulación entonces vigente, los incentivos para la abstención de conductas colusorias no estaban bien distribuidos, siendo más rentable, en algunos casos, soportar los costos de la sanción administrativa. En definitiva, la prohibición de conductas colusivas reforzadas con la amenaza de penas privativas de libertad no tuvo un rendimiento intimidatorio suficiente, y los mecanismos de imposición de multas para castigar a los responsables de coludirse demostraron su ineficiencia.

Es en tal contexto que en 16 de marzo de 2015, la presidenta MICHELLE BACHELET JERIA hizo envío del Mensaje N° 009-363 a la Cámara de Diputados, con el cual dio inicio al proyecto de ley que, en definitiva, llegaría a transformarse en la Ley N° 20.945. Con una mayoría

---

<sup>102</sup> Profusamente, HERNÁNDEZ, H. *op. cit.* en n. 28, pp. 149 y ss.

<sup>103</sup> Sentencia pronunciada por el Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, en causa RUC N° 0900281513-0 y RIT O-531-2014, con fecha 28 de julio de 2015. Se presentaron recursos de nulidad en contra de dicha sentencia, mas estos fueron desechados en sentencia Rol N° 3139/2015, pronunciada por la Ilustre Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 29 de diciembre de 2015.

<sup>104</sup> Como botón de muestra, téngase presente la existencia de los en el la discusión pública se conocieron como el “Caso farmacias” (2012); “Caso refrigeradores” (2012); “Caso navieras” (2015); “Caso pollos” (2015); “Caso papel confort” (2015), entre otros. Véase una breve descripción de estos y otros casos de colusión en los últimos años en Chile, disponible en:

<http://www.emol.com/noticias/Economia/2016/12/23/836884/Los-casos-de-colusion-que-han-remecido-el-mercado-chileno.html>

en el Congreso que, en el papel, facilitaría la aprobación de los proyectos de ley enviados por el Ejecutivo, se trataba de una oportunidad histórica para repensar, a partir de las imperfecciones de la regulación previa, un sistema legal mejorado para promover y proteger la libre competencia.

En el Mensaje N° 009-363 se reconoció el sustantivo avance que Chile había tenido en materia de promoción y defensa de la libre competencia en los mercados en los últimos años, destacando muy especialmente las modificaciones introducidas por la ley N° 19.911, de 2003, y la Ley N° 20.361, de 2009. No obstante dicho reconocimiento, se admitió la necesidad de introducir nuevas modificaciones y ajustes institucionales que tuvieran un adecuado y suficiente potencial rendimiento preventivo y sancionador de las prácticas anticompetitivas. El fundamento último de la necesidad de defender y promover la libre competencia, fue descrito en el Mensaje de la siguiente manera:

*La defensa de la libre competencia es esencial para el desarrollo de Chile. Ella garantiza la existencia de mercados en los cuales impere una competencia basada en los méritos, que permita que las empresas ofrezcan bienes y servicios de mejor calidad, mayor variedad, innovadores y al menor precio posible. Asimismo, propicia una sociedad más justa y democrática, en la cual exista confianza en los mercados y en que quienes cuenten con poder económico no se aprovechen del mismo para cometer abusos que generan serios daños a todos los chilenos.<sup>105</sup>*

En definitiva, se incorporó el artículo 62<sup>106</sup> al DL 211 a través de la Ley N° 20.945, cuyo inciso primero dispone como sigue:

---

<sup>105</sup> Por todas las referencias, véase la HISTORIA DE LA LEY N° 20.945, p. 295.

<sup>106</sup> Se trata este del extracto de un artículo que corresponde al Título V del DL 211, bajo el título “De las sanciones penales”, el cual antes de esta modificación no existía. El mismo artículo agrega, a renglón seguido de la reproducción aquí plasmada, (1) la existencia de penas accesorias (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); (2) reglas especiales de determinación de la pena; (3) la aplicabilidad de la Ley N° 18.216 en virtud de las reglas generales de su aplicación, con la excepción de que la pena sustitutiva quedará suspendida por el plazo de un año, tiempo durante el cual el condenado deberá cumplir en forma efectiva la pena privativa de libertad a la que fuere sancionado.

*Art. 62.- El que celebre u ordene celebrar, ejecute u organice un acuerdo que involucre a dos o más competidores entre sí, para fijar precios de venta o de compra de bienes o servicios en uno 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 con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.*

Es esta específica modificación al cuerpo del DL 211 el objeto sobre el cual recae el análisis que esta memoria tiene por objetivo. En las siguientes secciones se conceptualizará la distinción entre normas de comportamiento y normas de sanción, para así distinguir unas y otras al interior de la regulación recién reproducida. Hecha tal distinción, se elaborará un esquema de trabajo a partir del principio de proporcionalidad constitucional, para finalmente, hacia el final de esta Memoria, aplicar tal principio a la norma de comportamiento y norma de sanción vinculadas al delito de colusión que introdujo la Ley N° 20.945 al DL 211.

### III. NORMAS DE COMPORTAMIENTO Y NORMAS DE SANCIÓN

En la ciencia jurídica contemporánea, el tratamiento que se la ha dado a la imputación de responsabilidad penal, siguiendo a CLAUS ROXIN –como señala HAFFKE–, descansa incontrovertidamente sobre un aparato conceptual de teoría de las normas edificado sobre la distinción entre normas de conducta (o, indistintamente, normas de comportamiento), de una parte, y normas de sanción, de otra.<sup>108</sup> Dicha distinción trasciende la esfera de la teoría de las normas y ha sido también puesta de relieve en el estudio de la sociología del derecho.<sup>109</sup>

La diferencia cualitativa entre normas de comportamiento y normas de sanción están dadas, ante todo (pero no excluyentemente), por los distintos momentos temporales de eficacia de las normas,<sup>110</sup> quedando las normas de conducta dispuestas de un modo, como se verá, *prospectivo* y las normas de sanción de un modo *retrospectivo*.<sup>111</sup> A continuación se explicará separadamente el contenido conceptual de unas y otras normas, relacionándolas y especificándolas.

#### 1. INTRODUCCIÓN A LAS NORMAS DE COMPORTAMIENTO COMO NORMAS DE PROHIBICIÓN O DE REQUERIMIENTO.

Las normas de conducta (o normas primarias) han sido muy precisamente conceptualizadas por JUAN PABLO MAÑALICH del siguiente modo:

*La realización (imputable) del tipo básico de un determinado género delictivo, se corresponde con el quebrantamiento (imputable) de la norma «primaria» de comportamiento susceptible de ser pragmáticamente inferida de la correspondiente norma*

---

<sup>108</sup> HAFFKE, B. El significado de la distinción entre norma de conducta y norma de sanción para la imputación jurídico-penal. En: SCHÜNEMANN, B. & FIGUEREIDO DIAS, J. (coords.), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*. Barcelona, Bosch, 1995, p. 129.

<sup>109</sup> *Ibid.*, p. 129.

<sup>110</sup> *Ibid.*, p. 133.

<sup>111</sup> *Ídem.*

*«secundaria» de sanción, esto es, de aquélla cuyo supuesto de hecho (atómico) se identifica con ese mismo tipo de «delito genérico».*<sup>112</sup>

La conceptualización ofrecida por MAÑALICH echa mano a la dogmática jurídica como herramienta para verificar la (falta de) satisfacción de la descripción típica de una norma de sanción penal, esto es, la descripción del supuesto de hecho cuya específica satisfacción constituye el primer paso de imputación de responsabilidad jurídico-penal, la cual estará vinculada a la imposición de una sanción.

La descripción de un tipo delictivo cualquiera puede quedar identificada con un tipo de delito *comisivo*, o bien, con un tipo de delito *omisivo*. En uno y otro caso, la norma de comportamiento estará constituida alternativamente por una norma *prohibitiva* o por una norma *de requerimiento*,<sup>113</sup> respectivamente. La norma prohibitiva *proscribe* una o más acciones. En palabras de MAÑALICH, la norma prohibitiva demarca “*el espacio de juego para la acción* situacionalmente disponible para quienes cuenten como sus destinatarios”.<sup>114</sup> La norma de requerimiento, por su parte, *prescribe* la ejecución de una o más acciones. En palabras del mismo autor, la norma de requerimiento marcará “*acciones, al interior del espacio de juego* situacionalmente disponible, a ser ejecutadas por quienes cuenten como sus destinatarios”.<sup>115</sup>

En cuanto a la función de las normas de comportamiento, en tanto normas de prohibición o normas de requerimiento, consiste en servir de razón para la omisión o la ejecución

---

<sup>112</sup> Véase MAÑALICH, J.P. *Norma, causalidad y acción. Una teoría de las normas para la dogmática de los delitos de resultado puros*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires & Sao Paulo, Marcial Pons, 2014, p. 18. El autor explica cómo metodológicamente la noción de “tipo de delito genérico” se consigue a través de la lectura conjunta de BINDING y BELING. Al respecto, véase la nota 4 de la sección precedentemente citada.

<sup>113</sup> En la doctrina tradicional, se ha favorecido la expresión “norma(s) de mandato” para expresar el mismo contenido normativo. Las razones para optar por la expresión “norma(s) de requerimiento” se encuentran en MAÑALICH, J.P. *op. cit.* en n. 112, p. 19, siguiendo a BLACK, “para neutralizar todo posible resabio imperativista que pudiera estar asociado al uso de [la expresión “norma(s) de mandato”].

<sup>114</sup> *Ídem*. Sobre qué cuenta como “espacio de juego para la acción”, véanse las ulteriores referencias a las que recurre el autor.

<sup>115</sup> *Ídem*.

de acciones de cierto tipo,<sup>116</sup> lo que se deja reconstruir en los términos de un *silogismo práctico*.<sup>117</sup> En tal modelo, la norma de prohibición o de requerimiento exhibirá el estatus de “premisa mayor”. Como MAÑALICH explica:

*Así, si la norma en cuestión está constituida por la correlación del operador deóntico de la prohibición y el tipo (o «género») de acción especificado por la descripción «matar a otro», entonces esa norma contará como una razón para que no sea ejecutada acción particular alguna que ejemplifique ese mismo tipo de acción, esto es: para que sea omitida toda acción que exhiba el conjunto de propiedades que la conviertan en una instancia de matar a otro.*<sup>118</sup>

A partir del extracto reproducido, es posible comprender que si la premisa mayor de una norma prohibitiva está caracterizada por la descripción “matar a otro”,<sup>119</sup> entonces los destinatarios de la norma se deben abstener de ejecutar cualquier acción con el potencial de condicionar causalmente un resultado que deje ser descrito como “matar a otro”, constituyendo cualquiera de estos comportamientos la premisa menor del ejercicio silogístico. Que la norma de comportamiento no esté expresamente consagrada en la descripción típica de un delito cualquiera, en modo alguno puede significar que aquella no se deje formular a partir de esta:<sup>120</sup> puede obtenerse por vía de la formulación contradictoria del supuesto de hecho de la norma de sanción correspondiente.<sup>121</sup>

Más concretamente, el silogismo se deja explicar como sigue: existiendo una norma prohibitiva consistente en el deber de abstenerse de “matar a otro” y existiendo un destinatario de dicha norma que reconoce que por la vía de ejecutar una específica acción (dentro de un

---

<sup>116</sup> Sobre la explicación de la terminología de JOSEPH RAZ al categorizarlas como “razones excluyentes” (y, luego, *protegidas*), véase MAÑALICH, J.P. “Norma e imputación como categorías del hecho punible”, *Revista de Estudios de la Justicia* n° 12, 2010, p. 173. Por su parte, HAFFKE, B. *op. cit.* en n. 108, p. 133, señala que las normas de conducta han de servir de “pautas de comportamiento” que indican y prescriben si ejercer u omitir determinadas acciones.

<sup>117</sup> Véase MAÑALICH, J.P. *op. cit.* en n. 112, p. 20 y ulteriores referencias.

<sup>118</sup> *Ibid.* p. 21.

<sup>119</sup> Se recurre aquí al ejemplo de norma prohibitiva más comúnmente utilizado desde que lo acuñara BINDING. Véase HAFFKE, B. *op. cit.* en n. 108, p. 132.

<sup>120</sup> MAÑALICH, J.P. *op. cit.* en n. 112, p. 171.

<sup>121</sup> Véanse MAÑALICH, J.P. *op. cit.* en n. 116, p. 172; KINDHÄUSER, U. *Teoría de las normas y sistemática del delito*. Lima, Ara Editores, 2008, p. 18.

conjunto de acciones disponibles) condicionará causalmente un resultado describable como “matar a otro”, entonces tendrá que abstenerse de ejecutar cualquiera de las acciones, dentro de aquellas entre las cuales puede escoger, que condicionará causalmente dicho resultado. Lo mismo cuenta, *mutatis mutandis*, en el caso de las normas de comportamiento como normas de requerimiento cuando se trata de delitos de omisión. Satisfecha la posición de garante de un individuo destinatario de la norma de requerimiento respecto de otro cualquiera (sigamos trabajando, por ahora, con la descripción típica “matar a otro”), entonces el destinatario de la norma tendrá que ejecutar alguna de las acciones disponibles que eviten la verificación del resultado consistente en “que otro resulte muerto”.

Cabe aquí hacer notar un importante alcance que ya evidenció el profesor MAÑALICH RAFFO en su trabajo *Normas permisivas y deberes de tolerancia*, siguiendo a BINDING, y es que las normas de comportamiento cuyo quebrantamiento imputable puede resultar punible no constituyen normas propiamente jurídico-penales, sino que constituirían normas de derecho público en general.<sup>122</sup> Son, de esta manera, normas *conceptualmente anteriores* a aquellas directamente vinculadas con el régimen de derecho sancionatorio por antonomasia que constituye el derecho penal.<sup>123</sup> Su relación con el derecho penal es de carácter *referencial*, por cuanto estas son parte del objeto de referencia de aquel,<sup>124</sup> sin por ello ser constitutivas de su complejo aparataje normativo.

## 2. INTRODUCCIÓN A LAS NORMAS DE SANCIÓN

Las normas de sanción (que pueden ser entendidas como una especie del género más amplio de normas secundarias), a diferencia de las normas de comportamiento, son normas propiamente jurídico-penales<sup>125</sup> que regulan el tratamiento de infracciones a normas de comportamiento cuyo seguimiento en el pasado no tuvo lugar.<sup>126</sup> Sus destinatarios no son (necesariamente, pues pueden llegar a serlo) los mismos destinatarios de la norma de conducta,<sup>127</sup>

---

<sup>122</sup> MAÑALICH, J.P. *op. cit.* en n. 112, p. 171 y ulteriores referencias.

<sup>123</sup> *Ídem.*

<sup>124</sup> *Ídem.*

<sup>125</sup> Véase MAÑALICH, J.P. “Normas permisivas y deberes de tolerancia”, Revista chilena de Derecho, vol. 41, n° 2, 2014, p. 501.

<sup>126</sup> Véase HAFFKE, B. *op. cit.* en n. 108, p. 133.

<sup>127</sup> Véase HAFFKE, B. *op. cit.* en n. 108, pp. 133-134.

sino el “cuadro de funcionarios que habilita la imposición de la sanción correspondiente”<sup>128</sup> una vez verificado el quebrantamiento de la norma de comportamiento. Se trata, luego, de aquellos funcionarios que tienen a su cargo la persecución y la jurisdicción penal.<sup>129</sup> Esta función *primaria* de la norma<sup>130</sup> de sanción por cierto que no excluye otras funciones *secundarias*, tales como informar y avisar a los destinatarios de la norma de comportamiento qué consecuencia jurídica<sup>131</sup> se arriesga por el quebrantamiento (imputable) de normas de comportamiento reforzada por sendas normas de sanción.

La estructura de las normas de sanción es de carácter condicional,<sup>132</sup> solamente cobrando relevancia práctica una vez que se ha verificado un determinado supuesto de hecho contenido en la descripción típica de un delito cualquiera. En otras palabras, el quebrantamiento imputable de una norma de comportamiento extraída de la tipificación de un injusto cualquiera (por de pronto, extraída de cualquiera de los delitos contenidos en la parte especial de un código penal) echará a andar el mecanismo institucional a través del cual se espera que el destinatario de la norma de sanción, de hecho, cumpla con aquello que se le exige en tanto tal. Es de suma importancia no obviar que las normas de sanción no se encuentran vinculadas únicamente a los tipos delictivos de la parte especial, sino que también –y muy sensiblemente– a las reglas generales de imputación y a los presupuestos del proceso penal.<sup>133</sup> En resumen, la norma de sanción tiene como presupuesto la infracción de una directiva de conducta, la satisfacción de presupuestos de imputación sustanciales y procesales, y la defraudación de una expectativa institucionalizada, por la vía del cuestionamiento de su validez,<sup>134</sup> que no alcanza a ser reestabilizada por el agente mediante mecanismos alternativos.<sup>135</sup>

---

<sup>128</sup> Véanse MAÑALICH RAFFO, J.P. *op. cit.* en n. 112, p. 172 y, más restrictivamente, MIR PUIG, S. *Derecho Penal Parte General*, Montevideo y Buenos Aires, B de F, 2015, p. 61, quien señala que la norma de sanción está dirigida “*al juez, obligándole a imponer una pena en caso de que se cometa el delito de que se trate*”.

<sup>129</sup> Véase KINDHÄUSER, U. *op. cit.* en n. 121, p. 18.

<sup>130</sup> Esta función es lo que MIR PUIG ha llamado “*función de transmisión de normas*”. Véase MIR PUIG, S. *op. cit.* en n. 128, p. 61.

<sup>131</sup> *Ídem*.

<sup>132</sup> Véase MAÑALICH RAFFO, J.P. *op. cit.* en n. 112, p. 171.

<sup>133</sup> Véase KINDHÄUSER, U. *op. cit.* en n. 121, p. 18.

<sup>134</sup> Véase CONTRERAS, L. *Normative Kriterien zur Bestimmung der Sorgfaltspflichten des Produzenten*. Berlin, Duncker & Humboldt, 2012, p. 17.

<sup>135</sup> Véase SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Normas y acciones en Derecho penal*. Buenos Aires, Hammurabi, 2003, p. 38.

Hasta aquí se ha planteado la distinción entre normas de comportamiento y normas de sanción con el objetivo de hacer asible su específica relación en la dogmática jurídico-penal, así como también en la *sociología* del derecho penal:<sup>136</sup> las normas de sanción *refuerzan* normas de comportamiento. Es en ese reforzamiento en donde estas encuentran un criterio institucionalizado de reconocimiento.

### **3. LAS NORMAS DE COMPORTAMIENTO Y LA NORMA DE SANCIÓN EN LA TIPIFICACIÓN DEL NUEVO DELITO DE COLUSIÓN EN EL ART. 62 DEL DL 211**

Como se señaló anteriormente, la ley 20.945 modificó el DL 211 de 1973. El conjunto de modificaciones que en la nueva versión del DL 211 se expresa, importó la incorporación de tanto las normas de comportamiento como la norma de sanción asociada al delito de colusión. A continuación, se reproduce el extracto que nos interesa de la norma, para luego aclarar algunas de las cuestiones que deben ser tomadas en consideración para el más correcto estudio de la misma y, en particular, para su sometimiento a un análisis de legitimidad a la luz del principio de proporcionalidad.

#### **a) LAS NORMAS DE COMPORTAMIENTO EN LA TIPIFICACIÓN DEL NUEVO DELITO DE COLUSIÓN EN EL DL 211**

La descripción del nuevo tipo penal de colusión está consagrado en el artículo 62 del DL N° 211, el cual reza como sigue:

*Art. 62.- El que celebre u ordene celebrar, ejecute u organice un acuerdo que involucre a dos o más competidores entre sí, para fijar precios de venta o de compra de bienes o servicios en uno 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 con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.*

---

<sup>136</sup> Véase HAFFKE, B. *op. cit.* en n. 108, p. 129.

Es fundamental, primeramente, que exista claridad acerca de quiénes son los destinatarios de la norma de comportamiento, pues es respecto de sus específicas conductas que la(s) norma(s) de comportamiento del artículo 62 del DL 211 puede(n) exigir omitir u ejecutar determinadas acciones con tal de no infringir el tipo.

Ante todo, sería un grave error considerar que solamente los competidores al interior de un determinado mercado fueran destinatarios de la norma. Bastará con constatar que su tenor literal se refiere a “el que celebre u ordene celebrar” para advertir que no es necesario que el sujeto activo sea un competidor para poder impedir, restringir o entorpecer la libre competencia. Lo anterior es consistente con lo que ha señalado el propio Tribunal de la Libre Competencia, al establecer que autoridades con potestades administrativas bien pueden infringir la libre competencia sin necesidad de ser competidores.<sup>148</sup> En definitiva, cualquier persona puede quedar constituida como sujeto activo de la norma, con el límite de que debe tratarse de una persona natural y no jurídica, en razón del así llamado “principio de personalidad”.<sup>149</sup>

Zanjada la cuestión sobre los destinatarios de la norma de conducta, resta formular en términos contradictorios<sup>152</sup> los supuestos de hecho contenidos en el art. 62 del DL 211.

***Art. 62.-** El que celebre u ordene celebrar, ejecute u organice un acuerdo que involucre a dos o más competidores entre sí, para fijar precios de venta o de compra de bienes o servicios en uno 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 con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.*

---

<sup>148</sup> Véase Sentencia N° 20/2005 del TDLC, Considerando 8°. Dicho pronunciamiento es consistente con lo que ya decía la jurisprudencia de la Comisión Resolutiva. Véase, por ejemplo, resolución N° 239/1986, vistos 7, letra b).

<sup>149</sup> CURY URZÚA, E. Derecho Penal Parte General, Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, p. 90.

<sup>152</sup> Véase supra n. 121.

A primera vista, resulta evidente –en términos enunciativos, pues la específica prueba de cada conducta, por regla general, será un ejercicio, antes que evidente, sumamente complejo– que la formulación de las normas de comportamiento contenidas en el mentado literal, se dejan formular de la siguiente manera: a los destinatarios de la norma les está prohibido celebrar y/u ordenar celebrar, ejecutar u organizar acuerdos que involucre a dos o más competidores entre sí, para (1) fijar precios de venta o de compra de bienes o servicios en uno o más mercados; (2) limitar la producción o provisión de dichos bienes o servicios; (3) dividir, asignar o repartir zonas o cuotas de mercado; o (4) afectar el resultado de licitaciones realizadas por empresas públicas, privadas prestadoras de servicios públicos, u órganos públicos.

Formulada así la cuestión, es claro que la norma de comportamiento se deja identificar con la prohibición de lo que previamente ha sido conceptualizado gruesamente como “conductas colusorias”. Desde luego, serán los tribunales los órganos que doten de contenido específico a las normas de conducta<sup>153</sup> contenidas en el tipo.<sup>154</sup> Para efectos de esta Memoria, lo relevante es, *grosso modo*, cómo es que los destinatarios de la norma de comportamiento quedan obligados a abstenerse de determinados comportamientos –que en otras circunstancias no se abstendrían de ejecutar; en algunos casos, muy por el contrario– para no ser sancionados.

---

<sup>153</sup> Así lo ha indicado también la Fiscalía Nacional Económica. Véase FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, Respuesta a los comentarios del primer borrador de febrero de 2018 “Guía Interna para la interposición de querellas por el delito de colusión”, disponible en: <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2018/06/Respuestas-gu%C3%ADa-querellas-final.pdf>, p. 2. A la fecha de entrega de esta Memoria, no había habido requerimientos ni mucho menos sentencias que pudieran arrojar luces sobre la comprensión institucional del sentido y alcance de la norma de conducta, más allá del que se extrae del solo tenor literal.

<sup>154</sup> Interesantes comentarios se han vertido acerca del “título de imputación” a este respecto, pues el tipo parece contemplar diáfananamente actos preparatorios y figuras de inducción, para facilitar la persecución eficiente del delito en cuestión y, a su vez, hacer frente a las dificultades que podrían surgir a partir de la complejidad estructural de personas jurídicas que pudieren ser utilizadas para cometer el ilícito en cuestión. Véase: ROSENBLUT, V. y MOREIRA, A. Informe sobre análisis y propuesta de criterios político criminales aplicables al ejercicio de la acción penal en materia de libre competencia, 2017, <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2018/02/MRyCIA.pdf>, pp. 6-7. Los mismos autores, sin definir una conducta típica en términos positivos, pretenden ofrecer casos que estarían excluidos de ella (véase p. 21).

**b) LA NORMA DE SANCIÓN EN LA TIPIFICACIÓN DEL NUEVO DELITO DE COLUSIÓN EN EL DL 211**

La norma de sanción en la tipificación del nuevo delito de colusión en el DL 211, está contenida en el propio artículo 62 del mismo, cuyo inciso primero reza como sigue:

*Art. 62.- El que celebre u ordene celebrar, ejecute u organice un acuerdo que involucre a dos o 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 con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.*

El mismo artículo contiene mecanismos especiales de determinación de la pena, además de la especificación de penas accesorias, sobre las cuales no nos pronunciaremos en este trabajo, pues lo que nos interesa es determinar si acaso se satisfacen o no las exigencias del principio de proporcionalidad constitucional en las normas de conducta y norma de sanción que se desprenden del artículo 62 inciso primero del DL 211. Justamente del análisis de dichos requisitos es que se trata la siguiente sección.

#### IV. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

##### 1. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD CONSTITUCIONAL: NOCIONES GENERALES

El constitucionalismo contemporáneo se ha erguido sobre la consciencia de que una prelación absoluta de ciertos derechos o principios por sobre otros no es posible en el contexto en el que este ha surgido. La flexibilidad que ellos exhiben responde a que ellas deben ser compatibles con proyectos políticos, económicos y sociales diversos entre sí, pudiendo adaptarse al espíritu de los tiempos (*Zeitgeist*) sin que sea necesario introducir modificaciones a la Carta Magna.

La imposibilidad para establecer prelación absoluta entre derechos vale tanto para derechos de los que son titulares los privados como entre las facultades de la administración y los derechos de los particulares. Este último caso es relevante a efectos de responder a la pregunta acerca de la legitimidad de las obligaciones que se pueden imponer a las personas a través de las vías institucionales.

Por ejemplo, piénsese en las siguientes preguntas: (1) ¿puede una ley legítimamente prohibir que vehículos especialmente contaminantes circulen ciertas condiciones? (2) ¿Puede una ley legítimamente prohibir que vehículos rojos o verdes circulen bajo ciertas condiciones? (3) ¿Puede una ley legítimamente imponer la circulación de vehículos especialmente contaminantes bajo ciertas condiciones? (4) ¿Puede una ley legítimamente imponer la circulación de vehículos rojos o verdes bajo ciertas condiciones? A pesar de que la respuesta a cada una de esas preguntas pueda parecer fácil *desde la intuición*, lo cierto es que –dogmáticamente– no existe una respuesta correcta *a priori* para cada una de ellas. La respuesta a cada una de ellas estará dada por la comprensión que exista acerca de los límites de los derechos y atribuciones de los que cada una de las partes involucrada sea titular.

Dicha comprensión está modulada en nuestro derecho con especial fuerza por el principio de proporcionalidad constitucional. CÁRDENAS GRACIA ha sostenido que:

*El principio de proporcionalidad no está pensado para brindar certezas plenas pero sí está diseñado para alcanzar una racionalidad y unas certezas plausibles en caso de colisión entre principios constitucionales; asimismo, sirve para determinar decisiones racionales y correctas que no aspiran a ser la única respuesta correcta pero sí una que esté justificada y pueda sostenerse en la deliberación jurídica y democrática de las sociedades pluralistas y democráticas (...). Además, es un método interpretativo constitucional para solucionar conflictos entre principios de ese carácter, principalmente para resolver conflictos o colisiones entre derechos fundamentales, o conflictos entre derechos fundamentales y otros principios jurídicos de naturaleza constitucional.*<sup>165</sup>

El principio de proporcionalidad es, pues, utilizado para interpretar los preceptos constitucionales y legales que pudieren colisionar. Su utilidad, transversal a múltiples ramas del derecho, resulta especialmente evidente en aquellas en las que la afectación de derechos es esencial, como son el derecho administrativo y el derecho penal, las dos grandes áreas de manifestación del *ius puniendi*.

A continuación, se examinará –en el contexto de las leyes penales– el desarrollo y el contenido del principio de proporcionalidad. Aclarado cómo se vuelve operativo dicho principio en materia penal, se analizará el precepto que es el objeto de estudio de esta Memoria.

## **2. REFERENCIA A MECANISMOS DE LEGITIMACIÓN DE SANCIONES PENALES**

El primer paso para llegar a comprender el rol que juega el principio de proporcionalidad en el contexto del derecho penal está constituido por saber que el estudio del derecho penal subjetivo se estructura sobre dos grandes pilares. De una parte, un primer objeto de estudio está constituido por la facultad estatal de la definición de los delitos, lo que tradicionalmente cabe dentro del concepto *ius puniendi*.<sup>166</sup> De otra parte, un segundo objeto de estudio versa sobre la

---

<sup>165</sup> CÁRDENAS GRACIA, J. “Noción, justificación y críticas al principio de proporcionalidad”. Boletín Mexicano de Derecho Comparado n° 139, 2014, p. 67.

<sup>166</sup> MEDINA CUENCA, A. “Los principios limitativos del *ius puniendi* y las penas alternativas a las privativas de libertad”. IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C. n° 19, 2007, p. 88.

facultad estatal de perseguir al infractor. La doctrina ha trabajado con este último bajo el concepto de *ius persecuendi*.<sup>167</sup>

La definición estatal de qué cuenta como delito, en general, y qué clases de delitos, en particular, sancionarán la infracción de determinadas normas de comportamiento, así como la determinación por parte del Estado de los presupuestos cuya satisfacción dará lugar a una condena sobre una persona humana en tanto *delincuente* son asuntos especialmente delicados. Que se trate de potestades estatales particularmente espinudas responde a la sensible afectación eventual a derechos fundamentales que tales potestades son susceptibles de generar si no son, de alguna manera, limitadas.<sup>168</sup>

Copiosas reflexiones político-criminales al respecto han tenido lugar desde el siglo XVIII, no obstante los primeros atisbos de límites al poder estatal son muy anteriores. A la fecha, y como parcial consecuencia del surgimiento de la idea de derechos humanos<sup>169</sup> a mediados del siglo XX, se ha esbozado una pluralidad de principios limitadores a la pena. Entre ellos, es posible identificar el principio de legalidad penal, la seguridad jurídica, el principio de igualdad ante la ley, el principio de humanidad o de dignidad humana, el principio de proporcionalidad y el principio *ne bis in idem*, entre otros.<sup>170</sup>

Así, pues, el principio de proporcionalidad es solamente uno de los mecanismos de legitimación de la pena. En su identificación y explicación se concentrarán las siguientes secciones.

---

<sup>167</sup> Véanse LUNA, J. *La proporcionalidad como principio limitador en la determinación e imposición de las penas*. En: VV.AA., *Estudios en homenaje a César Esquinca Muñoa*, Fundación Académica Guerrerense, 2012, pp. 317-318 y ulteriores referencias.

<sup>168</sup> El ejercicio del *ius puniendi* importa, necesariamente, la afectación de derechos fundamentales. Su limitación responde a evitar que tal afectación sea excesiva o arbitraria, y que se encuentre en todo caso justificada.

<sup>169</sup> Véase LUNA, J. *op. cit.* en n. 167, p. 318.

<sup>170</sup> Véanse LUNA, J. *op. cit.* en n. 167, p. 322, MEDINA CUENCA, A. *op. cit.* en n. 166, p. 88.

### 3. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO MECANISMO DE LEGITIMACIÓN DE LA SANCIÓN PENAL: ORIGEN, CONCEPTO Y CONTENIDO

#### a) EL ORIGEN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Es posible rastrear el origen remoto de lo que contemporáneamente se conoce en la doctrina como “principio de proporcionalidad” a la Antigua Grecia.<sup>171</sup> Ya en la lectura de PLATÓN es posible intuir una pretensión de justicia plenamente compatible con una exigencia – aún muy poco elaborada en relación al complejo aparato conceptual con el que hoy trabajan los autores– de proporcionalidad en el castigo. En “Las leyes”, PLATÓN, en la voz de *El Ateniese*, anticipaba que “[p]ara el ladrón no habrá más que una ley que servirá para castigar toda clase de robos, sin tomar en consideración la cuantía de éstos, y en todo caso una sola pena”.<sup>172</sup>

Hubo que esperar, sin embargo, hasta la época de *la Ilustración*<sup>173</sup> para que aquellas ideas que inspiraban el antiguo principio de proporcionalidad se encontraran suficientemente maduras y decantadas como para que algunas de sus figuras epónimas –destacando entre ellas muy especialmente el MARQUÉS CESARE DE BECCARIA, quien sembrara (probablemente sin saberlo) las primeras semillas para la emergencia de una justicia penal garantista– las pudieran desarrollar y divulgar con éxito.<sup>174</sup>

Así, BECCARIA, en su famoso tratado *De los delitos y de las penas*, señaló, arrancando desde la defensa de una teoría abiertamente prevencionista de la justificación de la pena,<sup>175</sup> que:

---

<sup>171</sup> Véanse AGUADO CORREA, T. *El principio de proporcionalidad en el Derecho Penal*, Madrid, Edersa, 1999, p. 55; BARNES, J. “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, *Revista de Administración Pública*, n° 135, 1994, p. 38.

<sup>172</sup> Véase PLATÓN. *Las leyes*. Barcelona, Iberia, vol. II, 1962, p. 109.

<sup>173</sup> Véanse FERNÁNDEZ CRUZ, J.Á. “El juicio constitucional de proporcionalidad de las leyes penales: ¿la legitimación democrática como medio para mitigar su inherente irracionalidad?”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, n° 1, 2010, p. 52; FUENTES, H. “El principio de proporcionalidad en el Derecho penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena”, *Ius et Praxis*, n° 2, 2008, p. 17. Para una revisión del ideario ilustrado sobre el cual se edificaron las bases de lo que se entenderá como el principio de proporcionalidad, véase BERNAL PULIDO, C. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pp. 38-50

<sup>174</sup> AGUADO CORREA, T. *op. cit.* en n. 171, pág. 55.

<sup>175</sup> Véase BECCARIA, C. (2000). *De los delitos y las penas*. México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2000, pp. 238-315.

*No sólo es interés común que no se comentan delitos, sino que sean menos frecuentes proporcionalmente al daño que causan a la sociedad. Así pues, más fuertes deben ser los motivos que retraigan a los hombres de los delitos a medida que son contrarios al bien público, y a medida de los estímulos que los inducen a cometerlos. Debe por esto haber una proporción entre los delitos y las penas.*<sup>176</sup>

Como se ve, se trata de la formulación primigenia de una exigencia a las sanciones penales de lo que más adelante se revisará bajo el nombre de “proporcionalidad en sentido estricto” como uno de los elementos constitutivos del moderno principio de proporcionalidad: la gravedad de la sanción que se impone al agente debe conforme a la gravedad de cada delito bajo el cual se pueda subsumir su conducta.

El principio de proporcionalidad *en sentido amplio* no fue el único presupuesto del derecho penal moderno que se desarrolló a lo largo de esta época. Le acompañaron el principio de legalidad y la exigencia de certeza jurídica, la igualdad ante la ley y, privilegiadamente, la necesidad de calculabilidad y mensurabilidad de las penas.<sup>177</sup> Es porque el principio de proporcionalidad actualmente ostenta una posición relevante en la agenda pública que se recurrirá a este y no a otros, en el análisis de las normas en comento, sin perjuicio de la radical relevancia que exhiben unos y otros.

#### **b) CONCEPTUALIZACIÓN CONTEMPORÁNEA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO PENAL**

Lo que explica el privilegio del principio de proporcionalidad en la discusión jurídico penal actual es el –en este punto, no tan reciente y más bien instalado– tránsito desde el “buen y viejo derecho penal liberal”, respecto del cual se predica que está en una situación crítica, hacia nuevos paradigmas,<sup>178</sup> y con especial fuerza al que se conoce como “derecho penal moderno”,

---

<sup>176</sup> BECCARIA, C. *op. cit.* en n. 175, pp. 225.

<sup>177</sup> Véase AGUADO CORREA, T. *op. cit.* en n. 171, p. 55.

<sup>178</sup> Véanse DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *op. cit.* en n. 6, pp. 03:1 y ss.; DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2005, p. 01:02; CANCIO MELIÀ, M., «Derecho Penal» del enemigo y delitos de

el cual se sostiene sobre cuatro propiedades fundamentales: (1) la ampliación de los ámbitos de intervención del derecho penal;<sup>179</sup> (2) la flexibilización de los principios y garantías jurídico-penales liberales del Estado de Derecho;<sup>180</sup> (3) la restricción en las garantías y derechos procesales de los imputados;<sup>181</sup> y (4) la desproporcionalidad de las penas.<sup>182</sup>

Una correcta conceptualización de lo que en la actualidad se entiende por principio de proporcionalidad facilitará, en consecuencia, la comprensión de las nuevas tendencias asociadas a la técnica legislativa jurídico-penal más reciente, en general, y permitirá analizar críticamente la emergencia de nuevas regulaciones jurídico penales –o la actualización de antiguas– que se enmarquen en estas tendencias, en particular.

La formulación actual del principio de proporcionalidad se debe, en gran medida, al Tribunal Constitucional Federal Alemán (en alemán, Bundesverfassungsgericht. En adelante, se hará referencia a este con la abreviatura que tradicionalmente se le asigna: BVerfG).<sup>183</sup> Este

---

terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000, *Jueces para la Democracia* n° 44, 2002, p. 19; CANCIO MELIÀ, M. ¿“Derecho Penal del Enemigo”? en JAKOBS, G. y CANCIO MELIÀ, M. *Derecho Penal del Enemigo*, Madrid, Civitas, 2003, pp. 62 y ss.; GRACIA MARTÍN, L. “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado «derecho penal del enemigo»”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, p. 02:02; PORTILLA CONTRERAS, G. “Fundamentos teóricos del Derecho penal y procesal-penal del enemigo”, *Jueces para la Democracia*, n° 49, 2004, p. 43; para una revisión sobre la misma “crisis” en el derecho penal estadounidense y anglosajón, véase GARLAND, D., *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Barcelona, Gedisa Editorial, 2005, pp. 107 y ss.

<sup>179</sup> Véanse GRACIA MARTÍN, L. *op. cit.* en n. 178, p. 02:2; CANCIO MELIÀ, M., ¿“Derecho penal...” *op. cit.* en n. 178 pp. 62, 65 y ss.; NÚÑEZ LEIVA, J. I. “Un análisis abstracto del Derecho Penal del Enemigo a partir del Constitucionalismo Garantista y Dignitario”, *Política Criminal*, vol IV, n° 8, 2009, pp. 385 y ss., 401.

<sup>180</sup> Véanse GRACIA MARTÍN, L. *op. cit.* en n. 178, p. 02:2; CRESPO, E. *El «derecho penal del enemigo» Darf nicht sein! Sobre la ilegitimidad del llamado “derecho penal del enemigo” y la idea de seguridad*, en: CANCIO MELIÀ, M, y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Buenos Aires, Editorial Montevideo, 2006 p. 482; CANCIO MELIÀ, M. *op. cit.* en n. 178, p. 21.

<sup>181</sup> Véanse GRACIA MARTÍN, L. *op. cit.* en n. 178, pp. 02:9-02:10; PORTILLA CONTRERAS llega a sostener que el moderno derecho penal pretende justificar e intentar legitimar la estructura de un derecho penal y procesal sin garantías (véase PORTILLA CONTRERAS, G. *op. cit.* en n. 178, p. 43); señalando que tal es un medio para que la persecución penal sea más eficaz, CRESPO, E. *op. cit.* en n. 180, p. 479 y DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *op. cit.* en n. 178, pp. 01:2 y 01:4; CANCIO MELIÀ, M. *op. cit.* en n. 178, pp. 80-81; JAKOBS, G. *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, en: JAKOBS, G. y CANCIO MELIÀ, M. *Derecho Penal del Enemigo*, Madrid, Civitas, 2003, pp. 37 y ss.

<sup>182</sup> GRACIA MARTÍN, *op. cit.* en n. 178, p. 02:10; CANCIO MELIÀ, M. ¿“Derecho Penal...” *op. cit.* en n. 178, p. 80.

<sup>183</sup> Véanse AGUADO CORREA, T. *op. cit.* en n. 171, p. 58, FUENTES, H. *op. cit.* en n. 173, p. 26.

recurrió al principio de proporcionalidad, en un comienzo y como recoge TERESA AGUADO en su análisis de la jurisprudencia del BVerfG en materia de principio de proporcionalidad, “*de forma vacilante, en ocasiones puntuales, o bien sin consecuencias sistemáticas*”,<sup>184</sup> pero a partir de 1977, en la “Sentencia de las Farmacias”,<sup>185</sup> su aplicación se generalizó y expandió: se concibió que se trataba de una *medida de constitucionalidad*<sup>186</sup> que debía servir de límite a los poderes públicos en cuanto a su potestad para afectar derechos fundamentales.<sup>187</sup> Sin embargo, no fue allí donde lo definió por primera vez, sino en la “Sentencia sobre el Almacenamiento de Petróleo”,<sup>188</sup> afirmando que:

*El medio previsto por el legislador tiene que ser adecuado y necesario para alcanzar el objetivo propuesto. Un medio es adecuado cuando mediante él puede lograrse el resultado deseado; es necesario cuando el legislador no habría podido optar por un medio distinto, igualmente eficaz que no limitara, o que lo hiciera en menor medida, el derecho fundamental [...]; [por último] en la comparación entre la gravedad del ataque/injerencia y la importancia de los motivos que lo justifican ha de aparecer [el ataque] como razonable para el afectado. La medida no debe ser en exceso gravosa para el afectado.*<sup>189</sup>

Del extracto anterior se desprenden tres de los cuatro elementos sobre los que se estructura el principio de proporcionalidad en su concepción moderna, a saber: (1) el principio de idoneidad (o, en la terminología empleada por el BVerfG, de adecuación); (2) el principio de necesidad; y (3) el principio de proporcionalidad en sentido estricto.<sup>190</sup> El principio de proporcionalidad así construido constituye un verdadero *test* de constitucionalidad de las

---

<sup>184</sup> Véase AGUADO CORREA, T. *op. cit.* en n. 171, p. 64.

<sup>185</sup> BVerfGE, 7, 377.

<sup>186</sup> Véase AGUADO CORREA, T. *op. cit.* en n. 171, p. 64.

<sup>187</sup> Véanse BOROWSKY, M. *Grundrechte als Prinzipien: die Unterscheidung von Prima-facie-Position und definitiver Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte.* (BASCUNÁN RODRÍGUEZ, A. Traductor para fines exclusivamente docentes), Baden-Baden, Nomos, 1998, p. 116; CARBONELL, M. *Presentación: el principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* en: CARBONELL, M. *El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica*, Santiago de Chile, Librotecnia, 2010, p. 12.

<sup>188</sup> BVerfGE 30, 292.

<sup>189</sup> Véase AGUADO CORREA, T. *op. cit.* en n. 171, p. 65 y ulteriores referencias.

<sup>190</sup> Con esta triada –siguiendo la jurisprudencia constitucional alemana y española– ha trabajado la mayoría de los autores. Véanse BARNES, J. *op. cit.* en n. 160, p. 500; BERNAL PULIDO, C. *op. cit.* en n. 173, pp. 35, 611; MIR PUIG, S. *El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del derecho penal.* En: MIR PUIG, S. & QUERALT JIMÉNEZ, J. *Constitución y Principios del Derecho Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 74.

intervenciones realizadas por una autoridad pública, el cual permite solucionar conflictos entre estas y los derechos o principios constitucionalmente garantizados.<sup>191</sup>

En las siguientes secciones se revisará el contenido de cada uno de estos, comenzando por el cuarto elemento –en la dogmática alemana el primero en el examen complejo de la proporcionalidad– (hasta aquí aún ausente): la exigencia de un *fin legítimo*.

#### aa) SUBPRINCIPIO DEL FIN LEGÍTIMO

La mayor parte de la doctrina especializada ha tendido a construir el análisis sobre el principio de proporcionalidad a partir de la triada ofrecida antaño por el Tribunal Constitucional alemán,<sup>192</sup> sin advertir, como modernamente el mismo Tribunal Constitucional lo ha hecho, así como el español,<sup>193</sup> además de algunos autores al analizar el principio en cuestión,<sup>194</sup> que previo al análisis sobre la idoneidad, necesidad y exigencia de proporcionalidad en sentido estricto respecto de una medida adoptada por una autoridad pública para alcanzar un fin cualquiera, debe evaluarse la legitimidad de este último.<sup>195</sup>

Como correctamente ha señalado CARLOS BERNAL al analizar en profundidad el principio de proporcionalidad constitucional, para que se verifique la legitimidad de un fin perseguido a través de alguna de las medidas a ser sometidas a análisis a la luz de dicho principio, aquel debe ser compatible con la Constitución<sup>196</sup> del ordenamiento jurídico al interior del cual se

---

<sup>191</sup> Véanse FERNÁNDEZ CRUZ, J.Á., *op. cit.* en n. 173, p. 58, MIR PUIG, S. *op. cit.* en n. 179, p. 68.

<sup>192</sup> Alguna doctrina minoritaria, sin embargo, ha optado por unificar el subprincipio de idoneidad y el subprincipio de necesidad bajo uno solo, con el nombre de “subsidiariedad”. Para su explicación y fundamentación, véase GARCÍA PÉREZ, O. “La racionalidad de la proporcionalidad de las penas en sistemas orientados a la prevención especial”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología* n° 09-09, 2007, pp. 09:14-09:16.

<sup>193</sup> BERNAL PULIDO, C. *op. cit.* en n. 173, p. 688.

<sup>194</sup> NAVARRO, I. “El principio de proporcionalidad en sentido estricto: ¿principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance global de costes y beneficios?” *InDret. Revista para el Análisis del Derecho* n° 2, 2010, p. 3.

<sup>195</sup> Tal lectura del principio de proporcionalidad *en sentido amplio* ha sido criticada por algún sector de la doctrina. Así, Otto LAGODNY ha llegado a sostener que “el fin legítimo” no importa en lo más mínimo a la doctrina constitucionalista en tanto se vean satisfechas las exigencias de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (LAGODNY, O. *El derecho penal sustantivo como piedra de toque de la dogmática constitucional* en: HEFENDEHL, R. *La Teoría del Bien Jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 133.

<sup>196</sup> BERNAL PULIDO, C. *op. cit.* en n. 173, pp. 688-689.

pretende introducir alguna de tales medidas. Puesto de otro modo, la intervención de la autoridad pública no debe ser incompatible con la Constitución, pero no por ello los fines a los que conduzca deben identificarse exactamente con alguno positivamente prescrito por aquella.

Una doctrina minoritaria, a la que este trabajo no adscribe, ha postulado que, tratándose de una intervención penal aquella de cuyo análisis se trata, no basta con que el fin perseguido sea compatible con la Constitución, sino que será necesario además que exista un bien jurídico cuyo que pueda resultar afectado el efectivo acaecimiento del injusto penal.<sup>197</sup>

#### **bb) SUBPRINCIPIO DE LA IDONEIDAD**

El segundo subprincipio o elemento del principio de proporcionalidad es el de idoneidad, utilidad<sup>198</sup> o adecuación,<sup>199</sup> el cual tiene un carácter eminentemente empírico,<sup>200</sup> toda vez que para verificar su concurrencia es necesario comprobar si acaso las medidas cuya adopción es pretendida por una autoridad pública constituyen o no un medio apto o idóneo para la consecución del fin al que la implementación de la medida en cuestión está orientada.<sup>201</sup> En particular, cuando se trata de la tipificación de una conducta como crimen o simple delito, se requiere que tanto el tipo del injusto como la consecuencia jurídica vinculada a este sean aptos o idóneos para alcanzar el fin pretendido, el cual típicamente será la protección de un (o más, si se trata de delitos *pluriofensivos*) bien jurídico.<sup>202</sup>

Debe tenerse en consideración que la determinación de un medio cualquiera como apto o idóneo para alcanzar determinado fin legítimo –la legitimidad del fin es presupuesto para la

---

<sup>197</sup> STERNBERG-LIEBEN, D. *Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal*. En: HEFENDEHL, R. *La Teoría del Bien Jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 121.

<sup>198</sup> MIR PUIG, S. *op. cit.* en n. 179, pp. 76-77.

<sup>199</sup> BERNAL PULIDO, C. *op. cit.* en n. 173, p. 687.

<sup>200</sup> Véanse FERNÁNDEZ CRUZ, J.Á., *op. cit.* en n. 173, p. 82; HASSEMER, W. *El principio de proporcionalidad como límite a las intervenciones jurídico-penales*. En: ROBLES PLANAS, R. (coord.) *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Barcelona, Atelier Libros, 2012, p. 194.

<sup>201</sup> Véanse AGUADO CORREA, T. *op. cit.* en n. 171, p. 67; BERNAL PULIDO, C. *op. cit.* en n. 173, p. 36; LOPERA MESA, G. *Principio de proporcionalidad y control de constitucionalidad de las leyes penales*. En: CARBONELL, M. (coord.), *El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica*, Santiago de Chile, Librotecnia, 2010, p. 218.

<sup>202</sup> Véase FERNÁNDEZ CRUZ, J.Á., *op. cit.* en n. 173, p. 80.

aplicación de este subprincipio, según ha señalado la doctrina<sup>203</sup> – no requiere que el medio en cuestión sea, por sí solo, suficiente para alcanzarlo.<sup>204</sup> De otra parte, tampoco se requiere que el medio calificado como idóneo *a priori*<sup>205</sup> de hecho permita la consecución del fin: el análisis de la idoneidad del medio recurre a (y requiere un) ejercicio de prognosis,<sup>206</sup> de modo tal que únicamente se excluirán los medios que, *ex ante*, no exhiban un potencial de rendimiento suficiente como para alcanzar, al menos en parte,<sup>207</sup> determinado fin legítimo.<sup>208</sup>

La incorporación del subprincipio de idoneidad como elemento constitutivo del principio de proporcionalidad halla fundamento en la obra de FRANZ VON LISZT, quien es el primero en hablar de dicho subprincipio, recogido luego en los estudios de MAX ERNST MAYER, quien entre los criterios que legitimaban la intervención penal reconoció “la necesidad de protección” de un bien jurídico.<sup>209</sup> La consecuencia de tal reconocimiento es que si la intervención penal no exhibe un potencial rendimiento mínimamente suficiente como para reforzar la norma de comportamiento que tutela un bien jurídico cualquiera, entonces la autoridad debe abstenerse de recurrir a esa intervención, debiendo optar por alguna otra (si alguna).<sup>210</sup> Es lo que autores como SANTIAGO MIR PUIG han llamado “el principio de utilidad” de la intervención penal: esta solo estará legitimada conforme se muestre útil.<sup>211</sup>

### cc) SUBPRINCIPIO DE LA NECESIDAD.

El tercer subprincipio del principio de proporcionalidad es el de necesidad, también conocido como el de “la alternativa menos gravosa”,<sup>212</sup> respecto del cual, no obstante no existe

---

<sup>203</sup> Véanse BERNAL PULIDO, C. *op. cit.* en n. 173, p. 687; BOROWSKY, M. *op. cit.* en n. 187, p. 117, FERNÁNDEZ CRUZ, J.Á., *op. cit.* en n. 173, p. 81.

<sup>204</sup> Véanse AGUADO CORREA, T. *op. cit.* en n. 171, p. 67. Sobre la fisiología del principio de idoneidad, véanse BARNES, J. *op. cit.* en n. 160, pp. 502-503; BERNAL PULIDO, C. *op. cit.* en n. 173, p. 687.

<sup>205</sup> Véanse FERNÁNDEZ CRUZ, J.Á. *op. cit.* en n. 173, p. 81; FUENTES, H. *op. cit.* en n. 173 p. 26.

<sup>206</sup> Véase AGUADO CORREA, T. *op. cit.* en n. 171, p. 67.

<sup>207</sup> Sobre por qué esta conceptualización hace concesiones que la convertirían en una *versión débil* del subprincipio de idoneidad, véase FERNÁNDEZ CRUZ, J.Á. *op. cit.* en n. 173, p. 81.

<sup>208</sup> Véase FERNÁNDEZ CRUZ, J.Á. *op. cit.* en n. 173, p. 81. Agregando que debe tratarse de un fin de carácter público y que los medios deben ser constitucionales, BARNES, J. *op. cit.* en n. 160, p. 503.

<sup>209</sup> Véase AGUADO CORREA, T. *op. cit.* en n. 171, p. 151 y ulteriores referencias.

<sup>210</sup> Véase AGUADO CORREA, T. *op. cit.* en n. 171, pp. 151-152.

<sup>211</sup> MIR PUIG, S. *Derecho penal. Parte General*. Barcelona, Reppertor, 2002, p. 121.

<sup>212</sup> Véase FUENTES, H. *op. cit.* en n. 173, p. 26.

una única formulación estándar, la jurisprudencia y la doctrina predicán un contenido coincidente: se justifica una intervención que afecte derechos fundamentales en la medida en que la autoridad no hubiere podido optar por otro medio igualmente eficaz y menos lesivo para los mismos<sup>213</sup> o derechamente inocuo para ellos;<sup>214</sup> se exige, por tanto, que la intervención sea la más benigna<sup>215</sup> ya sea en cuanto a su intensidad, extensión o duración.<sup>216</sup> Como FERNÁNDEZ CRUZ ha postulado, el subprincipio de necesidad está construido por dos exigencias: una exigencia de racionalidad ética, de una parte, que hallaría fundamento en el principio del daño y cómo la intervención penal debiera resultar lo menos dañina posible; y una exigencia de racionalidad instrumental, de otra parte, por cuanto, de haber otras medidas disponibles, deberá optarse por aquella menos lesiva de entre las igualmente idóneas.<sup>217</sup>

Como se ve, el principio de necesidad tiene como presupuesto lógico la satisfacción del principio de idoneidad,<sup>218</sup> pues presume, para que se recurra a aquel, la existencia de varios medios alternativos<sup>219</sup> orientados a la consecución de un mismo fin y susceptibles de satisfacerlo, y con un potencial de rendimiento equivalente o similar entre ellos. Si hubiere un único medio eficaz disponible para alcanzar el fin en cuestión, no puede haber elección ni contraste posible,<sup>220</sup> de modo que el subprincipio se tendrá por satisfecho sin que haya podido verdaderamente volverse operativo. Por existir, *a priori*, tantos medios alternativos como la imaginación pueda concebir, el órgano que verifique la satisfacción de este subprincipio tendrá que estarse a los conocimientos científicos, técnicos, dogmáticos y generales existentes al momento de llevar a cabo su análisis. Se trata de un examen que debe hacerse en concreto.<sup>221</sup>

En el derecho penal, el principio de necesidad se concretiza en el principio de la exclusiva protección, por su vía, de bienes jurídicos, y en el principio de intervención mínima.<sup>222</sup> A su vez,

---

<sup>213</sup> Véase HASSEMER, W. *op. cit.* en n. 189, p. 195.

<sup>214</sup> Véanse AGUADO CORREA, T. *op. cit.* en n. 171, p. 68, FERNÁNDEZ CRUZ, J.Á., *op. cit.* en n. 173, p. 82.

<sup>215</sup> Véase BERNAL PULIDO, C. *op. cit.* en n. 173, p. 36, 741-752.

<sup>216</sup> Véanse BARNES, J. *op. cit.* en n. 160, pp. 505-506, FERNÁNDEZ CRUZ, J.Á., *op. cit.* en n. 173, p. 83.

<sup>217</sup> Véase FERNÁNDEZ CRUZ, J.Á., *op. cit.* en n. 173, p. 82.

<sup>218</sup> Véanse BARNES, J. *op. cit.* en n. 160, p. 506, BERNAL PULIDO, C. *op. cit.* en n. 162, pp. 737-738.

<sup>219</sup> Véase BERNAL PULIDO, C. *op. cit.* en n. 173, p. 736.

<sup>220</sup> Véase BARNES, J. *op. cit.* en n. 160, p. 506.

<sup>221</sup> Véase FUENTES, H. *op. cit.* en n. 173, pp. 26-27.

<sup>222</sup> Véase AGUADO CORREA, T. *op. cit.* en n. 171, p. 159

de conformidad con una doctrina tradicional y mayoritaria, la exclusiva protección de bienes jurídicos se corresponde, a estos efectos, con el principio de ofensividad o lesividad (*nullum crimen sine iniuria*), lo que se traduce en que la tipificación de todo delito pretende evitar la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico.<sup>223</sup>

#### dd) SUBPRINCIPIO DE LA PROPORCIONALIDAD EN *SENTIDO ESTRICTO*

El cuarto y último subprincipio en el que puede descomponerse el principio de proporcionalidad *en sentido amplio* es el de proporcionalidad *en sentido estricto*, también conocido en la doctrina como el “principio de la razonabilidad”,<sup>224</sup> “genuino juicio de proporcionalidad”<sup>225</sup> o de “exigibilidad”.<sup>226</sup> Este requiere que previamente se hubiere verificado la existencia de un fin legítimo y la determinación de que el medio sometido a análisis es idóneo y necesario.<sup>227</sup> A continuación —y con esto se identifica el contenido esencial de este principio— corresponderá verificar si acaso resulta (o no) excesivamente gravosa la medida para los derechos fundamentales del afectado, y si acaso soportar dicha afectación le es o no exigible.<sup>228</sup> En otras palabras, el medio debe encontrarse en una relación justa o razonable con el fin que se aspira.<sup>229</sup>

MARÍA TERESA AGUADO ha recogido notablemente cómo la doctrina española ha explicado este subprincipio de la manera que sigue:

*En el seno de la doctrina se formula como el principio que indica que «la gravedad de la pena ha de ser proporcional a la gravedad del hecho antijurídico, a la gravedad del injusto; se afirma que la exigencia de proporcionalidad «ha de determinarse mediante un juicio de ponderación entre la carga "coactiva" de la pena y el fin perseguido por la conminación penal»; aquel principio que «exige una concordancia material entre acción*

---

<sup>223</sup> *Ibíd.*, p. 161.

<sup>224</sup> Véase FERNÁNDEZ CRUZ, J.Á., *op. cit.* en n. 173 p. 52.

<sup>225</sup> *Ibíd.*, p. 84.

<sup>226</sup> Véase HASSEMER, W. *op. cit.* en n. 189, p. 196.

<sup>227</sup> Véanse FUENTES, H. *op. cit.* en n. 173, p. 27; HASSEMER, W. *op. cit.* en n. 189, p. 196, MIR PUIG, S. *op. cit.* en n. 179, p. 77

<sup>228</sup> Véase AGUADO CORREA, T. *op. cit.* en n. 171, p. 69.

<sup>229</sup> Véase FERNÁNDEZ CRUZ, J.Á., *op. cit.* en n. 173, p. 84, quien siguiendo a KLUTH rescata la terminología más clásica ofrecida por el Tribunal Constitucional alemán.

*y reacción, causa y consecuencia, delito y consecuencia jurídico-penal»; aquel que «quiere decir que las penas deben ser proporcionadas a la entidad del delito cometido o que éstos no pueden ser reprimidos con penas menos graves que la propia entidad daño causado por el delito»; el principio a través del cual se rechaza «el establecimiento de conminaciones legales (proporcionalidad abstracta) o la imposición de penas (proporcionalidad concreta) que carezcan de toda relación valorativa con tal hecho, contemplado en la globalidad de sus aspectos».*<sup>230</sup>

Así, tendrá que existir un razonable equilibrio entre los costos y beneficios de la intervención bajo análisis: habrá que ponderar el sacrificio que se le exige tolerar al ciudadano con los perjuicios que se irrogarán al interés general si se renuncia a esa intervención,<sup>231</sup> de modo tal que a mayor entidad del perjuicio irrogado sobre el ciudadano, mayor tendrá que ser el peso específico del interés general que fundamenta la intervención en cuestión.<sup>232</sup>

Reconocido el principio de proporcionalidad en sentido amplio en la Constitución de un ordenamiento jurídico cualquiera, si una autoridad pública opta por una medida de intervención para alcanzar un fin cualquiera que no satisfaga copulativamente todos y cada uno de los subprincipios que dan cuerpo al principio de proporcionalidad en sentido amplio, entonces esta ha de declararse inconstitucional.<sup>233</sup>

Por último, es relevante advertir lo que correctamente han notado autores como SANTIAGO MIR PUIG, desde una mirada abiertamente *prevencionista*, respecto de la formulación de este subprincipio en materia penal: este no se refiere a la comparación de la pena impuesta y el delito *ya cometido*. Antes bien, debe considerarse la gravedad del delito *ya cometido* como una gravedad equivalente a todos los delitos formalmente idénticos que se quieran prevenir en el futuro con la pena a imponer.<sup>234</sup>

---

<sup>230</sup> Véase AGUADO CORREA, T. *op. cit.* en n. 171, p. 277 y ulteriores referencias.

<sup>231</sup> Véase BARNES, J. *op. cit.* en n. 160, p. 507.

<sup>232</sup> Véanse BARNES, J. *op. cit.* en n. 160, pp. 507-508; BERNAL PULIDO, C. *op. cit.* en n. 173, p. 36, 757-780; y FUENTES, H. *op. cit.* en n. 173, pp. 27-28.

<sup>233</sup> Véase BERNAL PULIDO, C. *op. cit.* en n. 173, p. 37.

<sup>234</sup> MIR PUIG, S. *op. cit.* en n. 179, pp. 79, 85.

#### 4. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL CHILENO.

El principio de proporcionalidad constitucional rara vez se ha encontrado expresamente consagrado en las cartas fundamentales de los ordenamientos en donde, sin embargo, se le ha reconocido como parte integrante de sus sistemas jurídicos, extrayéndose de otros principios jurídicos reconocidos por aquellas, como ocurre en el derecho chileno.<sup>235</sup>

La carta fundamental chilena vigente consagra una batería de principios, entre los cuales es posible encontrar algunos suficientemente cercanos al principio de proporcionalidad, como lo es el aquel que prohíbe las diferencias arbitrarias y que está consagrado en el artículo 19, en su inciso segundo, de la Constitución Política de la República.<sup>236</sup> Como FERNÁNDEZ CRUZ muy adecuadamente advierte:

*La arbitrariedad del poder político se puede manifestar de dos formas: cuando se prevén o adoptan sanciones cuya gravedad no está en consonancia con la gravedad de lo que las motiva en un análisis comparativo con otras sanciones: pero también cabe afirmar que estamos ante una medida arbitraria cuando en sí misma –sin necesidad de realizar un juicio comparativo– se limitan los derechos fundamentales. La primera concepción se asemeja al contenido del principio de proporcionalidad en sentido amplio (idoneidad, necesidad y ponderación); y el segundo, a la legitimidad constitucional de la medida o injerencia que en el principio de proporcionalidad constituye un presupuesto previo.*<sup>237</sup>

En la misma línea, HERNÁN FUENTES ha sostenido que el principio de proporcionalidad constitucional se halla integrado al ordenamiento constitucional chileno, de una parte, en el mentado artículo en cuanto a la prohibición general de arbitrariedad allí contenida y, de otra, en la garantía genérica de los derechos establecida en las bases de la institucionalidad que dan forma

---

<sup>235</sup> Así lo detecta FERNÁNDEZ CRUZ, quien –sin embargo– invita a advertir que tanto la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículo. 51.1) como la Constitución Europea (artículos II.109.3 y 111.1) recogen expresamente el principio de proporcionalidad. Véase FERNÁNDEZ CRUZ, J.Á., *op. cit.* en n. 173, p. 55.

<sup>236</sup> *Ibid.*, p. 56.

<sup>237</sup> *Ídem.*, y ulteriores referencias.

al Estado de Derecho. Para ello invoca los artículos 6, 7 y 19 n° 2 de la Carta Fundamental. Por último, a esta batería de disposiciones constitucionales, el autor agrega la garantía normativa de protección del contenido esencial de los derechos, consagrada en el artículo 19 N° 26 de la Constitución. Lo que parece establecer el artículo 19 N° 26 de la Constitución es una exigencia íntimamente relacionada con el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, en la medida en que una intervención que afecte algún derecho fundamental en su esencia, jamás podrá aprobar este test.

Justamente, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, en el conocimiento de acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, en declaraciones de inconstitucionalidad y en su control preventivo de proyectos de ley, ha favorecido una interpretación de nuestra Constitución que le ha permitido sostener que resulta de toda pertinencia el empleo del principio de proporcionalidad constitucional en el control de constitucionalidad de las leyes cuando estas tuvieren un potencial efecto limitativo de derechos fundamentales.<sup>238</sup> Sin embargo, su fundamentación no ha sido objeto de consenso entre los Ministros del Tribunal, por no encontrarse positivamente consagrado en nuestra Constitución: algunos han vinculado la exigencia de proporcionalidad a la prohibición de establecer diferencias arbitrarias, lo que ha hallado eco en la doctrina.<sup>239</sup> Otros, sin embargo, lo han adscrito al principio que garantiza el justo y debido proceso.<sup>240</sup>

Cualquiera sea el caso, es relevante revelar cómo es que el Tribunal Constitucional suele someter al test de proporcionalidad una norma cualquiera:

---

<sup>238</sup> Véase LOPERA MESA, G. “Principio de proporcionalidad y control de constitucionalidad de las leyes penales. Una comparación entre las experiencias de Chile y Colombia”, *Revista de Derecho (Valdivia)* n° 2, 2011, p. 116. Para sostener lo anterior, la autora ha echado mano a las sentencias Rol N° 51/1988, N° 226/1995 y N° 280/1998 del Tribunal Constitucional

<sup>239</sup> Ejemplos de pronunciamientos en tal dirección, como ha recogido Gloria LOPERA MESA (véase LOPERA MESA, G. *op. cit.* en n. 238, p. 116), son las sentencias Rol N°s 787/07, 797/07, 825/07 y 829/07 del Tribunal Constitucional. En la doctrina, véase FERNÁNDEZ CRUZ, J.Á., *op. cit.* en n. 173, p. 56 y ulteriores referencias.

<sup>240</sup> Ejemplos de pronunciamientos de Ministros del Tribunal Constitucional en tal sentido son, conforme se ha encargado de recopilar Gloria LOPERA MESA (LOPERA MESA, G. *op. cit.* en n. 238, p. 116), los votos de minoría en las sentencias Rol N°s 787/07, 825/07 y 829/07.

*Al efecto, este Tribunal ha establecido que si bien el legislador goza de discreción y de un amplio margen en la regulación de las relaciones sociales, debe cuidar que las restricciones al goce de los derechos que puedan resultar de tales regulaciones encuentren justificación en el logro de fines constitucionalmente legítimos, resulten razonablemente adecuadas o idóneas para alcanzar tales fines legítimos y sean —las mismas restricciones— proporcionales a los bienes que de ellas cabe esperar (...). Asimismo, este Tribunal ha exigido que las restricciones o limitaciones al ejercicio de un derecho se encuentren determinadas por el legislador, no vulneren el principio de igualdad ante la ley y respeten el numeral 26 del artículo 19 de la Carta Fundamental.<sup>241</sup>*

---

<sup>241</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1046-08, de 22 de julio de 2008.

## **V. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y EL INCISO PRIMERO DEL ARTÍCULO 62 DEL DL 211.**

Una adecuada comprensión del principio de proporcionalidad constitucional como *test* de constitucionalidad al cual someter una norma penal, requiere que este se aplique tanto a la norma de conducta como a la norma de sanción que constituyen, en conjunto, el contenido normativo del tipo en cuestión,<sup>242</sup> por cuanto ambas son limitativas de derechos fundamentales. No advertir la necesidad de realizar tal distinción no solo mermaría radicalmente la utilidad de la ejecución de un examen de este tipo, sino que además entorpecería la detección de eventuales puntos de conflicto al interior del tipo que requiriesen ser subsanados por no satisfacer el *test* de proporcionalidad constitucional.

Así es como a continuación se revisará separadamente la eventual (falta de) satisfacción de los presupuestos del principio de proporcionalidad constitucional, manifestados en la forma de los subprincipios que ya se han enunciado y explicado en la sección anterior, primero<sup>243</sup> en las normas de conducta del 62 del DL 211 y, luego, en la norma de sanción que refuerza tales normas de conducta.

### **1. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LAS NORMAS DE CONDUCTA.**

#### **a) EN CUANTO AL FIN LEGÍTIMO EN LAS NORMAS DE CONDUCTA.**

Las normas de conducta previstas y sancionadas en el artículo 62 del DL 211 se dejan extraer de la reformulación contradictoria de los supuestos de hecho allí contenidos, y que hemos reducido a la expresión “prohibición de conductas colusorias”, en donde solo cuenta como “conducta colusoria” aquella que puede ser subsumida bajo uno o más de los supuestos de hecho referidos.

---

<sup>242</sup> Respecto, exclusiva mas no excluyentemente, de la necesidad de someter tanto norma de conducta cuanto norma de sanción al *juicio de idoneidad*, en el contexto del test de proporcionalidad, véase ya FERNÁNDEZ CRUZ, *op. cit.* en n. 173, p. 80.

<sup>243</sup> Así lo sugiere FERNÁNDEZ CRUZ. Véase FERNÁNDEZ CRUZ, J.Á. *op. cit.* en n. 173, p. 73.

La mentada prohibición, como cualquier otra prohibición, tiene un carácter limitativo de derechos. En la especie, atenta contra la libertad individual de los destinatarios de la norma para desplegar determinadas conductas que, en caso contrario, podrían realizar para obtener beneficios económicos de su realización.

Para que una afectación de derechos como esa se encuentre justificada, debe satisfacer primeramente el subprincipio del “fin legítimo”. Luego, habrá que responder a la pregunta acerca de cuál es el fin que persiguen las normas de comportamiento descritas. Su (falta de) legitimidad, por su parte, dirá relación con su (falta de) compatibilidad con los valores y principios constitucionales.

El artículo 1º del DL 211 es claro en cuanto al fin del decreto ley:

***Artículo 1º.-** La presente ley tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados. Los atentados contra la libre competencia en las actividades económicas serán corregidos, prohibidos o reprimidos en la forma y con las sanciones previstas en esta ley. [Énfasis agregado]*

La siguiente pregunta es, pues, si acaso la “libre competencia” es un bien jurídico compatible con los valores y principios constitucionales. Para responder a ello, es imprescindible hacer una conceptualización a lo menos gruesa acerca de *qué es* la libre competencia. Así, VALDÉS PRIETO ha correctamente sostenido que:

*[L]a libre competencia no se identifica con el derecho a desarrollar actividades económicas, puesto que aquélla es una forma particular de desarrollar actividades económicas: en competencia con otros, esto es, ciñéndose a los intercambios libremente conducidos y que tengan lugar en los mercados, lo cual es ciertamente la modalidad más importante —pero no la única— de desarrollar actividades económicas.<sup>252</sup>*

---

<sup>252</sup> *Ibíd.* p. 179.

Hilando más fino, el mismo autor explica que la libre competencia *qua* bien jurídico protegido pertenece a la sub especie de bienes jurídicos “públicos” y se vincula con “*el funcionamiento de un sistema que promueve una forma de orden social mediante la cual se armoniza el ejercicio de la libertad de competencia mercantil por parte de todos los ciudadanos que la ostentan*”,<sup>253</sup> siendo un presupuesto de este sistema que dicho ejercicio sea *libre*, es decir, sin restricciones heterónomas distintas de aquellas que, justamente, aseguran dicha libertad.

Tal descripción doctrinaria es plenamente compatible, a su vez, con nuestra jurisprudencia antimonopólica, como es evidente de la lectura del siguiente extracto relativo al bien jurídico tutelado por el DL 211:

*Que la finalidad de la legislación antimonopolios, contenida en el cuerpo legal citado, no es sólo la de resguardar el interés de los consumidores sino más bien la de salvaguardar la libertad de todos los agentes de la actividad económica, sean ellos productores, comerciantes o consumidores, con el fin último de beneficiar a la colectividad toda, dentro de la cual, por cierto, tienen los consumidores importante papel. En otras palabras, el bien jurídico protegido es el interés de la comunidad de que se produzcan más y mejores bienes y se presten más y mejores servicios a precios más convenientes, lo que se consigue asegurando la libertad de todos los agentes económicos que participen en el mercado.*<sup>254</sup>

Que la libre competencia sea plenamente compatible con nuestros principios y valores constitucionales es una cuestión que no ha sido puesta en tela de juicio. Antes bien, aparece con toda claridad tanto en nuestra legislación,<sup>255</sup> doctrina<sup>256</sup> y jurisprudencia,<sup>257</sup> no habiéndose encontrado opiniones contrarias.

---

<sup>253</sup> *Ibíd.* p. 188.

<sup>254</sup> Resolución N° 368, considerando 2°, Comisión Resolutiva. VALDÉS PRIETO señala que dicha fórmula para definir el bien jurídico protegido se halla conforme a una misma línea seguida por nuestra jurisprudencia antimonopólica, ejemplificando con las Resoluciones N° 90, considerando 17; N° 93, considerando 16; N° 99, considerando 12; y N° 171, considerando 5°, todas de la Comisión Resolutiva (Véase VALDÉS, D. *op. cit.* en n. 32, p. 190, n. 164).

<sup>255</sup> Véase la discusión en torno a la creación de tribunales especiales para proteger la libre competencia en la Historia de la Ley N° 19.911, *passim*.

<sup>256</sup> Véase, solo a modo de ejemplo, GUERRERO, J.L. y BOFILL, A. “Acerca del concepto constitucional y legal de competencia”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XVI, 1995, *passim*.

<sup>257</sup> Como botón de muestra, un reciente y muy elocuente fallo de la Corte Suprema: rol n° 73.923-2016, de 25 de junio de 2018, en su considerando 2°.

**b) EN CUANTO A LA IDONEIDAD EN LAS NORMAS DE CONDUCTA.**

Verificada la peligrosidad de las conductas típicas respecto del bien jurídico que el tipo penal pretende proteger, el control de constitucionalidad que se realiza a través de este subprincipio ofrece herramientas más bien estrechas al Tribunal. Estas consisten en, constatada la situación anterior, responder a la pregunta de si acaso, en atención a las máximas de la experiencia y al conocimiento disponible<sup>259</sup> al momento de realizar el análisis, la norma de conducta será apta para la consecución del objetivo pretendido. En la especie, la pregunta a ser respondida es si acaso la norma de comportamiento, si se sigue adecuadamente, evita siquiera la amenaza a la libre competencia.

A renglón seguido, será necesario asegurarse de que la norma de comportamiento incorpore como requisito de tipicidad las condiciones necesarias para que la acción u omisión sea susceptible de constituir una amenaza, siquiera, al bien jurídico tutelado.<sup>260</sup>

Siendo el examen de idoneidad uno de carácter eminentemente empírico, será necesario responder esta pregunta poniendo atención a la experiencia comparada: ¿es posible que las conductas colusivas sean prevenidas a través de requerimientos jurídicos o prohibiciones jurídicas?

A pesar de que hay autores que sostienen la ineficacia preventiva que exhibirían normas de diverso tipo que han pretendido promover la libre competencia y evitar comportamientos colusivos –entre ellos, CRANDALL y WINSTON–,<sup>261</sup> la gran mayoría de los expertos plantea que su eficacia ha quedado demostrada empíricamente, existiendo alguna discrepancia en la naturaleza de las normas cuyo rendimiento preventivo es mayor.<sup>262</sup>

---

<sup>259</sup> LOPERA MESA, G. *op. cit.* en n. 201, pp. 219-220.

<sup>260</sup> *Ídem.*

<sup>261</sup> CRANDALL, R.W. y Winston, C. Does antitrust policy improve consume welfare? Assessing the evidence. *Journal of Economic Perspectives*, vol. 17, 2003, *passim*.

<sup>262</sup> A modo ejemplar, véanse CONNOR, J. Effectiveness of Antitrust Sanctions on Modern International Cartels, *Journal of Industry, Competition and Trade* (6), 2006, p. 198; ACEVEDO, C. Effectiveness of Antitrust Law – Severe of effective penalties? The convenience of Re-establishes the Penalty of Imprisonment for Infractions to the Competition Law. Disponible en: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1673256](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1673256), 2010, p. 1; Kobayashi, B. Antitrust, Agency and Amnesty: an Economic Analysis of the Criminal Enforcement of the Antitrust Laws Against

Así presentada la cuestión, habiendo sido aclarado el contenido normativo de la disposición del art. 62 del DL 211 en lo relativo a las normas de conductas que de sus supuestos de hecho formulados contradictoriamente se pueden extraer, y habiendo, a su vez, explicitado el concepto de libre competencia en los mercados –en tanto bien jurídico protegido– que la jurisprudencia antimonopólica chilena, así como la doctrina a la que este trabajo adscribe, han tenido por correctas, es dable concluir que las normas de conductas referidas son idóneas para proteger el bien jurídico así definido.

**c) EN CUANTO A LA NECESIDAD EN LAS NORMAS DE CONDUCTA.**

Sobre la cuestión del subprincipio de necesidad aplicado a la norma de conducta o de comportamiento, es dable sostener que esta aplicación exhibe dos requisitos copulativos: (1) será necesario acreditar que, de entre las alternativas posibles (es decir, que satisfagan el subprincipio de idoneidad en la norma de conducta)<sup>263</sup> para tipificar el delito de colusión, no existe una tanto o más idónea (2) que, a la vez, sea menos lesiva para los intereses de los destinatarios de la norma.<sup>264</sup>

Luego, la pregunta que requiere ser respondida a este respecto apunta a si acaso el ámbito de prohibición –pues es claro, a estas alturas, que la norma de conducta en estudio es una que permite ser conceptualizada como *de prohibición* y no *de requerimiento*– puede ser reducido

---

Corporations, George Washington Law Review, vol. 69(5 & 6), 2001, *passim*. Un interesante análisis econométrico que llega a los mismos resultados se encuentra en MOTCHEKOVA, E. y KORT, P.M. “Analysis of Current Penalty Schemes for Violations of Antitrust Laws”. Journal of Optimization Theory and Applications, vol. 128(2), 2006, *passim*.

<sup>263</sup> La desregulación de la conducta que se pretende prohibir también debe ser considerada como una alternativa plausible, pues si las consecuencias de la regulación son menos lesivas para los intereses de los destinatarios de las normas y, a la vez, la eficacia es idéntica a aquella que tendría la tipificación delictiva de la conducta prohibida, entonces ello sería sintomático de la ineficacia de la norma.

<sup>264</sup> Véase LOPERA MESA, G. *op. cit.* en n. 201, p. 222, quien sostiene que a este respecto será necesario “introducir buena parte de las exigencias asociadas en materia penal al principio de fragmentariedad”. De este principio se desprende que el derecho penal no debe constituir el medio por defecto con el cual combatir conductas socialmente indeseadas, antes bien, la actividad punitiva del Estado debe tener lugar únicamente para reprimir o evitar actuaciones que son *especialmente* indeseadas. Al respecto, véase BUSTOS, J. *Obras Completas*, Tomo I, Lima, ARA Editores, 2004, p. 549; sobre su recepción en la dogmática penal alemana y la mirada crítica que sobre este principio echó BINDING, véase JESCHECK, H. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Barcelona, Bosch, 1981, p. 73.

razonablemente, por alguna vía<sup>265</sup> –lo que inmediatamente se traduciría en una ampliación en la esfera de libertad individual de acción de los destinatarios de la norma– manteniendo el nivel de eficacia respecto al fin de la norma.

Se ha planteado en el derecho comparado una vía de intervención diferente a la regulación penal y que ha demostrado un interesante grado de eficacia: la autorregulación.<sup>266</sup> La autorregulación consiste en una práctica en virtud de la cual las empresas establecen mecanismos de prevención y temprana detección de actividades ilícitas en su anterior. En algunos países, como en Estados Unidos, la autorregulación tiene un contenido heterónomo marginal: las empresas que no cuenten con mecanismos de autorregulación, se ven expuestas a severas multas.<sup>267</sup>

No obstante se trata de un modelo atractivo, lo cierto es autorregulación y regulación penal no son dos regímenes alternativos que ofrezcan un rendimiento idéntico y, en consecuencia, sustitutos perfectos; antes bien, se trata de modelos que son plenamente complementarios y cuyo rendimiento preventivo puede alcanzar niveles tremendamente deseables.<sup>268</sup>

Lo cierto es que, atendido el contenido normativo de las disposiciones en comento, en lo relativo a las normas de conducta que de ellas se desprenden, y considerando que estas responden a modificaciones legales introducidas precisamente, entre otras cosas, por la insuficiencia de la regulación anterior, es que pareciera ser que el subprincipio de necesidad se ve razonablemente satisfecho en las normas de conducta, no pareciendo haber una alternativa menos lesiva a los intereses de los destinatarios de la norma que exhiba igual eficacia.

---

<sup>265</sup> Tal vía puede consistir, por ejemplo en la especie, en definir con mayor precisión las normas de conducta.

<sup>266</sup> NIETO, Adán. “Responsabilidad social, gobierno corporativo, y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa”. *Política Criminal*, N° 5, 2008, *passim*.

<sup>267</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>268</sup> En cuanto a la naturaleza idealmente complementaria de la autorregulación como modo de enfrentar la criminalidad económica, véase SIEBER, Ulrich. Programas de *compliance* en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. *En*: ARROYO ZAPATERO, Luis y NIETO MARTÍN, Adán *El derecho penal económico en la era del compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 97.

De lo anterior no se sigue, desde luego, que haya que por ello descartar cualquier otro tipo de vía de intervención para prevenir y sancionar las actividades colusorias: justamente es posible y deseable el complemento con otras vías de intervención, en donde ocupa un lugar especialmente destacado la autorregulación.

**d) EN CUANTO A LA PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO EN LA NORMA DE CONDUCTA**

Respecto del así llamado *genuino juicio de proporcionalidad*<sup>272</sup> sobre la norma de conducta, debe ponderarse el peso específico de la libertad de los destinatarios de la norma, de una parte, y el de la relevancia constitucional del fin legítimo perseguido por la vía de restringir dicha libertad, de otra.<sup>273</sup> En otras palabras, se pondrá en una balanza el costo que importa a los derechos fundamentales de los destinatarios de la norma la tipificación de la colusión junto a, en el otro lado de la balanza, los beneficios sociales que la introducción de una norma de conducta de esta naturaleza persigue.

Ya nos hemos referido al bien jurídico protegido por la norma de conducta.<sup>274</sup> La conceptualización allí ofrecida es suficiente a efectos de la determinación de los beneficios que importa la tipificación de la colusión como un delito. Examinemos a continuación, pues, los costes asociados a la nueva norma de conducta.

Lo primero que hay que despejar es quiénes tendrán que soportar tales costos. Se trata, exclusivamente, de los destinatarios de la norma, es decir, de agentes del mercado objetivamente susceptibles de desplegar un comportamiento constitutivo del delito de colusión. Lo anterior requerirá que exista un poder de mercado suficiente por parte de dichos agentes, lo que, en consecuencia, reduce a un sector muy limitado de la población a aquellos que deben soportar dichos costos.

---

<sup>272</sup> FERNÁNDEZ CRUZ, J.Á. *op. cit.* en n. 173, p. 84.

<sup>273</sup> *Ibid.*, p. 85.

<sup>274</sup> Vid. *Supra* 59 y ss.

Dado ese paso, para realizar la ponderación exigida por este *subprincipio*, huelga determinar cuáles son los derechos de los destinatarios de la norma susceptibles de ser afectados por ella y, luego, valorar la intensidad de dicha afectación.

Si la norma de conducta prohíbe la colusión, el derecho inmediatamente restringido por tal prohibición es la libertad (*lato sensu*) para realizar prácticas colusivas. A su vez, lo anterior puede ser reformulado en términos tales que aquello que se restringe es la libertad para celebrar determinados acuerdos, en un marco general de libertad para desarrollar actividades económicas, garantizado por el artículo 19 n° 21 de la Constitución.

## **2. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD: NORMAS DE SANCIÓN**

### **a) EN CUANTO AL FIN LEGÍTIMO EN LA NORMA DE SANCIÓN**

En lo relativo a la satisfacción del subprincipio del fin legítimo en la norma de sanción, lo relevante aquí es que aquello que la norma plantea sea consistente con el fin que se le atribuye a la pena, cuestión que ha sido vigorosamente discutida con especial fuerza desde el siglo XVIII hasta nuestra época,<sup>276</sup> pero que, por poderse constatar “la existencia de la pena” en el antiguo Derecho de Israel, de la antigua Roma o de los germanos, ha sido objeto de reflexión desde antiguo.<sup>277</sup> Las posiciones que respectan a esta discusión, cuyo contenido filosófico es tan rico como intrincado, serán a continuación sintetizadas en términos puramente descriptivos, excluyendo aquí la posibilidad de ofrecer valoraciones y análisis críticos sobre unas y otras posturas. Lo anterior halla fundamento en que la adopción de una mirada axiológica requeriría hacerse cargo de precisiones que el objeto y finalidad de esta memoria no están en condiciones de soportar razonablemente sin alejarse en demasía de su núcleo fundamental.

En cuanto a las posibles justificaciones de la pena, dos son las grandes ideas que han destacado contemporáneamente, a saber, la idea de retribución y la idea de prevención.<sup>278</sup> Al

---

<sup>276</sup> Véase BUSTOS, J. *op. cit.* en n. 264, pp. 206, 523.

<sup>277</sup> Véase JESCHECK, H., *op. cit.* en n. 264, pp. 89-90. Importa notar que el autor pone en cuestión –y con razón– que tales recepciones arcaicas de un concepto de “pena” hayan estado vinculadas a la idea de *justicia*.

<sup>278</sup> *Ibid.*, p. 91.

interior del paradigma retribucionista de la pena, es posible advertir que el énfasis está puesto en un reproche vinculado a una acción u omisión pasada que deja ser reconstruida en los términos de un ilícito imputable y que, en consecuencia, requiere que la pena que viene a reforzar la norma de comportamiento que se desprende de la tipificación del ilícito en cuestión sea, de hecho, impuesta sobre aquel(los) agente(s) a quien(es) se imputa la acción u omisión en cuestión. La pena referida es constitutiva de un mal que viene a reparar<sup>279</sup> el daño social que la infracción jurídica trajo consigo (lo que HUGO GROCIO vino a explicar señalando que “*poena est malum passionis, quod infligitur propter malum actionis*”, lo que se deja traducir como “*pena es un mal de pasión que corrige un mal de acción*”).<sup>280</sup>

HANS-HEINRICH JESCHECK ha conceptualizado en términos especialmente funcionales al objetivo de esta subsección el concepto de retribucionismo, pues ha entendido que una concepción moderna del paradigma retribucionista entiende que:

*Retribución quiere decir que la pena debe ser proporcionada al injusto culpable de acuerdo con el principio de la justicia distributiva. La retribución, por tanto, no tiene nada que ver con la venganza, con oscuros sentimientos de odio o con reprimidos instintos agresivos de la sociedad; la retribución es un principio proporcional. De acuerdo con la idea de la retribución, el delito cometido es causa y medida de la pena que, a su vez, es la respuesta al delito y debe adaptarse al grado de injusto y de culpabilidad, es decir, adecuarse a su naturaleza y gravedad.*<sup>281</sup>

Desde la perspectiva del autor citado, el objetivo de la idea de retribución se encontraría indisolublemente ligado al principio de proporcionalidad (*lato sensu*), evidenciando la satisfacción de la exigencia de proporcionalidad en el fin legítimo de la norma de sanción bajo este paradigma.

---

<sup>279</sup> *Ibid.*, p. 92. Resta advertir que el lenguaje utilizado por JESCHECK al referirse a una “reparación” (a secas) es impreciso, puesto que las figuras más representativas del paradigma retribucionista favorecerían, antes que una retribución material de la infracción jurídica, el “restablecimiento del imperio del derecho”, lo que no se desprende fácilmente de la conceptualización a la que el autor ha recurrido. Para una formulación de la retribución como restablecimiento de la validez del derecho, véase MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. 2010. Retribución como coacción punitiva. *Derecho y Humanidades*, n° 16 vol. 1, 2010, *passim*.

<sup>280</sup> Véase JESCHECK, H. *op. cit.* en n. 264, p. 92.

<sup>281</sup> *Ibid.* pp. 92-93.

A continuación, queda revisar el ideario que subyace al paradigma *prevencionista*. Este es opuesto en una pluralidad de aristas al de la retribución. Desde luego, el problema asociado a la culpabilidad puede aquí ser desplazado, por cuanto lo que atrae la atención de aquellos defensores del prevencionismo es, de una parte, la peligrosidad del autor y, de otra, lo que JESCHECK ha descrito como “la disposición criminal latente en la comunidad”.<sup>282</sup>

Sobre tales focos es posible construir las dos grandes vertientes que nacen del prevencionismo: la prevención especial y la prevención general como fines de la pena respectivamente. La prevención general está asociada al resultado prevencionista vinculado a la imposición de la pena: si dicho resultado incide sobre la generalidad de los destinatarios de la norma, por la vía de demostrarles que la pretensión estatal de hacer aplicable la amenaza penal es seria, entonces se trata de una prevención general. La pena impuesta sobre el delincuente se transforma en un verdadero incentivo negativo para el resto de los destinatarios de la norma de comportamiento, pues por la vía de su imposición confirman que ellos mismos están sujetos a ser castigados por infringir imputablemente dicha norma.<sup>283</sup> En la doctrina chilena, JUAN BUSTOS ha sostenido que:

*La pena previene en forma general los delitos porque es una intimidación o coacción psicológica dirigida a todos los ciudadanos que reprimirán su impulso delictivo cuando sepan que inevitablemente seguirá la imposición de una pena a su hecho delictivo.*<sup>284</sup>

La conceptualización del profesor BUSTOS es particularmente interesante, pues él, tal vez sin advertir el peso específico de su contribución, da en el clavo al dotar de relevancia a la probabilidad de la sanción penal en su efecto generalmente intimidatorio para la generalidad de las personas.

Por último, queda revisar si acaso desde el punto de vista de la prevención especial es posible verificar la satisfacción de la exigencia del fin legítimo en la norma de sanción. Sin advertir

---

<sup>282</sup> Véase JESCHECK, H. *op. cit.* en n. 264, p. 93.

<sup>283</sup> Véanse JESCHECK, H. *op. cit.* en n. 264, pp. 94-95; BUSTOS, J. *op. cit.* en n. 264, p. 529.

<sup>284</sup> BUSTOS, J. *op. cit.* en n. 264, p. 527.

diferencias categoriales al interior de la prevención especial, JESCHECK ha conceptualizado como sigue la prevención especial:

*[La pena] se dirige al condenado mismo, que, a través de la lección que recibe con la pena, debe ser apartado de futuros yerros y educado para que se adapte a las ideas sociales dominantes en la comunidad. Si la pena privativa de libertad llega a ejecutarse, su cumplimiento debe estar inspirado por la imagen rectora de la resocialización, formando intelectual, profesional y técnicamente al penado, reforzando su sentido de la responsabilidad e incitándolo a que coopere activamente en el establecimiento penal. El periodo de privación de libertad sirve también para asegurar a la sociedad frente al delincuente peligroso.*<sup>285</sup>

Habiéndose revisado la batería de descripciones de diversos fines atribuibles a la pena, queda dar un paso siguiente y considerar el objetivo de la decisión legislativa de criminalizar la colusión. La tarea no es compleja, puesto que el propio Mensaje lo explicita:

*Desde un punto de vista disuasorio, la criminalización de la colusión constituirá un avance sustancial dirigido a incentivar a que los ejecutivos de las empresas, quienes son los que toman la decisión de ser parte de un acuerdo colusorio, se comporten de acuerdo a los principios más básicos que inspiran la libre competencia y opten por no involucrarse ellos ni a sus empresas en estas prácticas tan reprobables.*<sup>286</sup>

Puesto así, solamente será necesario constatar que la criminalización de las conductas en cuestión constituirá un desincentivo a su realización imputable en términos de una prevención general. Como la efectividad de tal ejercicio solo puede asegurarse *ex post*, por ahora asumiremos que la respuesta es positiva.

En conformidad con los antecedentes doctrinarios ofrecidos, necesariamente debe concluirse que la norma de sanción responde a un fin legítimo, sea la prevención –en cualquiera

---

<sup>285</sup> Véase JESCHECK, H. *op. cit.* en n. 264, p. 95. Más finamente, pero aun sin distinguir entre prevención especial positiva y prevención especial negativa, véase BUSTOS, J. *op. cit.* en n. 264, p. 530.

<sup>286</sup> Mensaje N° 009-363. Véase Historia de la Ley 20.945.

de sus variables— de la conducta típica, sea por la retribución en razón de la cual se sanciona a quienes han quebrantado la vigencia del derecho.

**b) EN CUANTO A LA IDONEIDAD EN LA NORMA DE SANCIÓN**

La pregunta que ha de ser respondida al someter la norma de sanción a escrutinio a partir del subprincipio de idoneidad, está estrechamente relacionada al rendimiento preventivo de la criminalización de la colusión o, en otras palabras, si acaso la criminalización de la colusión constituye un medio apto para prevenir<sup>287</sup> el despliegue de conductas atentatorias contra la libre competencia por la vía de infringir la norma de conducta que la norma de sanción viene a reforzar.

La eficacia preventiva a este respecto cobra relevancia exclusivamente en sede de prevención general, tanto en su dimensión negativa o intimidatoria, cuanto en su versión positiva o integradora.<sup>288</sup> Una vez descartada la eficacia preventiva en los términos de una prevención general positiva —toda vez que el sistema de ejecución de la pena chileno no exhibe una vocación suficientemente resocializadora cuando de penas privativas de libertad se trata—, es la pregunta sobre un eventual rendimiento prevencionista-negativo la que ha de ser respondida.

Al igual que en sede de normas de comportamiento, las herramientas para evaluar la idoneidad en la norma de sanción son escasas, en razón de las múltiples dificultades que presenta desvirtuar por completo —es fundamental que sea por completo— la eficacia preventiva de las sanciones penales privativas de libertad como aquella sobre la cual recae nuestro estudio. Sobre estas dificultades, GLORIA LOPERA MESA ha sostenido lo siguiente:

*Creo que sólo es posible fundamentar la declaración de inconstitucionalidad, por falta de idoneidad, de las normas penales de sanción cuando concurren dos condiciones: 1) que el legislador no logre respaldar, con base en premisas empíricas avaladas por el conocimiento técnico y científico disponible, que su intervención puede contribuir a la protección del bien jurídico que pretende garantizar; 2) que pueda establecerse, con base*

---

<sup>287</sup> Véase LOPERA MESA, G. *op. cit.* en n. 201, p. 220.

<sup>288</sup> *Ibid.*, 220-221.

*en premisas dotadas del mismo respaldo, que la intervención penal, además de no producir efectos apreciables en orden a la protección del bien jurídico, se revela contraproducente para alcanzar dicho fin.*<sup>289</sup>

En relación al fragmento reproducido, no cabe sostener que la sanción de las conductas bajo estudio vaya a revelarse contraproducente para alcanzar la protección del bien jurídico protegido.<sup>290</sup> En relación a la primera de las exigencias que plantea LOPERA MESA, se trata aquella de una cuestión considerablemente más intrincada: no obstante la prevención general negativa ha sido, de un tiempo a esta parte, la brújula que ha orientado la legislación penal en nuestro país, la eficacia de la criminalización de conductas ha sido puesta en cuestión por estudios internacionales que, no obstante su aporte para el cuestionamiento y replanteamiento de aquella, no han arrojado aún datos lo suficientemente concluyentes.<sup>291</sup> Sí cabe destacar que en sistemas en donde existen penas sustitutivas a la privativa de libertad, como en el nuestro,<sup>292</sup> la determinación legislativa de que la aplicabilidad de la Ley 18.216 –que, justamente, es aquella que contempla la posibilidad de sancionar con penas sustitutivas de la privativa de libertad– quedará en suspenso por un año, tiempo durante el cual el condenado deberá cumplir en forma efectiva la pena por la que hubiere sido sancionado, constituye un desincentivo adicional para comportarse de un modo contrario a las normas de comportamiento revisadas.<sup>293</sup>

---

<sup>289</sup> LOPERA MESA, G. *op. cit.* en n. 201, p. 221.

<sup>290</sup> Nótese que la autora incurre en un error conceptual, por cuanto las normas de sanción no protegen bienes jurídicos, sino que refuerzan normas de comportamiento que los protegen.

<sup>291</sup> Véanse MACKENZIE, D. & FARRINGTON, D. “Preventing future offending of delinquents and offenders: what have we learned from experiments and meta-analyses?” Journal of Experimental Criminology, 11(4), 2015, pp. 589-590; DÖLLING, D., ENTFORF, H., HERMANN, D. & RUPP, T. “Is deterrence effective? Results of meta-analyses of punishment”. European Journal on Criminal Policy and Research, 15(1-2), 2009, pp. 222-223.

<sup>292</sup> Véase la Ley N° 18.216.

<sup>293</sup> Ello replica el tratamiento que se ha dado en la legislación *antitrust* a los delincuentes “de cuello blanco” en Estados Unidos, en donde se favorecen penas de cárcel cortas pero efectivas, respondiendo a lo que se conoce como la idea del “short sharp shock”. BARROSO GONZÁLEZ, J. L. (2015) “Los delitos económicos desde una perspectiva criminológica”. Revista IUS, n° 35, vol 9, p. 113.

c) **EN CUANTO A LA NECESIDAD EN LA NORMA DE SANCIÓN**

Esta sección de nuestro análisis se encuentra teñida por las exigencias tradicionalmente vinculadas a lo que la doctrina penal ha llamado *el principio de subsidiariedad*.<sup>294</sup> Este principio exhibe, *prima facie*, dos *faces*: una primera faz *externa* y una faz *interna*. En su faz externa, el principio de subsidiariedad reclama la búsqueda de alternativas *al* derecho penal. En su faz interna, por su parte, tal principio reclama la búsqueda de alternativas *en* el derecho penal.<sup>295</sup> Así presentado el escenario, es posible identificar no solo dos *faces*, sino también la operatividad de la aplicación del subprincipio de necesidad a la norma de sanción en dos *fases*, a saber, una primera fase que requiere verificar si acaso existen medios extrapenales que exhiban un suficiente potencial rendimiento preventivo<sup>296</sup> como para proteger satisfactoriamente la libre competencia, y una segunda fase que requiere comprobar que la naturaleza y cuantía de la sanción penal no sean superiores a las estrictamente necesarias para la protección del bien jurídico tutelado.

La incontrovertible heterogeneidad de las medidas no sancionadoras eventualmente disponibles, facilita que el campo de discusión a este respecto se convierta en un terreno especialmente fértil para el surgimiento de dificultades procedimentales al momento de compararlas con la medida sancionadora sometida a análisis.<sup>297</sup> La doctrina a la que adscribe este trabajo ha optado por enfrentar tales dificultades procedimentales de la siguiente manera:

*De ahí que, en relación a este tipo de alternativas [las no sancionadoras], el juicio de necesidad que efectúa el Tribunal Constitucional deba limitarse a indagar si la expedición de la norma penal enjuiciada estuvo precedida o acompañada de otro tipo de medidas no sancionadoras dirigidas a proteger el bien jurídico cuya tutela sirve de fundamento a la intervención penal. Y aunque la inexistencia de tales medidas no constituye, por sí misma, razón suficiente para declarar inconstitucional, por innecesaria, la norma penal enjuiciada, la comprobación de que el legislador ha utilizado el derecho*

---

<sup>294</sup> LOPERA MESA, G. *op. cit.* en n. 201, p. 224.

<sup>295</sup> *Ídem.*

<sup>296</sup> *Ídem.*

<sup>297</sup> *Ibíd.*, pp. 224-225.

*penal como prima o última ratio sí está llamada a cobrar relevancia en el juicio de proporcionalidad [...].*<sup>298</sup>

Así presentado el antídoto, siguiendo aún a la autora LOPERA MESA, urgirá verificar si la introducción de una sanción penal como alternativa de (o en adición a) una sanción (u otro medio preventivo de la conducta socialmente indeseada) extra penal tiene suficiente potencial como para traducirse en un aumento significativo en la eficacia de su rendimiento preventivo.<sup>299</sup> Se requiere sobre este punto un argumentación prospectiva,<sup>300</sup> lo que convierte este juicio en uno espinoso por la inexistencia de datos empíricos suficientes, favoreciendo la posibilidad de que la conclusión pretendida se trate, en realidad, de un *desiderátum inalcanzable*, por lo que es la coherencia del legislador la brújula que debe tenerse a la vista para orientar ejercicios de prognosis como este.<sup>301</sup>

Nos parece, no obstante lo hasta aquí sostenido, que es de la máxima trascendencia, a estos efectos, advertir que la eficacia de la persecución de las infracciones (penales, administrativas o de cualquier otro tipo) constituye un factor igualmente clave. Lo anterior quiere decir que una inadecuada persecución de las infracciones extra penales podría hacer creer que un sistema de sanciones penales vinculado a un aparato de persecución bien operativo, satisfaría el subprincipio de necesidad en la norma de sanción, en circunstancias en las que la mera corrección del sistema persecutorio extra penal descartaría la satisfacción de dicho subprincipio. De otra parte, una inadecuada persecución penal podría llevar a la conclusión de que la sanción penal contenida en la norma de sanción no es eficaz, en circunstancias en las que esta podría exhibir un alto grado de eficacia si solo se corrigiera el sistema de persecución de infracciones a las normas de conducta. A este respecto, lo cierto es que, como han observado los profesores MEDINA y WINTER, hasta el momento no es posible sostener que las sanciones administrativas tengan un rendimiento suficientemente eficaz en la prevención de conductas contrarias a la libre competencia.<sup>302</sup>

---

<sup>298</sup> *Ibid.*, p. 225.

<sup>299</sup> *Ibid.*, p. 227.

<sup>300</sup> FERNÁNDEZ CRUZ, J.Á. *op. cit.* en n. 173, p. 83.

<sup>301</sup> *Ibid.*, pp. 83-84.

<sup>302</sup> MEDINA SCHULZ, G. & WINTER ETCHEBERRY, J. “Proyecto de ley que fija normas para la defensa de la Libre Competencia”. *Revista de Ciencias Penales*, n° 4, 2015.

Revisado lo anterior, queda todavía revisar si acaso al interior del propio derecho penal es posible hallar medios punitivos igualmente eficaces y menos lesivos. Para ello, la doctrina<sup>303</sup> recomienda acudir al catálogo de penas que ofrezca el código penal vigente para delitos similares, así como a las penas previstas en el derecho comparado para delitos relativamente parecidos a aquel que se encuentre bajo estudio.

El delito más parecido, como ya se ha visto, al interior del catálogo ofrecido por el código penal chileno, es el tipificado en el artículo 285, el cual establece penas privativas de libertad en su grado mínimo a medio. Tal disposición no es la única que resulta conveniente tener a la vista. La Ley de Mercado de Valores, por ejemplo, resultara indiciaria de cómo el legislador contempló sanciones penales para quienes con su conducta afectaran el mercado de valores, entorpeciendo una *correcta formación de los precios*,<sup>304</sup> con penas que alcanzaban el presidio mayor en su grado mínimo.<sup>305</sup>

Respecto del segundo mecanismo sugerido por FERNÁNDEZ CRUZ para evaluar la satisfacción de este subprincipio en la norma de sanción, el propio Mensaje se hace cargo de ello, señalando lo siguiente:

*En las jurisdicciones con mayor tradición histórica en materia de defensa de la libre competencia, la colusión es sancionada con penas de cárcel equivalentes a las que se proponen en este proyecto. Así, Canadá y los Estados Unidos de América, que son los países en que más tempranamente se dictaron leyes de defensa de la competencia, sancionan con hasta 14 años y 10 años de prisión, respectivamente, a quienes cometan el delito de colusión. Por su parte, existe una tendencia creciente de países que han adoptado penas de cárcel en contra de los partícipes de una colusión, tales como Australia y México, que también contemplan una pena de hasta 10 años de prisión.*<sup>306</sup>

---

<sup>303</sup> LOPERA MESA, G. *op. cit.* en n. 201, p. 229.

<sup>304</sup> PERRONE, A. “Información en el mercado de valores y tutela del inversor”. Política Criminal, Vol. 4, N° 7, p. 204.

<sup>305</sup> Ley 18.045, artículo 59.

<sup>306</sup> Véase Mensaje N° 009-363, Historia de la Ley 20.945.

Como se ve, los dos mecanismos sugeridos por la doctrina para verificar si acaso se cumple o no con las exigencias del subprincipio de necesidad en la norma de sanción se ven, en la especie, satisfechos.

**d) EN CUANTO A LA PROPORCIONALIDAD *EN SENTIDO ESTRICTO* EN LA NORMA DE SANCIÓN.**

En cuanto al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, éste es, con toda probabilidad, aquel cuyo contenido más discusión ha suscitado en la doctrina.<sup>307</sup> Tradicionalmente, se sostenía que el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto se identificaba con una relación de correspondencia entre la gravedad del delito y la intensidad de la pena asignada a su comisión imputable; contemporáneamente, en cambio, hay autores que han sostenido que se trataría, más bien, de un equilibrio entre los beneficios y los perjuicios que se sigan de la existencia y aplicación de la norma penal.<sup>308</sup> Nos parece que la segunda variante ofrece mejores posibilidades analíticas para los efectos de este trabajo de investigación, pues es poco lo que se puede predicar de una mera relación entre un concepto tan escurridizo como “gravedad” de un delito y uno tan poco dúctil como “intensidad” de la pena. Así es que, sin hacernos cargo de la lata discusión de fondo entre ambas posturas doctrinales, optaremos por la comprensión más moderna del subprincipio de proporcionalidad para nuestro análisis.

Comencemos atendiendo a los beneficios que la norma de sanción trae consigo, lo que se encuentra directamente vinculado con el rendimiento disuasivo del comportamiento prohibido por la norma de comportamiento que, justamente, está reforzada por la norma de sanción. Para lo anterior será necesario interpretar premisas generales, pues tratándose de una normativa aun nueva, no se cuenta todavía con antecedentes suficientes como para extraer conclusiones relevantes en el caso particular del encarcelamiento en razón de una conducta colusiva.

Para constatar qué tan (in)conveniente es la existencia de la norma de sanción como una amenaza al (eventual) autor de un delito de colusión, no basta con mirar aisladamente la norma

---

<sup>307</sup> NAVARRO, I. *op. cit.* n. 194, p. 5.

<sup>308</sup> Por todos, véase *ibid.*, p. 6.

de sanción, pues no su operatividad no es parte de un sistema cerrado; antes bien, se encuentra inserta en un contexto regulatorio. Ello tiene consecuencias extremadamente relevantes. Así, pues, se ha detectado por parte de “The United States Department of Justice” que ha habido un número importante de carteles que han operado a nivel transnacional y que, sin embargo, habiendo tenido la posibilidad de hacerlo, no han llevado adelante sus prácticas anticompetitivas al interior de los Estados Unidos.<sup>312</sup> La razón, revelada por los propios miembros de esos carteles, habrían sido las sanciones penales.

Pero, como bien observa HAMMOND SCOTT, no es la sola la existencia de sanciones penales la que tiene un rendimiento disuasivo tan efectivo. Antes bien, se requiere también la presencia de un sistema que transforme en alta la posibilidad de ser descubiertos y perseguidos.<sup>313</sup> Justamente es lo que en Estados Unidos existe y que en Chile también se encuentra vigente desde la introducción de la delación compensada con la entrada en vigencia de la Ley N° 20.361 de 2009. La delación compensada es, precisamente, el ingrediente necesario para transformar en la norma de sanción en una herramienta altamente eficaz para disuadir conductas colusivas.

La delación compensada, pues, consiste en un beneficio para los agentes del mercado que se hubieren coludido y pusieren en conocimiento de las autoridades antecedentes que permitan acreditar la conducta y determinar a los responsables.<sup>314</sup> Dicho beneficio consiste en la exención o reducción de las sanciones previstas por nuestro ordenamiento para las conductas descritas en el inciso primero del artículo 62 del DL 211.

La combinación es precisamente la que “The United States Department of Justice” ha descrito como la precisa para que el rendimiento preventivo de la norma de sanción sea eficaz. De lo anterior se sigue que los beneficios que se siguen del establecimiento de la norma de sanción en cuestión son muy altos.

---

<sup>312</sup> HAMMOND, Scott. (2004). Cornerstones of an Effective Leniency Program, *passim*, disponible en: <https://www.justice.gov/atr/speech/cornerstones-effective-leniency-program>

<sup>313</sup> *Ídem*.

<sup>314</sup> FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. (2017). Guía interna sobre Delación Compensada en Casos de Colusión, p. 6. Disponible en su sitio web: [http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/03/Guia\\_Delacion\\_Compensada.pdf](http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/03/Guia_Delacion_Compensada.pdf)

Queda evaluar los costos de la norma de sanción para poder evaluar los resultados del test del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto a que ha sido sometida dicha norma. Solo tiene sentido evaluar los costos desde una perspectiva *ex post* –pues antes no los hay, verdaderamente–, y es entonces cuando podemos plantear dos tipos de costos, una vez aplicada la norma de sanción: los costos para el destinatario de la norma y los costos para el Estado que lleva adelante su pretensión punitiva.

Para el destinatario de la norma que es condenado y que debe cumplir con prisión efectiva, los costos son la restricción (temporal) de algunos de sus derechos fundamentales. A saber, la libertad individual; la vida privada y las comunicaciones privadas, entre otros.<sup>315</sup> Se trata, pues, de un muy alto costo para las personas que se vean, de hecho, privadas de libertad.

Por otra parte, el costo para el Estado son de diversa naturaleza. Considérese el costo institucional y operativo de los organismos encargados de la persecución penal, en primer lugar; el costo asociado al funcionamiento de los tribunales de justicia, en segundo lugar; y el costo, en el caso de que se resuelva la privación de libertad de una persona que ha sido condenada por el delito de colusión, de mantenerla privada de libertad.

Para los primeros dos casos, no habiendo sido necesaria la creación de instituciones especializadas, y no habiendo registro de que el volumen de casos de colusión haya traído como consecuencia un atochamiento sistémico, el costo extraordinario de la operatividad de los organismos existentes de persecución y juzgamiento es marginal y no representa un valor relevante para realizar el cálculo que aquí nos interesa.

---

<sup>315</sup> No son objeto de este trabajo las muy intrincadas cuestiones acerca de las condiciones carcelarias en Chile. A este respecto, y solo a modo ejemplar, consúltese el muy completo estudio acerca de las mismas realizado por el Instituto Nacional de Derechos Humanos: INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. (2013). Estudio de las condiciones carcelarias en Chile. Diagnóstico del cumplimiento de los estándares internacionales de derechos humanos. Disponible en: <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/639/Estudio%20general?sequence=4>

En cuanto al tercer caso, esto es, el costo de mantener a una persona privada de libertad, ello equivale a alrededor de \$724.000 mensuales.<sup>316</sup> En un escenario virtual, en donde el costo se mantenga idéntico y en el que a una persona la condenen a la pena máxima contemplada en la ley, esto es, diez años de presidio mayor en su grado mínimo, el gasto total sería de \$86.880.000. Un monto, comparativamente, absolutamente menor en relación a los que han obtenido empresas que recientemente se han coludido en Chile.<sup>317</sup>

Pero no hay que asociar únicamente a la ganancia bruta de las empresas coludidas los montos que hay que comparar con los costos de imponer efectivamente la sanción, pues la colusión tiene otras graves consecuencias que sí son cuantificables en dinero. Así, por ejemplo, hay estudios que revelan en razón de conductas colusivas, los productos y servicios que son objeto de dichas prácticas experimentan un alza de precios que oscila, en promedio, entre el 31% y el 49% del precio original,<sup>318</sup> afectando directamente a los consumidores.

Además, la OCDE ha realizado estudios que son elocuentes en cuanto a las muy graves consecuencias macroeconómicas que se siguen de la existencia de carteles, especialmente en cuanto a la afectación negativa en el PIB,<sup>319</sup> lo que es consistente con el impacto negativo en la productividad y el crecimiento económico que se ha detectado al interior de los mercados en los que existen empresas coludidas y que bien retratan IVALDI, KHIMICH y JENNY:

*Our analysis also shows that, on average, a cartel decreases the production level by about 15% on the concerned market. If a cartelized industry makes a significant contribution*

---

<sup>316</sup> Al respecto, véase la noticia publicada por Radio Cooperativa, disponible en: <http://www.cooperativa.cl/noticias/pais/judicial/carceles/mantener-a-un-presos-cuesta-724-mil-pesos-mensuales/2017-12-27/065926.html>

<sup>317</sup> Como botón de muestra, piénsese en el caso conocido como “la colusión del papel tissue”, en donde el botín por la colusión bordearía los 816.000.000 de dólares (<http://radio.uchile.cl/2015/11/16/colusion-del-papel-monto-defraudado-superaria-los-800-millones-de-dolares/>) o el caso conocido como “la colusión de los pollos”, en donde el botín alcanzó los \$1.500.000.000 de dólares, una cifra muy superior a los 60 millones de dólares que tuvieron que pagar los coludidos en razón de la multa que les fue impuesta (<http://www.theclinic.cl/2014/09/26/cartel-de-los-pollos-ganancias-por-la-colusion-llegaron-us1-500-millones/>)

<sup>318</sup> CONNOR, J. y LANDE, R. (2008). “Cartel Overcharges and Optimal Cartel Fines”. *3 Issues in Competition Law and Policy*, ABA Section of Antitrust Law, p. 2203.

<sup>319</sup> Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico – OCDE. 2002. Fighting Hard-Core Cartels: harm, effective sanctions and leniency programmes, *passim*.

*to the national economy, then collusive practices harm consumers not only in terms of inflationary effects, but also because they limit consumption. Furthermore, as we estimate the deterrence rate, i.e., the annual probability of uncovering a cartel, to be around 24%, we suggest that the actual damage is at least 4 times bigger.*<sup>320</sup>

Como consecuencia de los datos arrojados, pareciera ser evidente que el principio de proporcionalidad en sentido estricto, desde esta perspectiva, se ve incontrovertiblemente satisfecho.

---

<sup>320</sup> IVALDI, M.; KHIMICH, A.; y JENNY, F. (2014). Measuring the Economic Effects of Cartels in Developing Countries, p. 2, disponible en: [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditccclpmisc2014d2\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditccclpmisc2014d2_en.pdf). Para facilitar la comprensión, se ofrece la siguiente traducción propia: “Nuestro análisis también muestra que, en promedio, un cartel reduce el nivel de producción en aproximadamente un 15% del mercado afectado. Si una industria cartelizada hace una contribución significativa a la economía nacional, las prácticas colusorias perjudican a los consumidores no solo en términos de efectos inflacionarios, sino también porque limitan el consumo. Además, como estimamos que la tasa de disuasión, esto es, la probabilidad anual de descubrir un cartel, es de alrededor de un 24%, sugerimos que el daño real es, al menos, cuatro veces mayor”.

## VI. CONCLUSIONES

La decisión de criminalizar la colusión en el artículo 62 del DL 211 responde a que esta se trata del más grave atentado a la libre competencia y, en consecuencia, se espera del Estado que reaccione previniendo y sancionando con especial ímpetu las conductas que quebranten la norma de comportamiento prevista en el tipo, sin que la normativa anterior hubiera tenido un rendimiento preventivo suficiente.

Se puede, y con muy buenas razones, poner en tela de juicio si acaso la reacción punitiva del Estado debe o no traducirse, por regla general, en el encarcelamiento de aquellos que sean declarados culpables de un crimen o simple delito tras haber sido sometidos a un debido proceso. Sin embargo, dado que el encarcelamiento constituye, justamente, la forma paradigmática de sanción penal en nuestro país, tiene sentido que se haya propuesto como respuesta al “fenómeno de la colusión”.<sup>321</sup>

En cuanto a la legitimidad de dicha propuesta, materializada en la ley 20.945, analizada desde la óptica del principio de proporcionalidad, resulta evidente que tanto la norma de comportamiento como la norma de sanción han satisfecho el *test* al que han sido sometidas. Así, desde una mirada dogmática acotada a este específico límite a la punibilidad, nos parece que no cobran sentido los cuestionamientos que se esbozaran en su tramitación.<sup>322</sup>

---

<sup>321</sup> Más aun, no puede sorprender que se reaccione con especial ímpetu en contra del más grave atentado contra la libre competencia en un país cuyo modelo económico es, en palabras de MAÑALICH, el de un “[c]apitalismo radicalmente desregulado, como el que fue impuesto en Chile a través de la dictadura cívico-militar desplegada a partir del golpe de Estado de 1973, [el cual] entraña la oferta de un modelo de sociedad construido sobre la promesa de las ventajas productivas y distributivas de ese mercado. Quienes están al servicio de la sustentación ideológica de ese modelo de sociedad (...) tendrían que ser los primeros en advertir la necesidad de que la regulación jurídica haga verosímil tal promesa. La criminalización de la colusión, acompañada de la fijación de un marco de penalidad que lleve asociado un riesgo cierto de padecimiento de encarcelamiento para quien resulte condenado a ese título, representa un paso elemental en esa misma dirección”. MAÑALICH, J. P. en: BERGOING, R. y SIERRA, L. (eds.) (2015). ¿Cárcel para colusión? Seis opiniones. *Puntos de Referencia - Centro de Estudios Públicos*, pp. 6-7.

<sup>322</sup> Por ejemplo, quien fuera durante su tramitación Diputado por la Unión Demócrata Independiente, ARTURO SQUELLA, cuestionó la satisfacción del principio de proporcionalidad. Véanse sus declaraciones recogidas por la Radio Cooperativa, disponibles en: <http://www.cooperativa.cl/noticias/economia/empresas/discusion-inmediata-para-proyecto-que-castiga-colusion-con-carcel/2015-11-05/135618.html>

Que la decisión goce de legitimidad desde el punto de vista que se ha ofrecido, desde luego no basta para sostener que la criminalización de la colusión vaya a ser la solución definitiva para el “problema de la colusión”. Por supuesto que, como se demostró, un grueso conjunto de sanciones tendrá un efecto disuasivo en las conductas que se pretenden evitar, razón por la que la criminalización de la colusión es una vía deseable, así como la existencia de altas multas y comiso de ganancias por las que se deba responder individualmente y no allí donde se halle el *deep pocket*.

Además de las sanciones ya existentes, sería interesante explorar nuevas alternativas, como es la institución del *debarment* en Estados Unidos, en virtud de la cual quien resulte condenado no podrá ejercer determinados cargos al interior de ciertas empresas.

Lo anterior, sin embargo, sería inútil sin mecanismos de investigación y persecución eficientes, capaces de complementar satisfactoriamente el rendimiento disuasivo de las sanciones previstas por el legislador. Sin una alta probabilidad de ser descubiertos y sancionados, los incentivos seguirán estando puestos en el lugar equivocado, cuando de la actividad colusoria se siga un efecto altamente lucrativo. Es por ello que es necesario reforzar y actualizar permanentemente el conjunto de mecanismos legales establecidos para hacer frente a fenómenos que ataquen la libre competencia, mas siempre respetando los límites que la dogmática ha sanamente introducido a lo largo de muchísimos años para que no se vulnere injustamente derecho alguno en pos de la libre competencia, y que cada vulneración sea justificada y restringida al máximo.

No pareciera ser que existan fórmulas perfectas, pero sí mecanismos más y menos eficientes y más y menos acorde al espíritu de los tiempos. En tal sentido, la misión de la academia será dual: de un lado, proponer continuamente nuevas fórmulas; de otro, evitar que dicho espíritu de los tiempos favorezca la vulneración de las vallas que durante siglos se han perfeccionado para evitar que los ordenamientos jurídicos ofrezcan respuestas injustas.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- 1) ACEVEDO, C. (2010). Effectiveness of Antitrust Law – Severe of effective penalties? The convenience of Re-establishes the Penalty of Imprisonment for Infractions to the Competition Law. Disponible en: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1673256](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1673256), p. 1.
- 2) AGUADO CORREA, T. (1999). *El principio de proporcionalidad en el Derecho Penal*. Madrid: Edersa.
- 3) AHUMADA, J. (1990). *En vez de la miseria*. Santiago de Chile: Ediciones BAT.
- 4) ALEXY, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- 5) AQUINO, T. d. (2000). *El ente y su esencia*. México D.F.: Universidad Autónoma de Nuevo León.
- 6) AQUINO, T. d., & Alvernia, P. d. (2001). *Comentario a la Política de Aristóteles*. Pamplona: Editorial Eunsa.
- 7) ARISTÓTELES. (2010). *La Política*. Madrid: Mestas.
- 8) BARNES, J. Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario. *Revista de Administración Pública*(135), 495-522.
- 9) BARROSO GONZÁLEZ, J. L. Los delitos económicos desde una perspectiva criminológica. *Revista IUS*(35), vol 9, 95-122.
- 10) BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, A. (2016). *Estudios sobre la colusión*. Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- 11) \_\_\_\_\_ (2008). Derechos fundamentales y derecho penal. *Revista de Estudios de la Justicia*(9), 47-74.
- 12) BEATON-WELLS, C. & EZRACHI, A. (2011). *Criminalising Cartels*. Oxford & New York: Hart Publishing.
- 13) BECCARIA, C. (2000). *De los delitos y las penas*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- 14) BERGOING, R. y SIERRA, L. (eds.) (2015). ¿Cárcel para colusión? Seis opiniones. *Puntos de Referencia - Centro de Estudios Públicos*.

- 15) BERNAL PULIDO, C. (2003). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- 16) BERNEDO, P. (2013). *Historia de la Libre Competencia en Chile 1959-2010*. Santiago de Chile: Ediciones de la Fiscalía Nacional Económica.
- 17) BORK, R. (1993). *The Antitrust Paradox. A policy at war with itself*. New York: The Free Press.
- 18) BOROWSKY, M. (1998). *Grundrechte als Prinzipien: die Unterscheidung von Prima-facie-Position und definitiver Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos.
- 19) BOVINO, A. (1998). *Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneo*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- 20) BREYER, S. (1982). *Regulation and its reform*. Cambridge, Massachusetts & London: Harvard University Press.
- 21) BUSTOS, J. (2004). *Obras Completas, Tomo I*. Lima: ARA Editores.
- 22) CANCIO MELIÀ, M. y GÓMEZ-JARA, C. (2006). *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Buenos Aires: Editorial Montevideo.
- 23) CANCIO MELIÀ, M. (2003). ¿"Derecho Penal" del Enemigo? En: M. CANCIO MELIÀ, & G. JAKOBS, *Derecho Penal del Enemigo* (págs. 57-102). Madrid: Civitas.
- 24) CANCIO MELIÀ, M. (2000). «Derecho Penal del Enemigo» y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000. *Jueces para la democracia*, n° 44.
- 25) CARBONELL, M. (2010). Presentación: el principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. En: CARBONELL, M. (2010). *El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica* (págs. 11-15). Santiago de Chile: Librotecnia.
- 26) CÁRDENAS GRACIA, J. (2014). Noción, justificación y críticas al principio de proporcionalidad. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*(139), 65-100
- 27) COMPETITION & MARKETS AUTHORITY. (2014). *Quick Guide to Complying with Competition Law. Protecting businesses and consumers from anti-competitive behaviour*.
- 28) CONNOR, J. y LANDE, R. (2008). Cartel Overcharges and Optimal Cartel Fines. *3 Issues in Competition Law and Policy, ABA Section of Antitrust Law*. pp. 2203-2218.
- 29) CONNOR, J. (2006). Effectiveness of Antitrust Sanctions on Modern International Cartel. *Journal of Industry, Competition and Trade*(6), 195-223.

- 30) CONTRERAS, L. (2012). Normative Kriterien zur Bestimmung der Sorgfaltspflichten des Produzenten. Berlin: Duncker & Humboldt.
- 31) CRANDALL, R.W. y Winston, C. (2003). Does antitrust policy improve consume welfare? Assesing the evidence. *Journal of Economic Perspectives*, vol. 17, pp. 1-26.
- 32) CRESPO, E. (2006). El «derecho penal del enemigo» *Darf nicht sein! Sobre la ilegitimidad del llamado "derecho penal del enemigo" y la idea de seguridad.* En: CANCIO MELIÀ, M, y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión. Buenos Aires: Editorial Montevideo.
- 33) CURY URZÚA, E. (2005). *Derecho Penal Parte General*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- 34) DE CASTRO, S. & MÉNDEZ, J. C. (1992). "*El Ladrillo*": bases de la política económica del gobierno militar chileno. Santiago de Chile: Centro de Estudios Públicos.
- 35) DEPOLO RAZMILIC, R. (1997). El régimen jurídico de defensa de la libre competencia en Chile. Algunas proposiciones para su despenalización. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XVIII, 435-441.
- 36) DEWEY, D. (1964). *Monopoly in economics and law*. Chicago: Rand McNally & Company.
- 37) DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (2005). De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 01:01-01:37.
- 38) \_\_\_\_\_ (2004). El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*(06-03), 03-1:03-34.
- 39) DÖLLING, D., ENTFORF, H., HERMANN, D. & RUPP, T. (2009) Is deterrence effective? Results of meta-analyses of punishment. *European Journal on Criminal Policy and Research*, 15(1-2), 201-224.
- 40) FARMER, S. B. (2013). Real Crime: Criminal Competition Law. *European Competition Journal*, 599-622.
- 41) FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. (2017). Guía interna sobre Delación Compensada en Casos de Colusión. Disponible en su sitio web: [http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/03/Guia\\_Delacion\\_Compensada.pdf](http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/03/Guia_Delacion_Compensada.pdf)
- 42) FEAR, J. (2006). *Cartels and Competition: neither markets nor hierarchies*. Boston: Harvard Business School.

- 43) FERNÁNDEZ CRUZ, J. Á. (2010). El juicio constitucional de proporcionalidad de las leyes penales: ¿la legitimación democrática como medio para mitigar su inherente irracionalidad? *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*(1), 51-99.
- 44) FOUCAULT, M. (2011). *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa.
- 45) FUENTES, H. (2008). El principio de proporcionalidad en el Derecho penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena. *Ius et Praxis*(2), 15-42.
- 46) FRISCH, W. (2007). Bien Jurídico, Derecho, Estructura del Delito e Imputación en el Contexto de la Legitimación Penal Estatal. En: Hefendehl, R. (2007). *La Teoría del Bien Jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* (pp. 309-340). Madrid: Marcial Pons.
- 47) GARCÍA PÉREZ, O. (2007). La racionalidad de la proporcionalidad de las penas en sistemas orientados a la prevención especial. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*(09-09), 09:01-09:25.
- 48) GARLAND, D. (2005). *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Barcelona: Gedisa Editorial.
- 49) GONZÁLEZ, A. (2011). Prácticas colusivas. En: TRIBUNAL DE LIBRE COMPETENCIA, *La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario* (pp. 143-162). Santiago: Thomson Reuters.
- 50) GRACIA MARTÍN, L. (2005). Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "derecho penal del enemigo". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 02:01-02:43.
- 51) GREEN, S. P. (2010). *Lying, Cheating, and Stealing*. Oxford and New York: Oxford University Press.
- 52) GUERRERO, J.L. y BOFILL, A. (1995). “Acerca del concepto constitucional y legal de competencia”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XVI, 193-206.
- 53) GUTIÉRREZ, P. (2002). *El contrato de suministro de energía eléctrica a clientes libres. Memoria para optar el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile*
- 54) GUZMÁN DALBORA, J. L. (2012). Aborto: delito arcaico, punibilidad regresiva y explotación social. *Revista de Estudios de la Justicia*(17), 17-51.

- 55) GRUNBERG, J. y MONTT, S. (2010). *Informe en Derecho. Prueba de Colusión*. Santiago de Chile: Centro de Regulación y Competencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
- 56) HAFFKE, B. (1995). El significado de la distinción entre norma de conducta y norma de sanción para la imputación jurídico-penal. En: SCHÜNEMMAN & FIGUEREIDO DIAS (coords.), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*. (págs. 129-138). Barcelona: Bosch.
- 57) HAMMOND, S. (2004). Cornerstones of an Effective Leniency Program, disponible en: <https://www.justice.gov/atr/speech/cornerstones-effective-leniency-program>
- 58) HARDING, C. & JOSHUA, J. (2010). *Regulating Cartels in Europe*. Oxford and New York: Oxford University Press.
- 59) HASSEMER, W. (2012). El principio de proporcionalidad como límite a las intervenciones jurídico-penales. En: Robles Planas, R. (coord.) (2012). *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*. Barcelona: Atelier Libros.
- 60) HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F. (2012). *Introducción a la criminología y a la política criminal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- 61) HERNÁNDEZ, H. (2012). La punibilidad de la colusión (secreta) de precios en el derecho chileno. *Revista Política Criminal*, 7(13), 147-167.
- 62) \_\_\_\_\_ (2005). Perspectivas del derecho penal económico en Chile. *Persona y sociedad*, 19(1), 101-134.
- 63) INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. (2013). Estudio de las condiciones carcelarias en Chile. Diagnóstico del cumplimiento de los estándares internacionales de derechos humanos. Disponible en: <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/639/Estudio%20general?sequence=4>
- 64) INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. (2005). *Defining Hard Core Cartel Conduct – Effective Institutions – Effective Penalties. Building Blocks for Effective Anti-Cartel Regimes*. Vol. 1.
- 65) HYLTON, K. (2003). *Antitrust Law. Economic & theory common law evolution*. New York: Cambridge University Press.
- 66) ILLANES, Ó. (1965). *Comisión antimonopolios y su jurisprudencia. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile*. Santiago de Chile: Editorial Universitaria.

- 67) IVALDI, M.; KHIMICH, A.; y JENNY, F. (2014). Measuring the Economic Effects of Cartels in Developing Countries. Disponible en: [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditccclpmisc2014d2\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditccclpmisc2014d2_en.pdf) el día 09 de agosto de 2018.
- 68) JAKOBS, G. (2003). Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo. En: CANCIO MELIÁ, M. & JAKOBS, G. *Derecho penal del enemigo* (págs. 19-56). Madrid: Civitas Ediciones.
- 69) JESCHECK, H. (1981). *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Bosch.
- 70) KINDHÄUSER, U. (2008). *Teoría de las normas y sistemática del delito*. Lima: Ara Editores.
- 71) KLUTH, W. (1998). Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad en Derecho alemán. *Cuadernos de Derecho Público*(5), 219-237.
- 72) Kobayashi, B. (2001). Antitrust, Agency and Amnesty: an Economic Analysis of the Criminal Enforcement of the Antitrust Laws Against Corporations, *George Washington Law Review*, vol. 69(5 & 6), pp. 715-744.
- 73) KRONSTEIN, H., MILLER, T. y DOMMER, P. (1965). *Major American Antitrust Laws. A Guide to Their Domestic and Foreign Application*. New York: Oceana Publications.
- 74) LAGODNY, O. (2007). *El derecho penal sustantivo como piedra de toque de la dogmática constitucional*. En: HEFENDEHL, R. (2007). *La Teoría del Bien Jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* (pp. 129-136). Madrid: Marcial Pons.
- 75) LAGOS ESCOBAR, R. (1961). *La concentración del poder económico en Chile*. Santiago de Chile: Editorial del Pacífico.
- 76) LOPERA MESA, G. (2011). Principio de proporcionalidad y control de constitucionalidad de las leyes penales. En: Carbonell, M. (coord.) (2011). *El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica* (pp. 211-256). Santiago de Chile: Librotecnia.
- 77) \_\_\_\_\_ (2011). Principio de proporcionalidad y control de constitucionalidad de las leyes penales. Una comparación entre las experiencias de Chile y Colombia. *Revista de Derecho (Valdivia)*(2), 113-138.
- 78) LÜDERS, R. (2012). *Sistemas económicos, tecnología y acción oficial en defensa de la libre competencia: Chile 1810-2010*. Santiago de Chile: Instituto de Economía de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

- 79) LUNA, J. (2012). La proporcionalidad como principio limitador en la determinación e imposición de las penas. En: VV.AA. (2012). *Estudios en homenaje a César Esquinca Muñoa* (pp. 315-338). México. D.F.:Fundación Académica Guerrerense .
- 80) MACCULOCH, A. (2012). The Cartel Offence: Defining an Appropriate "Moral Space". *European Competition Journal*, 8(1), 73-93.
- 81) MACKENZIE, D. L. & FARRINGTON, D. P. (2015) Preventing future offending of delinquents and offenders: what have we learned from experiments and meta-analyses?. *Journal of Experimental Criminology*, 11(4), 565-595.
- 82) MAÑALICH RAFFO, J. P. (2014). *Norma, causalidad y acción. Una teoría de las normas para la dogmática de los delitos de resultado puros*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires & Sao Paulo: Marcial Pons.
- 83) \_\_\_\_\_ (2014). Normas permisivas y deberes de tolerancia. *Revista chilena de Derecho*, 41(2), 473-522.
- 84) \_\_\_\_\_ (2013). La exculpación como categoría del razonamiento práctico. *InDret. Revista para el análisis del Derecho*(1), 1-29.
- 85) \_\_\_\_\_ (2012). Reglas primarias de obligación. Las "reglas del derecho penal" en el concepto del derecho de H.L.A. Hart. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*(1), 571-585.
- 86) \_\_\_\_\_ (2010). Norma e imputación como categorías del hecho punible. *Revista de Estudios de la Justicia*(12), 169-190.
- 87) \_\_\_\_\_ (2010). Retribución como coacción punitiva. *Derecho y Humanidades* 1(6), 49-67
- 88) MARKERT, K. (1988). *Monopolio y derecho*. Valparaíso: Edeval.
- 89) MASSEL, M. (1964). *Competition and Monopoly. Legal and economic issues*. New York: Anchor Books.
- 90) MEDINA CUENCA, A. (2007). Los principios limitativos del ius puniendi y las penas alternativas a las privativas de libertad. *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*(19), 87-116.
- 91) MEDINA SCHULZ, G. & WINTER ETCHEBERRY, J. (2015). Proyecto de Ley que Fija Normas para la Defensa de la Libre Competencia. *Revista de Ciencias Penales*(4).

- 92) MENDO ESTRELLA, Á. (2012). ¿Es posible sancionar penalmente los cárteles económicos actualmente en España? Propuestas de futuro (1). *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*(65) 225-251.
- 93) MIR PUIG, S. (2015). *Derecho Penal Parte General*. Montevideo y Buenos Aires: B de F.
- 94) \_\_\_\_\_ (2012). El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del derecho penal. En: Mir Puig, S. y Queralt Jiménez, J. (2012). *Constitución y Principios del Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- 95) \_\_\_\_\_ (2009). El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal. En: CUERDA ARNAU, L. (coord.), *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal*, vol. 2, (pp. 1357-1382). Madrid: Tirant lo Blanch.
- 96) MOTCHEKOVA, E. y KORT, P.M. (2006). Analysis of Current Penalty Schemes for Violations of Antitrust Laws, *Journal of Optimization Theory and Applications*, vol. 128(2), pp. 431-451.
- 97) MOTTA, M. (2004). *Competition Policy: Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press.
- 98) NAVARRO, I. (2010). El principio de proporcionalidad en sentido estricto: ¿principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance global de costes y beneficios? *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*.(2), 1-33.
- 99) NEUMANN, U. (2012). El principio de proporcionalidad como principio limitador de la pena. En: ROBLES PLANA, R. (coord.) (2012). *Los límites del derecho penal* (pp. 201-212). Barcelona: Atelier.
- 100) NIETO, A. (2008). Responsabilidad social, gobierno corporativo, y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa. *Política Criminal*(5) 1-18,
- 101) NOVOA MONREAL, E. (1980). Derecho, juristas y cambio económico. *Revista de Estudios de Derecho Económico*.
- 102) NÚÑEZ LEIVA, J. I. (2009). Un análisis abstracto del Derecho Penal del Enemigo a partir del Constitucionalismo Garantista y Dignatario. *Política Criminal*, IV(8), 383-407.
- 103) OPAZO BRULL, E. (1962). *La Comisión Antimonopolios y estudio del título V de la ley N° 13.305*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

- 104) ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICO - OCDE. (2002). Fighting Hard-Core Cartels: harm, effective sanctions and leniency programmes.
- 105) ORTÚZAR, W. & ARRIAGADA, J. (1978). *Ley Antimonopolios. Jurisprudencia de la Comisión Resolutiva 1974-1977*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- 106) PERRONE, A. Información en el mercado de valores y de tutela del inversor. *Política Criminal*, 7(4), 197-229.
- 107) PLATÓN. (1962). *Las leyes* (Vol. II). Barcelona: Iberia.
- 108) PORTILLA CONTRERAS, G. (2004). Fundamentos teóricos del Derecho penal y procesal-penal del enemigo. *Jueces para la Democracia*(49), 43-50.
- 109) POSNER, R. (2001). *Antitrust law*. Chicago & London: The University of Chicago Press.
- 110) ROBINSON, E. A. (1950). *Monopolio*. México D.F & Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- 111) ROCCO, A. (2003). Sobre el concepto del derecho subjetivo de punir. En: Rocco, A. (2003). *Cinco estudios sobre derecho penal* (pp. 11-42). Montevideo y Buenos Aires: B. de F.
- 112) ROSENBLUT, V. y MOREIRA, A. (2017). *Informe sobre análisis y propuesta de criterios político criminales aplicables al ejercicio de la acción penal en materia de libre competencia*, disponible en: <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2018/02/MRyCIA.pdf>
- 113) ROXIN, C. (1976). Sentido y límites de la pena estatal. En: Roxin, C. (1976). *Problemas básicos del derecho penal* (pp. 11-36). Madrid: Reus.
- 114) SÁNCHEZ, Á. (1966). El control de suministro de energía eléctrica. *Boletín de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Rioja*(10-11), 163-168.
- 115) SEGOVIA, H. (2014). *Curso básico de Derecho de Energía Eléctrica*. Santiago de Chile: Enecolor.
- 116) SIEBER, U. (2012). Programas de *compliance* en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. En: ARROYO ZAPATERO, Luis y NIETO MARTÍN, Adán (2012). *El derecho penal económico en la era del compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch,
- 117) SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2003). *Normas y acciones en Derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- 118) SMITH, A. (1955). *La riqueza de las naciones*. Barcelona: Bosch.

- 119) STERNBERG-LIEBEN, D. (2007) *Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal* en: HEFENDEHL, R. *La Teoría del Bien Jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* (pp. 105-128). Madrid: Marcial Pons
- 120) TAMAMES, R. (1970). *La lucha contra los monopolios*. Madrid: Tecnos.
- 121) TIEDEMANN, K. (2009). *Derecho Penal Económico*. Lima: Grijley.
- 122) VALDÉS, D. (2010). *Libre Competencia y Monopolio*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- 123) VISCUNI, W., VERNON, J. & HARRINGTON, J. (2000). *Economics of regulation and antitrust*. Massachusetts: The MIT Press.
- 124) WARDHAUGH, B. (2014). *Cartels, Markets and Crime. A Normative Justification for the Criminalisation of Economic Collusion*. New York: Cambridge University Press.
- 125) \_\_\_\_\_ (2012). A normative approach to the criminalisation of cartel activity. *Legal Studies*, 32(3), 369-395.
- 126) WHELAN, P. (2013). Cartel Criminalization and the Challenge of 'Moral Wrongfulness'. *Oxford Journal of Legal Studies*, 33(3), 535-561.
- 127) \_\_\_\_\_ (2012). Legal Certainty and Cartel Criminalisation within the EU Member States. *Cambridge Law Journal*, 71(3), 677-702.
- 128) WHISH, R. (2009). *Competition Law*. Oxford: Oxford University Press.

### VIII. JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA, JUDICIAL Y CONSTITUCIONAL CITADA

- 1) Resolución N° 5 de la Comisión Resolutiva.
- 2) Resolución N° 8 de la Comisión Resolutiva.
- 3) Resolución N° 9 de la Comisión Resolutiva.
- 4) Resolución N° 17 de la Comisión Resolutiva.
- 5) Resolución N° 21 de la Comisión Resolutiva.
- 6) Resolución N° 62 de la Comisión Resolutiva.
- 7) Resolución N° 67 de la Comisión Resolutiva.
- 8) Resolución N° 70 de la Comisión Resolutiva.
- 9) Resolución N° 72 de la Comisión Resolutiva.
- 10) Resolución N° 77 de la Comisión Resolutiva.
- 11) Resolución N° 102 de la Comisión Resolutiva.
- 12) Resolución N° 149 de la Comisión Resolutiva.
- 13) Resolución N° 159 de la Comisión Resolutiva.
- 14) Resolución N° 163 de la Comisión Resolutiva.
- 15) Resolución N° 221 de la Comisión Resolutiva.
- 16) Resolución N° 267 de la Comisión Resolutiva.
- 17) Resolución N° 239 de la Comisión Resolutiva.
- 18) Resolución N° 368 de la Comisión Resolutiva.
- 19) Resolución N° 432 de la Comisión Resolutiva.
- 20) Sentencia N° 20/2005 del TDLC.
- 21) Sentencia Rol N° 73.923-2016 de la Corte Suprema de Chile.
- 22) Sentencia Rol N° 3139/2015 de la Corte de Apelaciones de Santiago.
- 23) Sentencia Rol N° 1046/2008 del Tribunal Constitucional de Chile
- 24) Sentencia Rol N° 787/2007 del Tribunal Constitucional de Chile.
- 25) Sentencia Rol N° 797/2007 del Tribunal Constitucional de Chile.
- 26) Sentencia Rol N° 825/2007 del Tribunal Constitucional de Chile.
- 27) Sentencia Rol N° 829/2007 del Tribunal Constitucional de Chile.
- 28) Sentencia Rol N° 280/1998 del Tribunal Constitucional de Chile.
- 29) Sentencia Rol N° 226/1995 del Tribunal Constitucional de Chile.
- 30) Sentencia Rol N° 51/1988 del Tribunal Constitucional de Chile.

## IX. OTRAS REFERENCIAS

- 1) FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, Respuesta a los comentarios del primer borrador de febrero de 2018 “Guía Interna para la interposición de querellas por el delito de colusión”, disponible en: <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2018/06/Respuestas-gu%C3%ADa-querellas-final.pdf>,
- 2) Historia de la Ley N° 19.911
- 3) Historia de la Ley N° 20.945.
- 4) Radio Universidad de Chile. Colusión del papel monto defraudado superaría los 800 millones de pesos [noticia]. Disponible en: <http://radio.uchile.cl/2015/11/16/colusion-del-papel-monto-defraudado-superaria-los-800-millones-de-dolares/>
- 5) The Clinic Online. Cartel de los pollos: empresas ganaron US 1.500 millones por la colusión [noticia]. Disponible en: <http://www.theclinic.cl/2014/09/26/cartel-de-los-pollos-ganancias-por-la-colusion-llegaron-us1-500-millones/>
- 6) Radio Cooperativa. Discusión inmediata para ley que castiga colusión con cárcel [noticia]. Disponible en: <http://www.cooperativa.cl/noticias/economia/empresas/discusion-inmediata-para-proyecto-que-castiga-colusion-con-carcel/2015-11-05/135618.html>
- 7) Radio Cooperativa. Mantener a un preso cuesta 72 mil pesos mensuales [noticia]. Disponible en: <http://www.cooperativa.cl/noticias/pais/judicial/carceles/mantener-a-un-presos-cuesta-724-mil-pesos-mensuales/2017-12-27/065926.html>