



000384  
RECIBIDOS OCTUBRE Y CUARTO.-

Santiago, ocho de agosto de dos mil diecinueve.

**VISTOS:**

Con fecha 16 de febrero de 2018, Pedro Pablo Echeverría Bascuñán, de profesión químico, domiciliado para estos efectos en Andrés de Fuenzalida N° 17, oficina N° 41, Providencia, Santiago, ha requerido la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 467, inciso final y 468, ambos del Código Penal, para que ello surta efectos en la causa penal RUC N° 1600732705-K, RIT N° 10.764-2017, del 8° Juzgado de Garantía de Santiago.

**Preceptos legales cuya aplicación se impugna**

El texto de los preceptos impugnados, en su parte ennegrecida, dispone:

**"Código Penal**

(...)

**Artículo 467.-** El que defraudare a otro en la sustancia, cantidad o calidad de las cosas que le entregare en virtud de un título obligatorio, será penado:

1.º Con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de once a quince unidades tributarias mensuales, si la defraudación excediera de cuarenta unidades tributarias mensuales.

2.º Con presidio menor en su grado medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, si excediere de cuatro unidades tributarias mensuales y no pasare de cuarenta unidades tributarias mensuales.

3.º Con presidio menor en su grado mínimo y multa de cinco unidades tributarias mensuales, si excediere de una unidad tributaria mensual y no pasare de cuatro unidades tributarias mensuales.

**Si el valor de la cosa defraudada excediere de cuatrocientas unidades tributarias mensuales, se aplicará la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de veintiuna a treinta unidades tributarias mensuales.**

**Artículo 468.** Incurrirá en las penas del artículo anterior el que defraudare a otro usando de nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia o crédito supuestos, aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación imaginarios, o valiéndose de cualquier otro engaño semejante."





### **Síntesis de la gestión pendiente**

Refiere el actor que se lleva investigación por el Ministerio Público ante el 8° Juzgado de Garantía de Santiago por delito de estafa reiterada, en que se ha solicitado su formalización como imputado. A dicha indagatoria el Consejo de Defensa del Estado se ha sumado como querellante.

Indica que los hechos imputados son los mismos de una causa conocida por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), iniciada por investigación de la Fiscalía Nacional Económica (FNE) en el año 2012, respecto de un eventual actuar concertado entre oferentes de medicamentos y otros productos farmacéuticos, dada una denuncia formulada por el Ministerio de Salud por alzas de precios de proveedores en procesos de licitaciones públicas convocadas por la Central Nacional de Abastecimiento.

Avanzada esa investigación en sede de libre competencia, el Fiscal Nacional Económico, en agosto de 2016, interpuso requerimiento por infracción al artículo 3°, incisos primero y segundo, de la letra a) del D.L. N° 211, de 1973, en contra de tres laboratorios, ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Los cargos formulados dicen relación con que las requeridas habrían celebrado y ejecutado un acuerdo para afectar los resultados de procesos de licitación pública convocados por CENABAST para la adquisición de medicamentos inyectables genéricos contenidos en envases de menor tamaño "ampollas".

En particular, se imputó haber acordado cuál de ellas ofertaría el menor precio en licitaciones, respecto de las que podrían haber competido, buscando determinar quién proveería estos medicamentos. Según el requerimiento, el acuerdo se habría extendido al menos entre el año 1999 y el primer semestre del año 2013.

No obstante, el Ministerio Público y, en consecuencia, el Juzgado de Garantía, sin contar con la habilitación legal de los órganos de defensa de la libre competencia abrió de oficio una investigación penal por los mismos hechos forzando una aplicación de leyes penales a los mismos, contrariando con ello la Constitución.

Lo anterior por cuanto dos días después de ser interpuesto el requerimiento por la FNE, la Fiscalía de Alta Complejidad de la Fiscalía Regional Metropolitana Oriente, sin contar con habilitación alguna del Fiscal Nacional Económico, resolvió iniciar de oficio una investigación penal por los mismos hechos contenidos en el requerimiento, calificándose forzosamente como un posible delito de estafa en los términos de los artículos 467 y 468 del Código Penal. Incluso se acompañó como antecedente el requerimiento de la FNE.

Así, conociendo de la eliminación del carácter penal de las infracciones a libre competencia vigente desde el año 2003, unido a la última reforma de 2016, que restringió la persecución penal de estas conductas a la acción penal del Fiscal Nacional Económico, una vez se encuentren ejecutoriados los fallos en sede de libre



000385

TRESCIENTOS OCHENTA Y CINCO.-

competencia, el Ministerio Público vuelve a intentar en sede penal una aplicación forzada de tipos penales, en la figura de estafa recogida en los preceptos que se cuestionan.

A lo anterior se ha agrado una querrela del CDE, tampoco contando con habilitación legal del FNE, presentando como presuntos "hechos constitutivos de delito" los mismos ya fijados en la colusión de precios en licitaciones que llevó adelante la FNE.

Analizando la ubicación sistemática del tipo penal de estafa, su bien jurídico protegido y la delimitación del resto de las figuras punibles englobadas bajo su marco, expone que el tipo penal del artículo 468 limita las modalidades del engaño inherente al delito, a las hipótesis que la disposición describe.

Pero no se trata en verdad de una limitación, más bien sólo se señala un sentido o criterio interpretativo para intentar precisar a qué clase de engaños se está refiriendo el precepto, dado que la enumeración que la disposición realiza es meramente ejemplar, dejando abierta la posibilidad de comprender dentro del enunciado a cualquiera de las diversas conductas que reúnan las características que allí se indican.

El legislador no ha descrito en la norma del artículo 468 el comportamiento prohibido, sino que optó por dar ejemplos para determinar aquellos que quedarían comprendidos en el tipo.

Mas, las conductas que serían investigadas resultan impunes en el marco del Derecho penal.

Analizando el devenir histórico del proceso sancionatorio de las conductas contrarias a la libre competencia, se puede concluir que aquellos hechos relativos a la ejecución de carteles o acuerdos destinados a fijar precios y/o alterar resultados de licitaciones públicas como los imputados tanto en el requerimiento de la FNE, la querrela del CDE y la investigación y solicitud de formalización del Ministerio Público, en el período indicado (2005 hasta enero de 2013) no han sido ni fueron figuras sancionadas criminalmente (ni por legislación penal general ni especial) en nuestro ordenamiento jurídico, significando que la posible aplicación de los preceptos cuestionados en sede penal, generen efectos opuestos a la finalidades contenidas en garantías constitucionales, no obstante que en principio los preceptos legales pudieran estar en perfecta consonancia con la Carta Fundamental pero ser inaplicables a este caso particular.

### **Conflicto constitucional sometido al conocimiento y resolución del Tribunal**

Refiere en su presentación diversos capítulos para alegar la vulneración a la Constitución.



1. *Infracción al principio de legalidad penal*, manifestado en la reserva legal, prohibición de analogía, tipicidad y mandato de determinación (artículo 19, n°3, incisos octavo y noveno en relación al artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución)

Expone que su contenido se ha limitado a la exclusión de la creación del Derecho penal por parte de los tribunales, exigiéndose la configuración de las leyes de manera tan precisa que permitan calcular su aplicación, prohibiéndose la extensión analógica a casos no comprendidos en la ley y su aplicación retroactiva. Así, no hay delito ni pena sin una ley previa, escrita y estricta. Se prohíbe la analogía y la retroactividad.

Lo anterior se expresa en el mandato de determinación de la ley penal. Se obliga al legislador a especificar con claridad y precisión los elementos que componen el tipo penal, para que los ciudadanos a quienes se dirige la norma puedan ser motivados por ella, asegurando certeza y seguridad jurídica en la aplicación de la ley.

En el caso concreto es contrariado el principio y no es posible subsanarlo a través de interpretación. Expone que la aplicación de las normas invocadas a los hechos materia del requerimiento, importarían una creación judicial de figuras penales inexistentes, que a la fecha de la ejecución de los hechos imputados no eran punibles, por expresa disposición del legislador.

Hacer aplicables normas penales generales como las establecidas en los artículos 468 y 467, inciso final, del Código Penal, a conductas no punibles o bien que su carácter penal fue derogado por expresa decisión democrática del parlamento, importaría una invasión y vulneración de la facultad normativa reservada al legislador.

Ello significaría arrogarse por el Ministerio Público y el juez de la causa, la facultad de delitos penales a hipótesis fácticas expresamente excluidas del ordenamiento.

Luego, la aplicación de los preceptos al supuesto fáctico materia del requerimiento importaría una aplicación analógica, proscrita por el ordenamiento jurídico constitucional en sede penal.

Tanto la solicitud de formalización del Ministerio Público, como la querrela del CDE y la resolución judicial que fija audiencia al efecto invocan como normas penales a aplicar a los hechos materia de la investigación, el delito de estafa consagrado en los artículos 468 y 467, inciso final, del Código Penal. Ello significa – dada la redacción abierta de las figuras- vincular al órgano judicial a efectuar una interpretación de analogía a supuestos no penados para obtener a toda costa una calificación y sanción penal de los mismos.

2. *Infracción a la garantía del debido proceso penal*: vulneración del principio *ne bis in idem*, irretroactividad de la ley procesal penal, juez natural y garantía de no ser juzgado por comisiones especiales (artículo 19, n°3, incisos quinto y sexto en



000386  
TRUCIBUSTOS DE HECHOS Y SEIS -

relación a los artículos 1º y 5º, inciso segundo). Comenta que la organización legal del proceso debe ser anterior al hecho que lo motiva. Tan anterior como la tipificación de los delitos por los cuales se inicia.

La Constitución contempla la prohibición de ser juzgado por comisiones especiales, entendidas como jueces establecidos con posterioridad a la ejecución de los hechos materia de conocimiento y el derecho al juez natural, cuyo contenido sustancial está dado por que el conocimiento procesal sea efectuado por el juez llamado por la ley a resolver el conflicto jurídico que fijan los hechos.

Relacionado con esta garantía y con el principio de proporcionalidad, se encuentra la prohibición constitucional del principio *ne bis in ídem* o *non bis in ídem*, en su doble manifestación, esto es, como el derecho a no ser sometido a dos procesos por el mismo hecho y el derecho a no ser sancionado dos veces por el mismo hecho. Se analiza la identidad de personas, del objeto de persecución y de causa de la persecución.

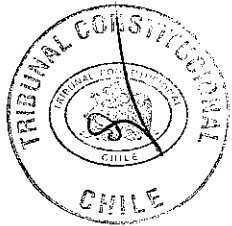
La aplicación de las normas invocadas en la gestión pendiente provocan una contradicción con un proceso previo legalmente tramitado, racional y justo, y generan doble incriminación por los mismos hechos en el ejercicio de la facultad punitiva del Estado (*ius puniendi*), conflicto constitucional que no es posible subsanar por vía de interpretación judicial, sino únicamente con una declaración de inaplicabilidad.

La aplicabilidad en el marco de una investigación y proceso penal de las normas contenidas en los artículo 468 y 467 inciso final, al supuesto de hecho imputado, violentan la garantía de un proceso previo legalmente tramitado y transgreden la institucionalidad procesal establecida por nuestro legislador para el conocimiento y resolución del supuesto fáctico vedado por disposición legal a los órganos sancionatorios administrativos de libre competencia.

Al requerir en sede de justicia penal la aplicación de estas normas por el Ministerio Público, el Consejo de Defensa del Estado y el Juez de Garantía, se tiene un proceso no contemplado en nuestro ordenamiento para el conocimiento y la resolución del conflicto monopólico a que hacen referencia los hechos del requerimiento.

En el período comprendido entre octubre de 2003 y agosto de 2016, las infracciones a la libre competencia no era perseguibles por vía de la herramienta penal. A partir de la reforma introducida al D.L. 211 por la Ley 20.945, tampoco estos ilícitos monopólicos son perseguibles de oficio por acción penal pública del MP o del CDE, sino que requieren de previa instancia del órgano legitimado por ley para activar la vía penal, esto es, el Fiscal Nacional Económico, una vez que exista sentencia ejecutoriada del fallo que establezca el ilícito anticompetitivo.

El Consejo de Defensa del Estado, en diciembre de 2017, no podría haber iniciado la judicialización penal de estos hechos imputando la comisión del delito de estafa contemplado en las normas penales invocadas por expresa disposición legal;





el Ministerio Público tampoco podría haber iniciado de oficio sin vulnerar la garantía un proceso legalmente tramitado, para investigar los hechos –en pleno conocimiento de sede de libre competencia- sin contar con la querrela del Fiscal Nacional Económico una vez finalizada la instancia sancionatoria administrativa y, el 8º Juzgado de Garantía tampoco estaría habilitado para haber declarado admisible la querrela del CDE por los hechos, fijar audiencia de formalización en que se imputan las normas cuestionadas.

3. *Infracción al principio de culpabilidad penal*: presunción de derecho de la responsabilidad penal (artículo 19, nº3, inciso séptimo, en relación al artículo 1º de la Constitución). Agrega que la pena no debe regirse exclusivamente por la utilidad pública que se espera de ella, sino que debe mantenerse dentro del marco de la culpabilidad del autor. Se exige dolo o culpa, conciencia de la antijuridicidad, y reprochabilidad en el sujeto activo, proscribiéndose la presunción de derecho de la responsabilidad penal y el tratamiento de la persona como un objeto para los fines de la pena.

Por infracción a la garantía del debido proceso ya referida se está presumiendo, con la posibilidad de aplicar las normas penales invocadas en la formalización de la investigación, su responsabilidad penal, instrumentalizando su condición y dignidad para fines penales arbitrarios. En efecto, al no encontrarse determinada la existencia del ilícito en sede de libre competencia, en caso alguno se puede imputar su autoría sin infringir el principio de culpabilidad, quién por lo demás no ha sido requerido de sanción como persona natural en el requerimiento de la FNE.

4. *Infracción al principio de proporcionalidad de los delitos y las penas (artículo 19 Nº 2, en relación con el artículo 19 Nº 3, de la Constitución)*. Señala que lo exigido por la Carta Fundamental en el campo de las penas y sanciones, ocasiona que si se amenaza con reprimir una conducta a través de una pena o una sanción, la propia ley habrá de proveer resguardos para el eventual castigado. Una de aquellas salvaguardas es la garantía general y constitucional de la proporcionalidad de los delitos y de las penas.

La infracción al principio de proporcionalidad se produce al no ser la sede penal la vía idónea establecida por el legislador para perseguir estas conductas y al producir un efecto de doble incriminación con las medidas investigativas ya adoptadas en sede de libre competencia.

En el caso de la exigencia de necesidad, existe una medida menos gravosa para los derechos fundamentales que la criminalización de una conducta por medio de la aplicación de los preceptos legales invocados, como son las sanciones y el procedimiento establecido a la fecha de comisión de los hechos en el D.L. 211.

Por lo tanto, una aplicación de las normas del artículo 468 y 467 del CP a la gestión pendiente no pondera la limitación que se hace de los derechos



000387  
TRECECIENTOS OCHENTA Y SIETE.-

fundamentales en juego con los beneficios obtenidos por la imposición de esa sanción penal.

Por estas consideraciones solicita sea acogida la acción deducida a fojas 1 de estos autos.

### **Admisión a trámite, admisibilidad y observaciones de fondo al requerimiento**

El requerimiento se acogió a trámite a través de resolución de la Segunda Sala de este Tribunal Constitucional, de fecha 6 de marzo de 2018, a fojas 132. Posteriormente, fue declarado admisible el día 4 de abril del mismo año, resolución rolante a fojas 188.

Conferidos los traslados sobre el fondo a los órganos constitucionales interesados, así como a las partes de la gestión pendiente, fueron evacuadas las presentaciones que a continuación se indican.

### **Observaciones del Ministerio Público**

Expone que los hechos investigados giran en torno a la adopción de acuerdos por diversos laboratorios representados por los formalizados, con los que fueron afectados los resultados de los procesos de licitación y compra pública convocados por CENABAST, organismo que terminó adquiriendo insumos médicos con precios abultados.

El requerimiento está orientado a criticar la apertura del proceso penal por estafa, más que cuestionar los artículos 468 y 467 inciso final del Código Penal.

Se pretende obtener, principalmente, la revisión de actos que se atribuyen tanto al Ministerio Público, como al Consejo de Defensa del Estado y al Juzgado de Garantía, centrados en el proceso penal que se esgrime como gestión pendiente.

En torno a las alegaciones invocadas por el requirente, solicita que éstas sean del todo desvirtuadas:

*1. Supuesta infracción del principio de legalidad.* Si bien el requirente critica la aplicación de los artículos cuestionados del Código Penal, lo cierto es que lo hace casi sólo en la perspectiva que éstos son el título delictivo utilizado para iniciar un proceso penal y no denuncia algún aspecto de éstas disposiciones que provoquen en la gestión pendiente, un efecto contrario a la Carta Política.

La crítica no dice relación con defectos apreciados en los preceptos, sino en conductas del Ministerio Público y la judicatura con las que no se está conforme. La inaplicabilidad no es un mecanismo de control de dichos organismos.

La labor consistente en subsumir la conducta probada en la descripción típica contenida en el precepto legal, y más ampliamente, decidir en definitiva si



dicha conducta es o no punible, está inserta en un ámbito que es propio del Tribunal penal designado por la ley para conocer de una causa criminal.

Lo mismo ocurre cuando se analiza una denuncia en torno a una analogía o retroactividad con que actuaría el juez. Ello escapa al ámbito de este mecanismo de control constitucional, situándose en el ámbito de la interpretación de la ley. No es en realidad un problema de taxatividad de nivel constitucional atribuible a las normas cuestionadas, sino que remite a la actividad que lleva a cabo el Juez en la resolución de un caso.

Luego, frente a la alegaciones en torno a una contravención al principio de taxatividad, enuncia que en los casi dos siglos que han transcurrido desde los antecedentes más remotos de la estafa hasta hoy, el precepto ha sido persistentemente aplicado en innumerables pronunciamientos judiciales y ha sido objeto de estudios numerosos doctrinarios, conformando una comprensión dogmática y jurisprudencial del delito de estafa claramente identificable bajo una estructura con cuatro elementos, esto es, el engaño, el error, la disposición patrimonial y el perjuicio, estructura que es ampliamente compartida desde hace décadas.

Es cierto que cada uno de los componentes antes aludidos ha dado origen a discusiones y teorías diversas, sin embargo, la persistencia de la estructura típica se ha mantenido incólume. Dichos elementos, además, surgen del mismo Código Penal, pues no puede dejarse de lado que, todavía, el artículo 473 del mencionado cuerpo legal consagra una figura básica de estafa.

2. *Alegación en torno a las garantías del debido proceso.* El requerimiento se centra en denunciar la prohibición de castigar dos veces el mismo hecho, la irretroactividad de la ley penal, del derecho al Juez natural y la prohibición de ser juzgado por comisiones especiales.

El requirente no explica cómo los preceptos que cuestiona pueden provocar los supuestos efectos contrarios a la Constitución. El problema no son los preceptos legales, sino la conducta del Ministerio Público, el Consejo de Defensa del Estado y el Juez de Garantía.

Se critica, más bien, la apertura del proceso penal y no el título delictivo utilizado, que puede ser cualquiera. Lo que se pretende afirmar es que el hecho sólo sería juzgable en sede administrativa, cuestión en la que no tienen incidencia alguna los artículos 467 y 468 del Código Penal.

Desde una perspectiva más amplia, no se explica en el requerimiento cómo las reglas penales sustantivas que se objetan pueden llegar a incidir sobre las condiciones del debido proceso, incluidos todas aquellas específicamente denunciadas como infringidas, si se trata de normas que se desempeñan en niveles distintos.

3. *Presunta infracción al principio de culpabilidad.* Comenta que se trata siempre de la crítica a los actos de los organismos mencionados tantas veces, por lo





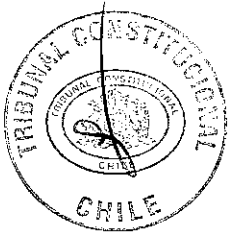
que procede aquí pedir que se tengan por reiterados los argumentos que conducen al rechazo de tales objeciones.

Ahora bien, en relación con los preceptos legales cuestionados, cabe decir que es común encontrar tipos penales que carezcan de referencias explícitas a lo que se denomina tipo subjetivo, esto es, a si demandan para su consumación de culpa o dolo, lo que no significa que se trate de descripciones que prescindan de tales elementos.

4. *Alegación en torno a infracción al principio de proporcionalidad.* El requirente no abandona el defecto aludido, esto es, que sigue siempre apuntando contra la apertura del proceso penal, en vez de explicar a esta Magistratura porqué razón el delito de estafa infringiría el principio de proporcionalidad.

Incluso, se tiene que el delito de estafa no infringe tal principio, y muy por el contrario, se trata de un tipo penal que tiene una sanción asociada que se determina según el perjuicio causado, lo que se hace patente en el artículo 467 del Código Penal, en la parte que paradójicamente se pretende inaplicar. Dicho precepto, en efecto, fija en el presidio menor en grado máximo la penalidad en su tramo superior, disminuyendo según el perjuicio causado hasta el presidio menor en grado mínimo, lo que no revela infracción alguna al principio de proporcionalidad.

Por lo anterior, solicita el rechazo del requerimiento deducido a fojas 1, en todas sus partes.



#### **Traslado del Consejo de Defensa del Estado**

Solicita la desestimación del requerimiento.

El actor, expone, pretende impedir a los tribunales de justicia ejercer jurisdicción, esto es, la facultad constitucional exclusiva y excluyente de resolver los asuntos sometidos a su conocimiento mediante la aplicación e interpretación de la ley aplicable al caso. En efecto, el requirente solicita la inaplicabilidad, a los hechos de una causa, de dos preceptos legales del Código Penal cuyos posibles vicios de constitucionalidad no se expresan -ni pueden fundarse- porque no son inconstitucionales, en la medida que ellos cumplen con todos los principios y reglas que establece la ley fundamental chilena para constituirse en delitos.

Por esta vía se intenta prevenir que el juez del fondo pueda eventualmente subsumir los hechos en los preceptos que se cuestionan, cercenando sus atribuciones interpretativas para decidir si tales hechos son o no constitutivos del delito de estafa.

Así la requirente no cuestiona la falta de conformidad de los artículos 467 y 468 del Código Penal con los preceptos constitucionales que cita, sino que reprocha la aplicación de las normas a los hechos, lo que es una facultad de los jueces del fondo.



Por ello el requerimiento de autos debe ser rechazado, en vista de que se está en presencia de un conflicto de mera legalidad, caracterizado por un problema de interpretación sistemática, ajeno a la competencia de esta Tribunal.

Analizando los capítulos alegados, indica:

1. *No hay infracción al principio de legalidad penal.* El bien jurídico protegido por el delito de estafa es el patrimonio, y a diferencia de lo que señala el actor, se planteó correctamente aquel sujeto en el cual se radicó el perjuicio: Cenabast.

Se equivoca el requirente cuando expresa que la querella interpuesta por el CDE, como la formalización realizada por el Ministerio Público, apuntan a un "bien jurídico colectivo", porque, por el contrario, se refieren al bien jurídico propio del delito de estafa, el patrimonio, y apuntan a un sujeto pasivo del ilícito imputado ya determinado.

Entonces la requirente confunde las coincidencias entre uno de los elementos de la estafa –engaño típico– planteado en la querella del Consejo de Defensa del Estado y expuestos en la formalización, con los hechos indagados como actos colusorios.

Por lo demás, es sabido que, en Derecho penal, un mismo hecho puede ser constitutivo de uno o más delitos, de modo que se hagan aplicables las reglas de los concursos, siendo paradigmática la contenida en el artículo 75 del Código Penal, que regula el concurso ideal.

Así, no habría tal concurso de delitos en la medida que a la fecha de comisión de los delitos imputados se había despenalizado la conducta constitutiva de un atentado contra la libre competencia. Pero nada impide que puedan ser subsumidos en otro tipo penal, con otras exigencias típicas y en que se protege un distinto bien jurídico.

La despenalización citada por el actor respecto del delito en contra de la libre competencia, lo es precisamente respecto de tales ilícitos, y no se puede pretender, como erradamente se argumenta, que abarque la imputación que por otros títulos delictivos pueda realizarse.

2. *No se infringe la garantía del debido proceso.* Agrega que todos los elementos del tipo de estafa contenido en la querella deducida por el Consejo de Defensa del Estado y en la comunicación de cargos que efectuó el Ministerio Público, tendrán que ser probados durante el desarrollo del proceso penal, siendo finalmente valorados por un tribunal establecido con anterioridad a los hechos investigados.

En efecto, la categoría de comisión especial apunta a la prohibición de establecimientos de tribunales ad hoc, creados para juzgar un caso concreto o a una determinada persona o grupos de personas en particular, sin que se garantice la imparcialidad e independencia del juzgador, vulnerando el principio de igualdad



000389

TRESCIENTOS OCHENTA Y NUEVE.-

conforme al cual todos los ciudadanos en idénticas situaciones deben ser juzgados por el mismo tribunal.

A lo mismo apunta la exigencia de irretroactividad de la ley que crea un tribunal. Se busca evitar que luego de ocurrido un hecho se cree un tribunal con el solo objeto de juzgar con mayor o menor rigor a determinada persona o determinados hechos.

En el caso sub-lite, el tribunal de garantía competente estaba establecido con anterioridad a la perpetración de los hechos defraudatorios, como también el Tribunal que debería conocer de un eventual juicio.

3. *No se transgrede al principio de culpabilidad penal.* Indica que lo que en realidad cuestiona la requirente no es la inaplicabilidad de los artículos 467 y 468 del Código Penal por ser contrarios a preceptos constitucionales, sino que los hechos enunciados en la querrela del Consejo de Defensa del Estado y en la posterior formalización de cargos, pueden ser subsumidos o no en tales figuras, lo que es facultad de los jueces del fondo.

Por lo expuesto solicita el rechazo de la acción de fojas 1.

#### Vista de la causa y acuerdo

Con fecha 20 de noviembre de 2018 se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública y los alegatos por la requirente, de don Cristián de Feudis Wilson; por el Ministerio Público, de don Hernán Ferrera Leiva; y por el Consejo de Defensa del Estado, de don Marcelo Oyharcabal Fraile. A su turno, en Sesión de Pleno de 18 de diciembre del mismo año fue adoptado acuerdo de rigor, conforme certificó el relator de la causa.

#### Y CONSIDERANDO,

#### I.- PRECEPTOS IMPUGNADOS Y REPROCHES DEL REQUIRENTE EN GENERAL

**PRIMERO:** Que, en estos autos constitucionales se impugnan los siguientes preceptos contenidos en el Código Penal:

**Artículo 467.-** *El que defraudare a otro en la sustancia, cantidad o calidad de las cosas que le entregare en virtud de un título obligatorio, será penado:*

1.º *Con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de once a quince unidades tributarias mensuales, si la defraudación excediera de cuarenta unidades tributarias mensuales.*



2.º Con presidio menor en su grado medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, si excediere de cuatro unidades tributarias mensuales y no pasare de cuarenta unidades tributarias mensuales.

3.º Con presidio menor en su grado mínimo y multa de cinco unidades tributarias mensuales, si excediere de una unidad tributaria mensual y no pasare de cuatro unidades tributarias mensuales.

**Si el valor de la cosa defraudada excediere de cuatrocientas unidades tributarias mensuales, se aplicará la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de veintiuna a treinta unidades tributarias mensuales.**

**Artículo 468. Incurrirá en las penas del artículo anterior el que defraudare a otro usando de nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia o crédito supuestos, aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación imaginarios, o valiéndose de cualquier otro engaño semejante.”;**

## II.- INFRACCIONES CONSTITUCIONALES ALEGADAS Y HECHOS CENTRALES DE LA GESTIÓN SUBLITE

**SEGUNDO:** Que, el requirente, en síntesis, postula que la aplicación de tales preceptos entraña las siguientes infracciones constitucionales, que por ahora solo enunciaremos:

1. Se infringe el **principio de legalidad penal**, manifestado en la reserva legal, prohibición de analogía, tipicidad y mandato de determinación (artículo 19, n°3, incisos octavo y noveno en relación al artículo 5º, todos de la Constitución);

2. Se infringe la **garantía del debido proceso penal**: vulneración del principio *ne bis in idem*, irretroactividad de la ley procesal penal, juez natural y garantía de no ser juzgado por comisiones especiales (artículo 19, n°3, incisos quinto y sexto en relación a los artículos 1º y 5º, inciso segundo, todos de la Constitución);

3. Se infringe el **principio de culpabilidad penal**: presunción de derecho de la responsabilidad penal (artículo 19, n°3, inciso séptimo, en relación al artículo 1º, todos de la Constitución).

4. Se infringe el **principio de proporcionalidad de los delitos y las penas** (artículo 19 N° 2, en relación con el artículo 19 N° 3, de la Constitución);

Para aportar claridad a la presente sentencia, se expondrán breve y ordenadamente, los hechos centrales de la gestión sub lite pendiente en la cual están llamados a producir efectos los preceptos impugnados, a saber, la causa penal RUC N° 1600732705-K, RIT N° 10.764-2017, del 8º Juzgado de Garantía de Santiago, en la que el requirente tiene la calidad de imputado por los hechos que se indicarán a continuación. La antedicha causa tiene como hechos relevantes los siguientes:



000390

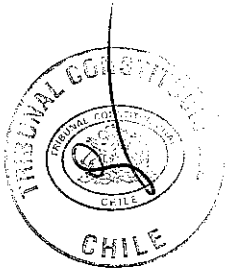
TRICENTOS NOVENTA.-

a. Con fecha 05.08.2016, el Ministerio Público inicia de oficio una investigación penal, por la eventual comisión de delitos de estafa.

b. El Consejo de Defensa del Estado, con fecha 26.12.2017, se querella en contra del requirente y de otros representantes de laboratorios farmacéuticos. Se pide, por el querellante, que se tenga por deducida querella penal "en contra de Pedro Pablo Echeverría Bascuñán [requirente de autos], Mariano Ojeda Martínez, Claudio Reginato Vásquez y Mauricio Reginato Vásquez, como autores de delito de estafa, previsto en el artículo 460 del Código Penal, y sancionado en el artículo 467 del mismo cuerpo legal, o de otros que se determinen".

En la querella, en lo pertinente en cuanto a los hechos, se alude a que "con fecha 3 de agosto de 2016, la Fiscalía Nacional Económica, en adelante, "FNE", presentó un requerimiento al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia contra Fresenius Kabi Chile Ltda., Laboratorio Sanderson S.A. y Laboratorio Biosano S.A. La FNE señala que las empresas indicadas, representadas por los querellados individualizados precedentemente, infringieron el artículo 3° incisos primero y segundo letra a) del DL 211 al celebrar y ejecutar un acuerdo para afectar el resultado de procesos de licitación pública, convocados por "CENABAST", encargado de la adquisición y distribución de fármacos, insumos 20 médicos y bienes del Sistema de Salud Público". Añade la querella que "La FNE señala que las empresas concertadas obtuvieron ingresos sobrenormales, logrando concentrar un 85% del mercado durante el período imputado. En particular, las requeridas acordaban cuál de ellas ofertaría el menor precio en licitaciones para adquirir medicamentos inyectables genéricos contenidos en envases de menor volumen, respecto de los que podrían haber competido, buscando determinar quién proveería estos medicamentos. El acuerdo se extendió, al menos, entre el año 1999 y el primer semestre del año 2013 (casi 14 años)".

Explica luego que "Fresenius participó a partir del año 2008, cuando adquirió la participación mayoritaria de Sanderson (en adelante "Sanderson/Fresenius"). Precisa que "La FNE identificó 93 productos involucrados en el acuerdo, los que contienen diversos principios activos y se utilizan para tratar una amplia gama de patologías. Entre el año 1999 y el primer semestre del año 2013 CENABAST requirió este conjunto de medicamentos en 1.262 ocasiones". De lo que se sigue que "por más de una década, las empresas requeridas tomaron contacto antes de ofertar en las licitaciones de ampollas convocadas por CENABAST. En dichas ocasiones acordaron qué empresa ofertaría más bajo, fijando el precio de referencia al que cada una debía ofertar. El precio era el factor con mayor ponderación en la evaluación de ofertas y adjudicación de productos, lo que explica la aptitud del acuerdo para afectar el resultado de una gran cantidad de procesos de licitación pública, dice el requerimiento". Se añade que Los contactos se daban entre altos ejecutivos de cada laboratorio, a saber los querellados Claudio Reginato Vásquez y Maurizio Reginato Vásquez por Biosano y Pedro Pablo Echeverría Bascuñán y Mariano Ojeda por Sanderson/Fresenius".





En cuanto al derecho, se afirma que “Los hechos consignados en el acápite anterior dan cuenta de la configuración de delitos reiterados de estafa en perjuicio de Cenabast, ilícito previsto y sancionado en los artículos 468 y 467 del Código Penal, correspondiéndole intervención punible en calidad de coautores a los querellados, sin perjuicio de los demás responsables que se puedan determinar durante el curso de la investigación. En efecto, el tipo penal del artículo 468 sanciona con las penas indicadas en el artículo 467 al que, mediante alguno de las formas de engaño descritas o cualquier otro engaño semejante, defraudare a otro. En el caso concurren todos los elementos de esta figura penal, a saber: la simulación o engaño, el error, la disposición patrimonial y el perjuicio”.

c. Con fecha 28.12.2017, el Ministerio Público solicita la formalización del requirente– y otros - por la participación y responsabilidad que le cabría en el delito de estafa reiterada, previsto y sancionado en el artículo 468 y 467 inciso final del Código Penal, correspondiéndole la calidad de autor, teniendo con fecha de comisión los ilícitos penales, desde 16 de junio del año 2005 al año 2013.

d. Como consta de los antecedentes referidos, a efectos perseguir la responsabilidad penal del requirente y de otros partícipes, se tuvo en cuenta por el Ministerio Público y el Consejo de Defensa del Estado, la investigación que la Fiscalía Nacional Económica siguió en contra de distintos laboratorios – entre ellos Fresenius Kabi Chile Limitada – del cual el requirente es un alto ejecutivo. Pese a no ser ésta la gestión pendiente, dejaremos asentado en esta parte que en aquella, con fecha 03.08.2016, la Fiscalía Nacional Económica formula cargos contra distintos laboratorios, por haberse coludido para fijar precios de ventas de medicamentos al CENABAST. Con fecha 08.11.2011, según consta a fojas 243, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia dicta sentencia, aplica **a la empresa** de la cual es requirente es ejecutivo, una multa de 2.463 UTA, equivalente al doble del beneficio económico promedio que obtuvo producto de la colusión;

**TERCERO:** Que, entonces, la gestión pendiente consiste en una causa penal, donde se persigue la responsabilidad penal del requirente por la eventual comisión de delitos reiterados de estafa, calificados así en virtud de los artículos 468 y 467 inciso final del Código Penal. Respecto de esta causa penal, en cuanto a sus fundamentos fácticos, se tuvo en cuenta una causa sustanciada ante el Tribunal de la Libre Competencia, que culminó con una sentencia condenatoria respecto de – entre otros – el laboratorio en el cual el requirente se desempeña como alto ejecutivo, en la cual se impuso a dicha persona jurídica, una multa;

### III.- DOS ASPECTOS DEL REQUERIMIENTO QUE IMPORTAN SU NECESARIO RECHAZO

A. LO QUE SUBYACE AL POSTULADO CENTRAL DEL REQUERIMIENTO EXPONE A ESTA MAGISTRATURA A PRONUNCIARSE SOBRE ASUNTOS QUE NO SON DE SU COMPETENCIA



000391

Tribunales Novena y Décima

**CUARTO:** Que, según se demostrará, el actor funda su requerimiento sobre un supuesto fundamental: que dado que en el año 2003 se derogaron los tipos penales que sancionaban criminalmente las conductas monopolísticas y particularmente la celebración de convenciones para fijar precios, *no resultaría posible que se persiga su responsabilidad penal bajo otros títulos delictivos*, en este caso, el delito de estafa, conforme a los preceptos impugnados.

Desde allí, luego, la requirente estructura el grueso de los reproches a la aplicación de las normas impugnadas.

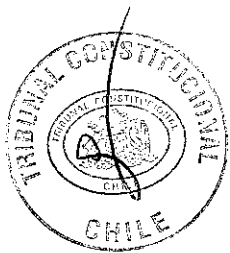
Veremos que dicho postulado y su eventual estimación expone a este Tribunal a inmiscuirse en materias que no son de su competencia, sino que lo son del juez del fondo;

**QUINTO:** Que, para demostrar lo anterior, basta revisar íntegramente el requerimiento, revisión de la cual se puede concluir que dicha consideración cruza casi todos los motivos de impugnación que se formulan a la aplicación de los preceptos reprochados.

En este sentido, la requirente apunta – reiteradamente – que a partir del año 2003 se estableció expresamente que las conductas monopolísticas, “y particularmente la celebración de convenciones para fijar precios, entendidas anteriormente como delitos por la Ley N° 13.305 y el Decreto Ley N° 211 de 1974, según el cual, éstas ya no son delitos, esto es, no pueden ser sancionadas penalmente, sino sólo administrativamente” (fojas 25).

De allí que luego, afirme que no es posible, sin infracción a lo preceptuado por el artículo 19 N° 3, inciso 8°, pretender el castigo del acto atentatorio contra la libre competencia consistente en celebrar acuerdos sobre precios, despenalizado expresamente por una norma del año 2003, “mediante el expediente de hacerle también aplicable una norma como la del artículo 285, 468 o 473 del Código Penal de 1874” (fojas 25).

Añadiéndose, más adelante, que “se puede concluir que aquellos hechos relativos a la ejecución de carteles o acuerdos destinados a fijar precios y/o alterar resultados de licitaciones públicas como los imputados tanto en el requerimiento de la FNE, la querrela del CDE y la investigación y solicitud de formalización del Ministerio Público, en el período indicado (2005 hasta enero de 2013) no han sido ni fueron figuras sancionadas criminalmente (ni por legislación penal general ni especial) en nuestro ordenamiento jurídico nacional, significando que la posible aplicación de los preceptos cuestionados en sede de justicia penal, genere efectos *opuestos a la finalidades contenidas en garantías constitucionales invocadas*” (fs. 29). Precizando que lo señalado “cobra especial relevancia para determinar las infracciones constitucionales que por la aplicación de las disposiciones penales invocadas se producirían en caso de ser aplicadas a la gestión pendiente, toda vez, que la posibilidad cierta de su utilización por el aplicador judicial generaría graves





consecuencias a los principios de legalidad, certeza jurídica, debido proceso, culpabilidad y proporcionalidad" (fojas 29);

**SSEXTO:** Que, la requirente, en otros puntos de su libelo, vuelve sobre lo anteriormente señalado, para fundar las presuntas infracciones constitucionales;

**SSEXTIMO:** Que, en dicho sentido, cabe considerar que cuando alude a la infracción del principio de legalidad penal, afirma que "La primera modalidad de infracción al principio de legalidad o de reserva de ley está dado porque la aplicación de estas normas invocadas a los hechos materia del requerimiento, *importaría una creación judicial de normas y figuras penales inexistentes, que a la fecha de la ejecución de los hechos imputados, no eran punibles criminalmente, por expresa disposición del poder legislativo. En efecto, hacer aplicables a hechos -constitutivos de infracciones monopólicas como los acuerdos entre oferentes para la fijación de precios en licitaciones normas penales generales como las establecidas en los artículos 468 y 467 inciso final del Código Penal a conductas no punibles o bien que su carácter penal fue derogado por expresa decisión democrática del parlamento importaría una clara invasión y vulneración de la facultad normativa reservada al legislador"* (Fs. 37).

Luego, insiste en la relevancia de la derogación al señalar que "la aplicación por analogía de los preceptos legales invocados por medio de un concurso aparente de leyes no pueden invocarse *para sostener el "resurgimiento" de normas que habrían sido expresa o tácitamente derogadas*, sin infracción de la garantía del principio de legalidad, que supone la aplicación de leyes vigentes al momento de la perpetración de los delitos" (fojas 39).

Igualmente, se vuelve sobre el asunto en tanto señala que se infringiría la legalidad penal "por la aplicación retroactiva de sanciones penales del artículo 467 inciso final CP *de un régimen punitivo derogado en el período en que se imputa la comisión de los hechos del requerimiento"* (fojas 39). Se precisa que "la supuesta conducta imputada a nuestro representado en sede penal y conocida simultáneamente en sede sancionatoria administrativa, *no se encontraba castigada penalmente al momento en que fija el principio de ejecución* de los hechos por el ordenamiento jurídico..." (fojas 39);

**SSEXTAVO:** Que, igualmente, cuando alude a la garantía del debido proceso penal, imputando una vulneración del principio del *ne bis in idem*, irretroactividad de la ley procesal penal, juez natural y garantía de no ser juzgado por comisiones especiales, la requirente sustenta en buena medida sus alegaciones en la tesis de la no punibilidad por derogación de las normas penales especiales. Así, entre otros argumentos, se sostiene que "*en el período comprendido entre octubre de 2003 y agosto de 2016, las infracciones a la libre competencia no era perseguibles bajo ningún respecto por vía de la herramienta penal conforme a la voluntad soberana manifestada en el legislador.* Pues bien, a partir de la reforma introducida al DL 211 a través de la Ley 20.945, tampoco estos ilícitos monopólicos son perseguibles de oficio por acción penal pública del MP o del CDE, sino que requieren de previa instancia del órgano legitimado por ley para activar la vía penal, esto es, el Fiscal





000392

TECIBENOS NOVOSIS Y LOS

Nacional Económico, una vez que exista sentencia ejecutoriada del fallo que establezca el ilícito anticompetitivo" (fojas 48);

**NOVENO:** Que, el postulado del requirente, descrito en las consideraciones precedentes - sobre el cual estructura o apoya su requerimiento - expone a esta Magistratura a inmiscuirse en asuntos que no son propios de su esfera de atribuciones.

Lo anterior, pues el requerimiento propone, en definitiva, que las conductas desplegadas no pueden ser consideradas como típicas aún bajo un título penal general, bajo el argumento de que habiendo sido penadas de modo especial en algún momento, una ley penal privó a aquellas de tener relevancia jurídico-penal.

Aquello, entonces, envuelve no sólo el riesgo de emitir un juicio sobre la *tipicidad/atipicidad* de las conductas desplegadas por el requirente, función propia del juez que conoce de la causa penal, sino que también de manifestar opinión en torno a la aplicación de *criterios de hermenéutica legal*, como lo son la determinación de los efectos de la ley en cuanto al tiempo y el criterio de especialidad, cuestiones todas estas ajenas a la esfera de atribuciones de esta Magistratura;

**B. EL REQUERIMIENTO IMPUGNA LO OBRADO POR EL MINISTERIO PÚBLICO Y EL QUERELLANTE, CUESTIÓN QUE ADEMÁS DE SER IMPROPIA DE UNA ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD, REDUNDA EN UNA CUESTIÓN DE SUBSUNCIÓN MÁS QUE DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD.**

**DÉCIMO:** Que, luego, ha de considerarse que el requerimiento, si bien aparece impugnando preceptos de rango legal, alude reiteradamente lo obrado por el Ministerio Público y el Querellante - Consejo de Defensa del Estado - a efectos de fundar los supuestos reproches de constitucionalidad.

Así, se señala en el libelo que "el Ministerio Público y en consecuencia el referido Juzgado de Garantía, sin contar con la habilitación legal de los órganos de defensa de la libre competencia abrió de oficio una investigación penal por los mismos hechos **forzando una aplicación de leyes penales a estos**, contraria a los principios constitucionales ya invocados. (fojas 10)

Luego, añade que "una vez se encuentren ejecutoriados los fallos en sede de libre competencia, el Ministerio Público vuelve a intentar en sede penal **una aplicación forzada de tipos penales**, en la figura de estafa recogida en los artículo 468 y 467 inciso final del CP" (fojas 12).

Añadiendo más adelante que "tanto el Ministerio Público como el querellante institucional, no señalan en sus respectivas presentación otros hechos más que los establecidos en el requerimiento del Sr. Fiscal Nacional Económico, ni siquiera cuentan con otra evidencia o antecedentes que los ya recogidos legalmente en el proceso sancionatorio de Libre Competencia, y acto seguido imputan los mismos hechos a nuestro representado, ahora en sede penal, **forzando**



**subrepticamente una aplicación de tipos penales abiertos y de un procedimiento penal inaplicables**” (fojas 16)

En sentido análogo, se afirma que “imponer sanciones penales a través de una **aplicación subreptica de tipos generales de estafa** contenidos en las normas ya referidas, previa tramitación de un proceso penal en contra de los derechos de nuestro representado, respecto a hechos supuestamente ejecutados en el período (no punible) comprendido entre junio de 2005 a 2013 como el indicado en la solicitud de formalización del Ministerio Público, significaría arrogarse tanto por el Ministerio Público como por el juez de la causa, la facultad para crear delitos penales a hipótesis fácticas expresamente excluidas del ordenamiento punitivo y de la criminalización primaria (órganos legislativos)” (fojas 38);

**DÉCIMO PRIMERO:** Que, según se colige de lo señalado en el considerando precedente, la requirente estructura sus alegaciones en torno a lo que lo que sería un obrar incorrecto del Ministerio Público y del querellante, tildando de *forzada* o *subreptica* la aplicación que de los preceptos reprochados se propone por las partes activas del respectivo proceso penal.

Forzada, entendemos en el contexto del requerimiento, en tanto en conexión con lo expuesto por la requirente, las conductas desplegadas no son a su juicio pasibles de sanción penal, al tratarse de “hipótesis fácticas expresamente excluidas del ordenamiento punitivo” (como se dice a fojas 38);

**DÉCIMO SEGUNDO:** Que, entonces, nuevamente lo referido en los considerandos precedentes, demuestra que lo alegado expone a esta Magistratura a pronunciarse sobre asuntos que no son propios de su competencia.

Lo anterior, en tanto se cuestiona por una parte lo obrado por las partes activas del proceso penal – que obviamente no pueden ser objeto de una acción de inaplicabilidad – como también y vinculado a lo anterior, lo que sería una “forzada” o “subreptica” aplicación de preceptos legales que no serían, desde la vereda de la requirente, aplicables a los hechos que fundan las imputaciones penales dirigidas en su contra en tanto se trataría de hechos que por expresa disposición legislativa no serían reprochables penalmente.

Nuevamente, entonces, resulta patente que el requirente, bajo la apariencia de un problema de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, plantea en realidad un problema de subsunción, materia respecto del cual esta Magistratura ha sido enfática en orden a que “la subsunción de las circunstancias de hecho del caso particular dentro de lo dispuesto en el precepto es tarea propia del juez del fondo, al igual que la interpretación de sus términos” (STC Rol N° 1212, considerando 11°; STC Rol N° 4554, considerando 1°).

Entonces, si la imputación penal que por los persecutores se realiza al requirente resulta improcedente, forzada o subreptica, o bien si los hechos desplegados por aquel son subsumibles en los preceptos impugnados, son cuestiones que habrá de zanjar el Tribunal del fondo en sentencia definitiva, luego



000393  
RECIBIDA NOVENA Y SEEL-

de tramitado el respectivo proceso penal en el que la requirente – en tanto imputado – puede ejercer los derechos que la Constitución y el Código Procesal Penal le arbitran, a efectos de controvertir lo planteado por los persecutores;

#### IV.- SOBRE LOS REPROCHES DEL REQUIRENTE

**DÉCIMO TERCERO:** Que, sin perjuicio de que lo que se razonó en el acápite precedente es motivo bastante para rechazar íntegramente el requerimiento deducido, nos pronunciaremos sobre las supuestas transgresiones constitucionales, teniendo presente – evidentemente - lo hasta ahora razonado;

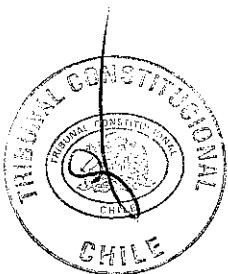
**a. SOBRE LA PRETENDIDA INFRACCIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL: RESERVA LEGAL, PROHIBICIÓN DE ANALOGÍA, TIPICIDAD Y MANDATO DE DETERMINACIÓN (ART. 19 N° 3 INCISO 8° Y 9°, EN RELACIÓN AL AT. 5° INC. 2° DE LA CONSTITUCIÓN)**

**DÉCIMO CUARTO:** Que, al fundar esta infracción constitucional, el requirente esgrime cuatro argumentos diferenciados, por los cuales la aplicación de los preceptos importaría una transgresión al principio de legalidad penal. A continuación nos referiremos a cada uno de dichos argumentos, señalando en seguida las razones por las cuales aquellos habrán de ser desestimados;

**a.1. Primer argumento esgrimido y motivos para su rechazo**

**DÉCIMO QUINTO:** Que, como **primer argumento**, la requirente sostiene que la aplicación las normas invocadas a los hechos *“importaría una creación judicial de normas y figuras penales inexistentes*, que a la fecha de la ejecución de los hechos imputados, no eran punibles criminalmente, por expresa disposición del poder legislativo”. En efecto, señala que *“hacer aplicables a hechos -constitutivos de infracciones monopólicas como los acuerdos entre oferentes para la fijación de precios en licitaciones normas penales generales como las establecidas en los artículos 468 y 467 inciso final del Código Penal a conductas no punibles o bien que su carácter penal fue derogado por expresa decisión democrática del parlamento importaría una clara invasión y vulneración de la facultad normativa reservada al legislador”* (fojas 37).

Explica en esta parte que el legislador de la época con fecha 20.10.2003, *“dispuso luego de una larga discusión y trámite legislativo la eliminación del carácter penal de los acuerdos de precios denominados colusivos que pudieran afectar la libre competencia en los mercados, decisión que se extendió hasta el 30.08.2016 con la ley 20.945. De allí que la requirente entienda que al proponer la derogación de las normas que planteaban una faz criminal para los ilícitos anticompetitivos, el mensaje presidencial que inició la tramitación del proyecto de ley que culminó en la dictación de la ley N° 19.911 dio como razones para la eliminación del carácter penal: la falta de especificación de las conductas*





anticompetitivas, lo cual no cumpliría con los estándares exigidos por el artículo 19 N° 3 constitucional y la estimación de que la criminalización no habría sido idónea para disuadir las conductas contra la libre competencia” (fojas 38).

Entonces, considera que imponer sanciones penales a través de una *“aplicación subrepticia”* de tipos generales de estafa, previa tramitación de un proceso penal en contra de sus derechos, respecto a hechos supuestamente ejecutados en el período (no punible) comprendido entre junio de 2005 a 2013 como el indicado en la solicitud de formalización del Ministerio Público, significaría *arrogarse tanto por el MP como por el juez de la causa, la facultad para crear delitos penales a hipótesis fácticas expresamente excluidas del ordenamiento punitivo y de la criminalización primaria* (órganos legislativos) (fojas 38);

**DÉCIMO SEXTO:** Que, según se aprecia de lo argumentado en esta parte, los cuestionamientos que constituyen este primer motivo de impugnación no se vinculan o reconducen al contenido de los preceptos impugnados ni a defectos que padezcan aquellos desde la óptica constitucional, lo que necesariamente ha de conllevar su rechazo.

Como es dable advertir, en primer lugar, lo argumentado se vincula – en consonancia con lo ya considerado en esta sentencia– con conductas adoptadas por las partes activas del proceso penal y la judicatura, respecto de las cuales la requirente manifiesta su disconformidad. Ya se ha dicho en esta sentencia - y se insistirá aquí - que la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad no es un mecanismo que permita controlar lo obrado por aquellos, lo que evidentemente conlleva el rechazo de lo alegado en esta parte;

**DÉCIMO SÉPTIMO:** Que, igualmente, la requirente al fundar este primer reproche desde la perspectiva de la legalidad penal, insiste en la derogación de los delitos de colusión en el periodo que indica, para luego sostener que en virtud de ello no se podría tratar a los hechos que son materia de la investigación penal como una estafa, al tenor de los artículos 467 y 468 del Código Penal, es decir, realizar la subsunción de aquellos en la respectiva descripción típica.

El requirente en esta parte pierde de vista que los preceptos impugnados – que son los que han fundado la imputación penal en su contra – se encuentran incólumes prácticamente desde la dictación del Código Penal chileno, en el año 1874. No habiendo sido ellos objeto de derogación, aquellos forman parte del ordenamiento jurídico penal, de modo que si una conducta concreta cometida satisface las exigencias típicas por ellos impuestas, no será más que una consecuencia de satisfacerse, en los hechos, los requisitos típicos fijados por el legislador, conforme lo exige el propio artículo 19 N° 3 de la Constitución, fuente del principio de legalidad penal. Ese ejercicio de subsunción, como se ha dicho en otra parte de este fallo, es de resorte del Tribunal con competencia penal, luego de tramitado el proceso penal respectivo.

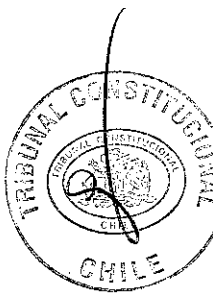


000394  
FOLIOS NOVENOS Y CUARTO.

Este Tribunal considera que mediante la alegación de derogación de los delitos de colusión para el periodo en que se habrían cometido las conductas que se le imputan, como un impedimento para aplicar los preceptos reprochados, la requirente no sólo pretende – como se ha advertido antes en esta sentencia – que este Tribunal se inmiscuya en un ámbito que no le es propio, sino que también coartar el ejercicio de la función que el artículo 76 de la Constitución le confiere a los Tribunales, de conocer las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, ejercicio que en caso alguno supone - como pretende la requirente – “una creación judicial de normas y figuras penales inexistentes”, toda vez que se trata en el caso de marras de normas penales emanadas del poder legislativo que no han perdido vigencia desde la entrada en rigor del Código Penal. Cuestión distinta es si las conductas desplegadas por el requirente pueden subsumirse en el tipo legal del delito de estafa, cuestión que no es de competencia de este Tribunal;

**DÉCIMO OCTAVO:** Que, por todos los motivos indicados, el reproche señalado será desestimado;

#### **a.2. Segundo argumento y motivos para su rechazo**



**DÉCIMO NOVENO:** Que, como segundo argumento, la requirente sostiene que “la aplicación de los preceptos al supuesto fáctico materia del presente requerimiento importaría necesariamente una **aplicación analógica de normas penales**, absolutamente proscrita por el ordenamiento jurídico constitucional en sede penal. En este sentido se encuentra prohibido por el intérprete de la ley efectuar una aplicación por analogía de tipos penales sin infringir el principio de legalidad” (fojas 38).

Afirma, en esta parte, que tanto en la solicitud de formalización del Ministerio Público como en la querrela del Consejo de Defensa del Estado y la resolución judicial que fija audiencia al efecto “invocan como normas penales a aplicar a los hechos materia de la investigación el delito de estafa consagrado en los artículos 468 y 467 inciso final del Código Penal. Ello significa –dado la redacción abierta de las figuras- vincular al órgano judicial a efectuar una interpretación de analogía a supuestos no penados en el ordenamiento para obtener a toda costa una calificación y sanción penal de los mismos” (fojas 38).

Explica que los delitos de estafa incorporados por el Código Penal de 1874, entre ellos el artículo 468 y 467, “tuvieron como propósito penalizar aquellos engaños y fraudes en contra del patrimonio de las personas, en caso alguno proteger la libre competencia en los mercados, ni siquiera el artículo 285 tenía esa finalidad, por lo tanto la regulación especial operada el año 1959 con la Ley 13.305 vino en establecer un estatuto especial para la regulación de los atentados contra la libre competencia, que quedó finalmente entregado por la Ley de 2003 a sede administrativa y a un tribunal especial creado al efecto” (fojas 39).



A juicio del requirente, entonces, queda demostrado que "la aplicación por analogía de los preceptos legales invocados por medio de un concurso aparente de leyes no pueden invocarse para sostener el "resurgimiento" de normas que habrían sido expresa o tácitamente derogadas, sin infracción de la garantía del principio de legalidad, que supone la aplicación de leyes vigentes al momento de la perpetración de los delitos. En el mismo sentido de la modalidad de infracción anterior, ha de vedársele al órgano jurisdiccional la creación de normas mediante un razonamiento analógico, como sería aplicar a la materia concreta los preceptos contenidos en los artículos 468 y 467 inciso final del Código Penal" (fojas 39);

**VIGÉSIMO:** Que, nuevamente, si se aprecia con detención lo argumentado en esta parte por la requirente, se constata que aquello más que decir relación con una crítica a lo establecido en los preceptos impugnados por falencias imputables a su texto, apunta los actos de imputación formulados por los el Ministerio Público y querellante, a la par de un hipotético acto de aplicación – supuestamente analógica - de las normas por parte del Tribunal que conoce de la causa, cuestiones todas que escapan al ámbito de una acción de inaplicabilidad, por lo que este reproche también habrá de ser desestimado.

**VIGÉSIMO PRIMERO:** Que, además, cabe advertir que en esta alegación nuevamente cobra relevancia la tesis de la derogación ya explicada en esta sentencia, pues - so pretexto de la misma - entiende que conductas que ya no se encontrarían sancionadas penalmente al haberse eliminado los tipos penales especiales, lo terminarían siendo por aplicación "analógica" de los preceptos impugnados.

Lo anterior, erradamente, toda vez que en realidad lo pertinente a considerar es que en la causa pendiente las partes activas han planteado la tesis de que los hechos imputados se subsumen derechamente en el delito de estafa, aludiendo en sus respectivos actos de imputación a la concurrencia de los elementos de aquella – ver al efecto considerando segundo, literal b, *in fine* -, correspondiendo entonces al Tribunal con competencia en materia penal definir si aquellos efectivamente se pueden subsumir en tipo respectivo, una vez tramitado el proceso y valorada la prueba que se allegare al respectivo procedimiento;

**VIGÉSIMO SEGUNDO:** Que, en relación a lo asentado en el considerando precedente, cabe considerar que en términos generales la analogía "es la aplicación de un principio jurídico que establece la ley para un hecho determinado, a otro hecho no regulado, pero jurídicamente semejante al primero". Supone, en consecuencia, el reconocimiento de que la ley no ha contemplado determinado caso, y la semejanza substancial entre ese caso y los que están regulados" (ETCHEBERRY, Alfredo (1999). Derecho Penal: Tomo I (Parte General). Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 112). Como ha dicho este Tribunal, "En la analogía (...) se parte de la base que el caso no está contemplado, pero se aplica a la situación porque se asemeja, o el caso es muy similar. A través de ella se transfiere una regla



000395

*Recurso de Nulidad y Anul.*

de un caso normado a uno que no lo está, argumentando la semejanza existente". (STC 1281, cc. 24 y 25)

En materia penal, "el Art. 19 N° 3° inciso 8° de la Constitución Política impide la aplicación de la analogía. Como las condenas penales sólo pueden fundamentarse en la ley, será preciso *que exista una ley y que su interpretación según las reglas legales nos muestre que comprende determinado caso, para que se pueda pronunciar una condena*". (ETCHEBERRY (1999) p. 113).

**VIGÉSIMO TERCERO:** Que, en esta causa, siguiendo los parámetros entregados por ETCHEBERRY, expuestos en el considerando precedente, no debe perderse de vista que en el proceso penal pendiente se pretende formalizar al requirente a fin de hacer efectiva su responsabilidad como autor del delito reiterado de estafa del artículo 468 del Código Penal; es decir, existe una ley que describe una conducta y se sigue un proceso penal en el cual el juez, mediante la interpretación de las normas penales pertinentes, habrá de determinar si los hechos abarcados por la imputación penal quedan comprendidos dentro de la descripción típica realizada por el legislador.

No existe entonces, en realidad, riesgo de aplicación analógica sino más bien la posibilidad de que una vez culminado el juicio, el Tribunal competente determine que las conductas desplegadas por el requirente se subsumen o no en la descripción típica de la estafa, imputada a la requirente; siendo dicho ejercicio el natural de la función que debe desempeñar un juez penal, al aforo del artículo 76 de la Constitución.

Igualmente, no ha de perderse de vista, respecto de este reproche, que en tanto el problema planteado por la requirente no se vincula – como se ha dicho – con lo establecido en los preceptos impugnados, aquel entonces se situaría precisamente en el ámbito de la actividad judicial. Y es que es allí, en principio, como lo reconocen Juan BUSTOS RAMÍREZ y Hernán HORMAZABAL MALARÉE, donde se plantea el problema de la analogía. Al efecto, dichos autores apuntan que "Relacionado con la **actividad judicial** está el problema de la analogía. **Implica que el juez resuelva un caso penal no contemplado por la ley. Si un juez actuara de esta forma lesionaría abiertamente el principio de legalidad.** En consecuencia, una inadmisibles lesión de la exigencia de prohibición de la arbitrariedad que está en la base del principio de legalidad" (BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZABAL MALARÉE, Hernán (1997). Lecciones de Derecho Penal (Volumen I). Madrid: Editorial Trotta, p., 95).

De lo anterior se sigue que si hipotéticamente el juez resolviera el caso penal, no encontrándose contemplado éste por la ley, aquello tendría que ser enmendado conforme a los medios de impugnación que en el proceso penal se contemplan, no resultando pertinente, en ese escenario, la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad;



**VIGÉSIMO CUARTO:** Que, por todos los motivos anotados, este segundo argumento será desestimado;

### ***a.3. Tercer argumento y motivos para su rechazo***

**VIGÉSIMO QUINTO:** Que, como **tercer argumento**, la requirente plantea que infringe el principio de legalidad "por la aplicación retroactiva de sanciones penales del artículo 467 inciso final CP de un régimen punitivo derogado en el período en que se imputa la comisión de los hechos del requerimiento. En tal sentido dicha retroactividad de la punición, prohibida por la Constitución en el artículo 19 N° 3, cuando establece que **"ningún delito se castigará con otra pena que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración"** se traduce en una vulneración a la seguridad jurídica del destinatario de la norma por falta de motivación, ya que vulnera la capacidad de decisión normativa y por tanto la voluntad de motivarse ex ante por la norma penal para nuestro representado" (fojas 39).

Plantea que "la supuesta conducta imputada a nuestro representado en sede penal y conocida simultáneamente en sede sancionatoria administrativa, no se encontraba castigada penalmente al momento en que fija el principio de ejecución de los hechos por el ordenamiento jurídico, por lo tanto mal pudo si fuere el caso haber ajustado su conducta a tales prescripción penales. En otras palabras requerir ya sea por analogía o transgresión de la reserva de ley la imposición de sanciones penales como la establecidas en los preceptos legales invocados importaría al mismo tiempo una operación punitiva con carácter retroactivo hacia hechos del pasado, con clara infracción al principio de legalidad" (fojas 39-40).

**VIGÉSIMO SEXTO:** Que, nuevamente, si se observa lo argumentado por la requirente en esta parte, se puede apreciar que los reparos formulados no tienen relación con lo que los preceptos impugnados prescriben, los cuales – por cierto - no contienen ningún elemento que determine su aplicación temporal – irretroactiva, retroactiva o ultraactiva- rigiéndose entonces aquella por las reglas generales.

Aquella constatación constituye motivo suficiente para rechazar el requerimiento en esta parte, pues si las normas impugnadas no contienen elemento alguno que se relacione con su aplicación temporal, será el juez del fondo quien habrá de guardar que en la aplicación de las mismas no se infrinja la prohibición de dar aplicación retroactiva a la ley penal; de modo tal que si aquel llegase a cometer un yerro respecto de la aplicación temporal de las normas, ello tendría que ser corregido mediante los recursos procesales que la ley procesal penal contempla, no siendo la inaplicabilidad un medio para corregir actos jurisdiccionales;

**VIGÉSIMO SÉPTIMO:** Que, además, no debe perderse de vista que lo alegado en esta parte puede resumirse en que se daría una aplicación retroactiva de las sanciones penales del artículo 467 del Código Penal, a una conducta cuya punibilidad había sido derogada en el periodo en que tuvo lugar. Lo anterior, sin





000396  
Tribunales Novena y Seis

reparar en el importante hecho de que el ilícito penal configurado por los preceptos impugnados no ha sido derogado en periodo alguno, rigiendo ininterrumpidamente desde su entrada en vigencia en el año 1874, de modo que malamente puede afirmarse de modo serio que aquellos podrían aplicarse de manera retroactiva, respecto de conductas que se habrían cometido entre los años 2005 a los años 2013;

**VIGÉSIMO OCTAVO:** Que, en razón de los motivos señalados, este tercer argumento será desestimado;

#### **a.4. Cuarto argumento y motivos para su rechazo**

**VIGÉSIMO NOVENO:** Que, como cuarto argumento, la requirente sostiene que se infringe este principio y garantía constitucional pues los artículos 468 y 467 inciso final Código Penal vulneran por su aplicación al caso particular el mandato de determinación, tipicidad y máxima taxatividad de la conducta punible. Afirma que existe una "baja precisión y falta de taxatividad de la conducta y verbo rector demandada al tipo del artículo 468 del Código Penal, lo que genera un déficit constitucional que aplicado al caso concreto importa una transgresión a la garantía fundamental de tipicidad y mandato de determinación consagrado en el artículo 19 N°3 inciso noveno de la Constitución" (fojas 40).

En efecto, señala que existe un déficit en cuanto a técnica legislativa empleada en el tipo objetivo contenida en las modalidades de engaños de la norma invocada y en especial de la última parte de la norma del 468 Código Penal, "en cuanto sanciona con las penas del artículo 467 CP al que defraudare a otro **"valiéndose de cualquier otro engaño semejante"** habilitan en este caso una imputación penal con absoluta arbitrariedad para el órgano judicial o persecutor penal. En otras palabras, la norma prohibitiva del artículo 468, en el caso de ser aplicada al caso particular de nuestro representado, **impide al destinatario conocer el mandato de prohibición de la conducta, dada su grado de vaguedad y falta de taxatividad en la descripción de la conducta punible"** (fojas 40).

Afirma que es un tipo penal que en su aplicación al caso en concreto "si sorprende a nuestro representado por la arbitrariedad punitiva en la determinación legal y habilita la arbitrariedad selectiva de las agencias ejecutivas y judiciales del poder punitivo, cuestión que busca evitar y proteger el principio constitucional de tipicidad y máxima taxatividad, como límite a la soberanía y poderes del Estado. Por lo que la infracción a esta manifestación del principio de legalidad se verifica en el caso concreto por la posibilidad de aplicar estos preceptos a la gestión pendiente" (fojas 40-41).

Sostiene, en definitiva, que el legislador **no ha descrito en la norma del artículo 468 el comportamiento prohibido**, sino que optó por dar ejemplos para determinar aquellos que quedarían comprendidos en el tipo respectivo. Así las cosas, **"el tipo objetivo del delito de estafa es abierto y será el tribunal el que**



**deberá apreciar cada caso y determinar si cumple con las exigencias que el artículo 468 establece, lo que no parece un sistema aconsejable”;**

**TRIGÉSIMO:** Que, como puede apreciarse, es recién a propósito de este argumento que la requirente vuelca su atención y razona - al menos en parte - sobre la base de lo prescrito por uno de los preceptos impugnados, entendiendo que la técnica legislativa que se emplea en el artículo 468 del Código Penal a la par de no resultar “aconsejable” se revela contraria al principio de legalidad penal. Apuntando aquí, específicamente, a la expresión “*valiéndose de cualquier otro engaño semejante*” que en aquel se emplea.

Aquello redundaría - según la requirente - en la habilitación de una imputación penal con absoluta arbitrariedad para el órgano judicial o persecutor penal (actos cuyo control no es propio de una acción de inaplicabilidad), impidiendo al destinatario conocer el mandato de prohibición de la conducta, dada su grado de vaguedad y falta de taxatividad en la descripción de la conducta. Se trataría de un tipo abierto, reñido con el principio de legalidad;

**TRIGÉSIMO PRIMERO:** Que, a fin de resolver el problema planteado por la requirente, resulta necesario referirse siquiera de modo general, a la regulación que el Código Penal hace del delito de Estafa.

Al efecto, explica ETCHEBERRY que “Al emplear la expresión “estafas y otros engaños”, el Código Penal señala que la estafa es un engaño, pero que no todo engaño es estafa. Estafa, por consiguiente, sería una clase especial de engaño”. Añadiendo el citado autor que “Las figuras del párrafo respectivo proceden a tipificar los delitos mediante el sistema de enumeración casuística, pero además, al menos en dos disposiciones, *se emplea una fórmula más amplia*. En efecto, el Art. 468, después de señalar diversas hipótesis de engaño punible, concluye asimilando a ellas “*cualquier otro engaño semejante*”. Y el Art. 473, último del párrafo, sanciona al que defraudare o perjudicare a otro *usando de cualquier engaño que no se halle expresado* en los artículos anteriores del párrafo.” (Etcheberry, Alfredo (1999). Derecho Penal. Tomo III (Parte Especial). Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 406);

**TRIGÉSIMO SEGUNDO:** Que, lo anterior responde a la especial fisonomía de la estafa, que impide que aquella tenga una regulación casuística que resulte omnicompreensiva.

Al efecto, se ha llamado la atención sobre que “Como los ardides utilizados para estafar *revisten en la práctica innúmeras formas*, en esta materia el Código Penal contiene una extensa casuística y un principio general destinado a evitar la impunidad de hechos fraudulentos no expresamente previstos en las disposiciones precedentes. En efecto, el art. 473 sujeta a sanción al que defraudare o perjudicare a otro *usando de cualquier engaño que no se halle expresado* en los artículos anteriores...” (Labatut Glana, Gustavo (1959). Derecho Penal: Parte Especial. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 364).

Igualmente, en referencia al artículo 473, se ha señalado que "El Código ha tomado en cuenta especial cuantos casos de estafas i engaños ha podido prever, auxiliado en esta materia por la legislación antigua española, por los códigos especiales i por otras legislaciones; pero, como esta materia es tan inconmensurable como la inteligencia y la perversidad humanas, no ha podido decir su última palabra sobre ella sino en una disposición jeneral que previniese todos los hechos olvidados i mal expresados" (Fuensalida, Alejandro (1883). Concordancias y comentarios del Código Penal chileno. Tomo III. Lima: Imp. Comercial Calle del Huallaga N. 139, P. 238);

**TRIGÉSIMO TERCERO:** Que, por cierto, la técnica legislativa apuntada no es únicamente empleada respecto del delito de estafa, sino que más bien el legislador en materia de dicho delito sigue el estilo de la codificación penal, pues tal como sucede respecto de los homicidios y las lesiones, expresa primero todos los hechos que le parecen especialmente graves, para luego establecer la regla general. Así lo entiende la doctrina (Politoff, Sergio; Matus, Jean Pierre; Ramírez, María Cecilia (2005). Lecciones de Derecho Penal Chileno: Parte Especial. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 417);

**TRIGÉSIMO CUARTO:** Que, luego, en relación a la estructura típica de la estafa, cabe consignar que conforme a la jurisprudencia y doctrina asentada, aquella se compone de cuatro elementos: *engaño, error, disposición patrimonial y perjuicio*.

Como afirman Politoff, Matus y Ramírez - para quienes la figura básica de estafa la constituye el artículo 473 del Código Penal - "Los elementos específicos de esta figura legal son: i) *El engaño* (acción de engañar); ii) El error que ese engaño produce a la víctima (efecto de engañar); iii) La disposición patrimonial (acto que genera el perjuicio) que provoca el autor del delito mediante su engaño; y iv) El perjuicio patrimonial (pérdida propiamente tal) que sufre una persona" (Politoff/Matus/Ramírez (2005) p. 417).

Dichos elementos configuradores de la estructura típica son compartidos incluso por aquellos para quienes el artículo 468 del Código Penal constituye la figura básica. Así, Etcheberry afirma que la figura del artículo 468 "consiste siempre en "defraudar a otro", de modo que están presentes a su respecto *todas las exigencias típicas generales de estos fraudes*, ya analizadas precedentemente (simulación, error, disposición patrimonial, perjuicio). La ley se ocupa aquí de describir en particular algunas formas de simulación" (Etcheberry, III, p. 408);

**TRIGÉSIMO QUINTO:** Que, explicado lo anterior, sea que se considere que la figura básica de del delito de estafa es la del artículo 473 o bien la del artículo 468, sus elementos típicos se encuentran fijados por la Ley.

Si se considera que la figura básica de estafa es la del artículo 473, los elementos señalados – engaño, error, disposición patrimonial y perjuicio – surgen del mismo Código Penal, de modo que no se haya comprometido el principio de



legalidad penal en los términos en que ha sido entendido por esta magistratura. En ese entendimiento, el rol que le cabe al artículo 468, o bien lo que este realiza, es determinar una penalidad distinta, por exigir ciertas particularidades respecto de la comisión, que el legislador pondera diferenciadamente y entiende como especialmente disvaliosas de la conducta.

Y a su turno, como se ha visto, si se estima que la figura básica es la contenida en el artículo 468, igualmente ser arriba a la conclusión que la figura consiste siempre en defraudar a otro, exigiéndose la concurrencia de los elementos típicos ya descritos, es decir, simulación, error, disposición patrimonial y perjuicio, no existiendo por tanto un compromiso del principio de legalidad penal;

**TRIGÉSIMO SEXTO:** Que, según se ha apuntado precedentemente, la requirente cuestiona aquí que en el artículo 468 del Código Penal emplee las expresiones "*valiéndose de cualquier otro engaño semejante*", expresiones que impedirían al destinatario conocer "el mandato de prohibición de la conducta, dada su grado de vaguedad y falta de taxatividad en la descripción de la conducta punible";

**TRIGÉSIMO SÉPTIMO:** Que, un correcto análisis de los artículos 473 y 468, en cuya redacción el legislador ha empleado una fórmula más amplia como se ha dicho supra, como lo es la frase que reprocha el requirente, pasa necesariamente por la delimitación en la expresión "*valiéndose de cualquier otro engaño semejante*", utilizada en la parte final del artículo 468, y lo dispuesto en el artículo 473 que exige la utilización de "*cualquier otro engaño que no se halle expresado en los artículos anteriores*".

Si bien ambas normas aluden a circunstancias que pueden parecer bastante generales, no delimitadas, en las que las posibilidades del intérprete parecerían amplísimas a efectos de subsumir conductas, entendimiento que es el que parece compartir el requirente, este Tribunal no lo comparte.

Al emplear el artículo 468 la expresión "*valiéndose de cualquier otro engaño semejante*", no hace más que realizar una aproximación a aquellos engaños que, partiendo de la descripción casuística que realiza el precepto, no están allí comprendidos - pero que - cumpliendo con el principio de estricta legalidad, pueden ser análogos a los comportamientos que la misma norma ejemplifica. Estos "otros engaños" no son más que "otros de los mismos", en ningún caso, otros diversos, motivo por el cual, este argumento de la requirente también habrá de ser desestimado;

**TRIGÉSIMO OCTAVO:** Que, respecto del principio de legalidad, ha declarado este Tribunal Constitucional que el mismo cumple una importante función de garantía, al permitir "*el conocimiento anticipado de las personas del comportamiento*" que funda la responsabilidad penal. Sin embargo, ha señalado también que "*[l]a descripción típica acabada y plena constituye un ideal, limitado en la práctica por la imprecisión del lenguaje y la generalidad de la norma. La función*



000398  
Recepción 16/05/13 y 06/10/16

garantista de la ley cierta y expresa se entiende cumplida "como lo ha declarado esta Magistratura (sentencia Rol N° 24, de 4 de diciembre de 1984)- cuando la conducta que se sanciona esté claramente descrita en la ley, pero no es necesario que sea de un modo acabado, perfecto, de tal manera llena que se baste a sí misma, incluso en todos sus aspectos no esenciales". El carácter expreso "claro, patente, especificado- que, conforme a la Constitución, debe contener la descripción de la conducta, no se identifica con totalidad o integridad, sino que está asociado a la comprensión y conocimiento por las personas de sus elementos esenciales" (STC 549/2007);

**TRIGÉSIMO NOVENO:** Que, dado a lo que se ha expuesto en las consideraciones precedentes, este Tribunal considera que los preceptos reprochados no transgreden el principio de legalidad penal en los términos en que ha sido entendido por esta Magistratura, debiendo por consiguiente ser rechazado este cuarto argumento de la requirente;

**B. Sobre la pretendida infracción al proceso penal: *ne bis in idem*, irretroactividad de la ley procesal penal, juez natural y garantía de no ser juzgado por comisiones especiales (art. 19 N° 3 incisos quinto y sexto en relación a los arts. 1° y 5° inc. 2°)**

**CUADRAGÉSIMO:** Que, el requirente en esta parte sostiene, en primer lugar, que esta infracción a la garantía constitucional del debido proceso y a la prohibición de doble persecución se verifica por la aplicación de las normas invocadas en la gestión pendiente, "las que provocan una evidente contradicción con un proceso previo legalmente tramitado, racional y justo, y una *doble incriminación* por los mismos hechos en el ejercicio de la facultad punitiva del Estado (*ius puniendi*)". En efecto, afirma que la aplicabilidad en el marco de una investigación y proceso penal de las normas contenidas en los artículo 468 y 467 inciso final, al supuesto de hecho imputado al requirente "violentan gravemente la garantía de un proceso previo legalmente tramitado y transgreden la institucionalidad procesal establecida por nuestro legislador para el conocimiento y resolución del supuesto fáctico vedado por disposición legal a los órganos sancionatorios administrativos de libre competencia";

**CUADRAGÉSIMO PRIMERO:** Que, igualmente, se afirma que "al requerir en sede de justicia penal la aplicación de los preceptos legales invocados se está utilizando por parte del Ministerio Público, Consejo de Defensa del Estado y el Juez de Garantía un proceso que no está contemplado en nuestro ordenamiento nacional para el conocimiento y la resolución del *conflicto monopólico* a que hacen referencia los hechos del requerimiento. En otros términos, se intenta imponer una sanción penal vía un *mecanismo no establecido por ley para el conocimiento de los hechos* y por lo tanto al posibilitar dicha imposición punitiva se está constituyendo en un *tribunal especial con infracción a la garantía del juez natural*, esto es el materialmente habilitado para el juzgamiento". En efecto, precisa "que en el período comprendido entre octubre de 2003 y agosto de 2016, las infracciones a la



libre competencia no era perseguibles bajo ningún respecto por vía de la herramienta penal conforme a la voluntad soberana manifestada en el legislador. Pues bien, a partir de la reforma introducida al DL 211 a través de la Ley 20.945, tampoco estos ilícitos monopólicos son perseguibles de oficio por acción penal pública del MP o del CDE, sino que requieren de previa instancia del órgano legitimado por ley para activar la vía penal, esto es, el Fiscal Nacional Económico, una vez que exista sentencia ejecutoriada del fallo que establezca el ilícito anticompetitivo”;

**CUADRAGÉSIMO SEGUNDO:** Que, por otra parte, señala que la utilización de la evidencia recopilada con medidas intrusivas por la Fiscalía Nacional Económica “en la persona de nuestro representado, por expresa normativa estaba limitada a los fines de la investigación de libre competencia y en caso alguno puede ser utilizada en otra sede como la penal sin contar con las respectivas autorizaciones legales”. “Lo cual, transgrede nuevamente por la aplicación de las normas penales en el caso concreto que habilitaron la gestión pendiente, *la garantía de un debido proceso legalmente tramitado*”;

**CUADRAGÉSIMO TERCERO:** Que, asimismo, en esta parte la requirente sostiene que “dicha vulneración se produciría en el caso concreto toda vez que por la aplicación de las normas penales invocadas del artículo 468 y 467 CP las que son perseguibles de oficio por el MP y querrela del CDE, se verificaría una doble persecución procesal en ejercicio del *ius puniendi* del Estado, tanto en su versión sancionatoria administrativa como penal. Es del caso indicar a VS. Excma., que en el caso concreto de los hechos imputados a nuestro representado en la gestión judicial penal pendiente, se configuraría la triple identidad de sujeto, objeto y fundamento que dicho principio de las constituciones moderna proscribire”;

**CUADRAGÉSIMO CUARTO:** Que, entonces, en síntesis, la requirente alude a supuestas infracciones al debido proceso, al derecho al juez natural, a la prohibición de ser juzgado por comisiones especiales y al principio de *ne bis in ídem* o *non bis in ídem*, en su doble manifestación, esto es, como el derecho a no ser sometido a dos procesos por el mismo hecho y el derecho a no ser sancionado dos veces por el mismo hecho. Para resolver estos cuestionamientos formularemos unas consideraciones generales (a); nos pronunciaremos sobre las pretendidas infracciones al debido proceso, derecho al juez natural y a la prohibición de ser juzgado por comisiones especiales e irretroactividad de la ley procesal penal (b) y, luego, sobre la pretendida infracción al principio de *ne bis in ídem* (c);

#### (a) Consideraciones generales

**CUADRAGÉSIMO QUINTO:** Que, como salta rápidamente a la vista de la argumentación del requirente recogida en los considerandos precedentes, al construir sus reproches se desprende claramente que al efecto no son en realidad los preceptos impugnados los que generarían los supuestos defectos enunciados,



000399  
TRECIENTOS NOVENTIS Y NUEVE.

pues sobre los preceptos reprochados al efecto nada se razona o señala, en vinculación con las supuestas garantías infringidas, sino que lo serían - como ya se ha advertido a propósito de otros reproches del requirente - los actos o la conducta del Ministerio Público, de Consejo de Defensa del Estado y una eventual conducta del Juez de Garantía.

No puede perderse de vista que la requirente apunta, expresamente, a que "al requerir en sede de justicia penal la aplicación de los preceptos legales invocados se está *utilizando por parte del Ministerio Público, Consejo de Defensa del Estado y el Juez de Garantía* un proceso que no está contemplado en nuestro ordenamiento nacional para el conocimiento y la resolución del *conflicto monopólico* a que hacen referencia los hechos del requerimiento".

Se cuestiona en definitiva la apertura del proceso penal y no realmente el título delictivo utilizado, pues lo que se pretende afirmar solapadamente es que los hechos sólo serían pasibles de juzgamiento y sanción en sede administrativa, asunto en que los preceptos reprochados no tienen repercusión alguna;

**CUADRAGÉSIMO SEXTO:** Que, en relación a lo anteriormente dicho, cabe ser enfático en orden a que en la causa pendiente, según emana incontroablemente de los antecedentes, no se está intentando resolver un "conflicto monopólico" como señala la requirente, sino que existe una clara imputación por la comisión de delitos de estafa reiterados, los que no tienen relación con la persecución de supuestas conductas monopólicas, sino que con la comisión hechos que eventualmente podrían ser subsumidos y sancionados conforme a los preceptos impugnados.

Es claro lo anterior en tanto la persecución penal que se realiza en la gestión pendiente no se vincula con la protección de un bien jurídico de carácter colectivo - como lo sería por ejemplo la libre competencia - sino que si se revisan los actos de imputación del Ministerio Público y el Consejo de Defensa del Estado, a los que se ha aludido en el considerando segundo de esta sentencia, ellos se vinculan con el bien jurídico propio del delito de estafa que no es otro del patrimonio. En este caso, respecto de un sujeto pasivo que se encuentra en el caso absolutamente determinado, cual es la CENABAST. Lo asentado en este considerando es relevante en orden a descartar las presuntas infracciones constitucionales alegadas por el requirente, según se explicará a continuación;

***(b) Sobre las pretendidas infracciones al debido proceso, derecho al juez natural y a la prohibición de ser juzgado por comisiones especiales e irretroactividad de la ley procesal penal***

**CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO:** Que, tratándose de las supuestas infracciones al debido proceso, al juez natural y a la prohibición de ser juzgado por comisiones especiales, cabe afirmar que versando la causa pendiente sobre la eventual comisión de reiterados *delitos de estafa*, conforme a los preceptos impugnados,



malamente puede afirmarse que el conocimiento de las imputaciones formuladas por las partes activas del proceso penal lo sea con transgresión del derecho al juez natural y la prohibición de ser juzgado por comisiones especiales.

La gestión pendiente está siendo conocida actualmente por un Tribunal - 8º Juzgado de Garantía de Santiago - que es materialmente competente para conocer de aquella conforme a la legislación procesal vigente, habiendo sido establecido por la ley con anterioridad a los hechos investigados, lo que en definitiva descarta las supuestas transgresiones al juez natural y a la prohibición de ser juzgado por una comisión especial.

La causa se encuentra sometida entonces, al Tribunal predeterminado por la ley, para la etapa en que aquella se encuentra, no concurriendo en la especie el supuesto necesario para entender que aquellas garantías se infringen en el caso de autos, pues como ha entendido esta Magistratura, el artículo 19, Nº 3, inciso cuarto, de la Constitución, "reconoce a toda persona el derecho al juez natural y prohíbe el ser juzgado por "comisiones especiales", como denomina el constituyente a todo órgano que usurpa atribuciones jurisdiccionales y pretende asumirlas sin haber sido atribuido de ellas conforme a derecho" (STC Rol Nº 184, c. 7º).

En este caso el Tribunal que se encuentra conociendo de la gestión pendiente no ha usurpado atribuciones jurisdiccionales, sino que por contrario, las ejerce conforme a Derecho, por habérselas atribuido expresamente la legislación procesal penal. Lo mismo ha de concluirse respecto del Tribunal de Juicio Oral que puede llegar a conocer de la causa, si aquella llega a dicha fase procesal. Aquí cobra relevancia la constatación de que en realidad el reproche de la requirente apunta a su entendimiento de que las conductas únicamente serían pasibles de sanción administrativa, obviando que en la causa pendiente se sustancia en razón de eventual comisión de ilícitos de naturaleza penal;

**CUADRAGÉSIMO OCTAVO:** Que, luego, en relación a la pretendida infracción a las exigencias de un procedimiento e investigación racionales y justos, cabe señalar que como se ha dicho, la requirente apunta en esta parte a lo obrado por el Ministerio Público, el Consejo de Defensa del Estado y el Tribunal que conoce de la gestión pendiente, al punto que en el requerimiento no contiene explicación alguna respecto de cómo los preceptos que describen el delito de estafa y fijan su penalidad según el perjuicio causado, repercuten o afectan alguno de los elementos que se han entendido como integrantes del debido proceso.

En este sentido, es menester recordar que este Tribunal ha fallado que "el legislador, para asegurar la existencia de un debido proceso, en los términos que ésta Magistratura lo ha determinado, contempla "el derecho a un proceso previo, legalmente tramitado, racional y justo, que la Constitución asegura a todas las personas, debe contemplar las *siguientes garantías*: la publicidad de los actos jurisdiccionales, el *derecho a la acción*, el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria, el emplazamiento, adecuada asesoría y defensa con abogados, la producción libre de pruebas conforme a la ley, el examen y objeción de la evidencia





000400

21-520-16N502

rendida, la bilateralidad de la audiencia, la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores..."(STC Rol N°478, c.14; STC Rol N° 3005, c. 9).

En el requerimiento, por su parte, nada se dice respecto a cómo la aplicación de los preceptos impugnados infringe las mentadas garantías, lo que supone el rechazo de esta parte del requerimiento;

**CUADRAGÉSIMO NOVENO:** Que, como resulta obvio, al ser los preceptos impugnados normas de carácter substantivo penal, ellos no regulan la publicidad de los actos jurisdiccionales, el derecho a la acción, el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria, el emplazamiento, adecuada asesoría y defensa con abogados, la producción libre de pruebas conforme a la ley, el examen y objeción de la evidencia rendida, la bilateralidad de la audiencia, la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores, elementos que se han estimado integrantes de un debido proceso. Siendo así, no es posible vislumbrar que aquellos infrinjan tales garantías;

**QUINCUAGÉSIMO:** Que, finalmente, respecto de la supuesta infracción al debido proceso, no ha de perderse de vista que las imputaciones que se formulan en contra del requirente por la supuesta comisión de delitos de estafa han de ser necesariamente probadas durante el desarrollo del proceso penal que constituye la gestión pendiente. En este sentido, el artículo 340 del Código Procesal Penal es claro en orden a que "Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley" (inciso 1º). Agregando luego que "El tribunal formará su convicción *sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral*".

Además, en el proceso penal pendiente al requirente se le ha dado conocimiento de la imputación formulada en su contra – donde como se ha visto se ha aludido expresa y circunstanciadamente a los elementos del delito de estafa - y no se le ha impedido ser asesorado y defendido por abogados. Asimismo, llegada la etapa procesal pertinente, el procedimiento prevé la posibilidad de producir prueba, la de objetar la que ofrezca y rinda la contraria, la de interponer recursos, además de otros derechos que el Código Procesal Penal le reconoce por la sola calidad de imputado (artículo 93 del Código Procesal Penal);

**QUINCUAGÉSIMO PRIMERO:** Que, finalmente, cabe consignar que el procedimiento a través del cual se materializa el proceso penal seguido en contra del requirente, fue fijado por el legislador – en el Código Procesal Penal - con anterioridad a la supuesta comisión de los hechos que se reprochan al requirente, de modo que no es posible compartir el postulado de la requirente en torno a que habría una aplicación retroactiva de las normas procesales penales, en infracción a sus garantías constitucionales. Debiendo por este motivo ser desestimada tal alegación;



**(c) Sobre la pretendida infracción al *ne bis in idem***

**QUINCUAGÉSIMO SEGUNDO:** Que, por último, en relación a la supuesta transgresión del principio del non bis ídem, es dable considerar que tal como ha apuntado esta Magistratura (STC Rol N° 3000, c. 7°), que “el principio “non bis in ídem”, en cuya virtud nadie *puede ser juzgado ni condenado doblemente por un mismo hecho*, deriva de la dignidad de la persona humana y encuentra cobertura primordialmente en el artículo 19, N° 3, de la Carta Fundamental, tanto en el párrafo sexto, cuando previene que “corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”, cuanto en el párrafo noveno, al prevenir que “ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”. Respecto al mismo, este Tribunal ha considerado que dicho principio, que importa que por un mismo hecho delictivo el responsable no puede verse expuesto a sufrir más de una pena o ser objeto de más de una persecución penal, es base esencial de todo ordenamiento penal democrático. Agregando que dicha interdicción del múltiple juzgamiento y la sanción se sustenta en la aplicación de principios relativos al debido proceso y la proporcionalidad, cuyo fundamento constitucional emana de la dignidad personal y del respeto por los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Ha sostenido que su transgresión constituye un atropello a las bases de la institucionalidad, así como a la garantía de una investigación y un procedimiento racionales y justos. (STC Rol 2045, c. 4°) (En el mismo sentido, STC Rol N° 2254, c. 4°; STC Rol 2773, c. 31°; y STC Rol N° 2186, c. 4°”;

**QUINCUAGÉSIMO TERCERO:** Que, si bien la requirente en esta parte apunta a que concurriría la triple identidad de sujeto, objeto y fundamento que dicha regla proscribiera, lo hace en términos que estos sentenciadores no comparten.

Más allá de las disquisiciones que pretende formular el requirente respecto de la identidad de sujeto, salta a la vista que el proceso seguido ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (Causa C-312-2016) se dirigió en contra de – entre otras empresas – Fresenius Kabi Chile Limitada y no contra el actual requirente de inaplicabilidad, lo que es claro al tenor de los antecedentes allegados al proceso y particularmente de la sentencia dictada en aquella causa, rolante a fojas 243 y siguientes de este expediente. DE aquella resulta claro que la sanción se aplicó a Fresenius Kabi Chile Limitada, no habiéndose reprochado por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia conducta alguna al requirente, el que no fue objeto de sanción. Se resolvió en aquella sede: “ACOGER el requerimiento interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica a fojas 31 en contra de Fresenius Kabi Chile Ltda., Laboratorio Biosano S.A. y Laboratorio Sanderson S.A., declarando que infringieron el artículo 3° inciso primero e inciso segundo letra a) del D.L. N° 211 al celebrar y ejecutar acuerdos con el objeto de afectar procesos de licitación de inyectables de menor tamaño convocados por Cenabast desde, a lo menos, el año 1999 hasta, a lo menos, el año 2013”. Condenando, en seguida, “a



000401  
CUSTODIEN TOA UNO.-

Fresenius Kabi Chile Ltda. al pago de una multa, a beneficio fiscal, de 2.463 (dos mil cuatrocientas sesenta y tres) Unidades Tributarias Anuales;" (fojas 321);

**QUINCUAGÉSIMO CUARTO:** Que, aun si se compartiera la tesis de la requirente en torno a la identidad de sujetos - que choca con los antecedentes aludidos en el considerando precedente - resulta necesario es considerar que el *non bis in ídem* es un principio que "no prohíbe que una persona pueda ser castigada doblemente (por) unos mismos hechos si la imposición de una y otra sanción responden a distinto fundamento. Así podría decirse que lo proscrito por el principio *non bis in ídem* no es tanto que alguien sea castigado o perseguido doblemente por idénticos hechos, cuanto por idéntico ilícito, entendido como hechos que lesionan o ponen en peligro determinado interés protegido por la norma sancionadora" (Pérez Nieto, Rafael; Baeza Díaz-Portales, Manuel (2008). Principios del Derecho Administrativo Sancionador: Volumen I. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, p. 152).

Desde esta perspectiva, no ha de perderse de vista que tal como se ha apuntado a lo largo de la presente sentencia, el interés - bien jurídico - protegido por las normas sancionatorias penales que el requirente reprocha, no es otro que el patrimonio de una persona. En este caso Cebanast, sujeto en el cual se habría radicado el perjuicio; servicio público funcionalmente descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio.

En cambio, en la causa seguida ante el Tribunal de Defensa de la Libre competencia, la sanción tuvo su fuente en el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, en el cual el interés protegido es la libre competencia; es decir un bien de carácter colectivo y no individual como el patrimonio de una persona determinada. Lo razonado descarta que en estos autos concurra la identidad de fundamento que la requirente estima concurrente, lo que conlleva en definitiva el rechazo del requerimiento en esta parte;

**C. Se infringe el principio de culpabilidad penal: presunción de derecho de la responsabilidad penal (art. 19 N° 3 inciso séptimo en relación al art. 1° CPR)**

**QUINCUAGÉSIMO QUINTO:** Que, en esta parte, el requirente afirma que la infracción al principio de culpabilidad en el caso concreto se configura toda vez que por infracción a la garantía del debido proceso ya referida **se está presumiendo** -con la posibilidad de aplicar las normas penales invocadas en la formalización de la investigación- "la responsabilidad penal de nuestro representado, instrumentalizando su condición y dignidad para fines penales arbitrarios" (fojas 56).

En efecto, "al no encontrarse determinada la existencia del ilícito en sede de libre competencia, en caso alguno se puede imputar su autoría sin infringir el principio de culpabilidad a nuestro representado, quién por lo demás no ha sido



requerido de sanción como persona natural en el requerimiento de la FNE" (fojas 56);

**QUINCUAGÉSIMO SEXTO:** Que, nuevamente salta a la vista que lo razonado por la requirente en esta parte más que cuestionar algún aspecto preciso de los preceptos impugnados en relación a las exigencias que el principio de culpabilidad penal impone al legislador, lo que hace es una crítica al obrar del Ministerio Público y del querellante, y de un acto eventual del Tribunal del fondo. Ello implica, necesariamente, la desestimación de este reproche;

**QUINCUAGÉSIMO SÉPTIMO:** Que, pese a lo anterior, cabe señalar que la requirente esboza – aunque no lo explica adecuadamente – que se estaría “presumiendo” su responsabilidad.

A dicho respecto, cabe recordar - aún de modo general - que el principio “*Nulla poena sine culpa*” es un “postulado garantista esencial a un Derecho Penal democrático, en el cual la pena sólo puede ser impuesta al individuo a quien le es reprochable un quehacer personal suyo *perpetrado con dolo o culpa*” (KUNSEMÜLLER, Carlos (2001). Culpabilidad y pena. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 19);

**QUINCUAGÉSIMO OCTAVO:** Que, en este sentido, si bien en los preceptos impugnados no hay referencias explícitas a las exigencias de tipo subjetivo, es decir, a si se requiere para su consumación la concurrencia de dolo o culpa, ello no significa que en aquellas se prescindiera de tales elementos. Es común en la legislación penal encontrar preceptos que como los impugnados, carezcan de referencias explícitas al efecto. En este sentido, por ejemplo, el artículo 391 del Código Penal – que tipifica como delito el homicidio – impone una pena al que mate a otro, sin añadir referencia alguna al dolo o culpa penales. Ello no significa que el precepto presuma la responsabilidad penal o bien que establezca un supuesto de responsabilidad objetiva;

**QUINCUAGÉSIMO NOVENO:** Que, entonces, si el principio de culpabilidad exige que la pena solo puede imponerse a quien puede reprocharse un quehacer personal suyo, a título de dolo o culpa, resulta menester considerar que tratándose específicamente de la estafa – preciso tipo penal por el cual se persigue la responsabilidad del requirente – se ha considerado de modo unánime que aquel sólo puede ser cometido de manera dolosa. Según la doctrina “el dolo comprende el conocimiento y la voluntad de engañar, producir un error, una disposición patrimonial y un perjuicio (económico). En Chile, no hay estafa imprudente, porque no existe la figura respectiva. (Politoff/Matus/Ramírez (2005) p. 440). Es decir, para que exista estafa, por consiguiente, ha de concurrir el dolo del agente en los términos señalados, cuestión que descarta cualquier pretendida infracción al principio de culpabilidad penal;

**SEXAGÉSIMO:** Que, a todo lo anterior, cabe sumar que conforme al artículo 1º del Código Penal, delito es toda acción u omisión voluntaria penada por la ley, para luego establecer, su inciso 2º, que las acciones u omisiones penadas por la ley



000402

LA FOLIA DE DOS.

se reputan siempre *voluntarias*, a no ser de que conste lo contrario. Igualmente, que según el artículo 340 del Código Procesal Penal, en las causas criminales la condena del acusado es consecuencia de la convicción adquirida por el Juez en orden a que aquel ha cometido el hecho punible, correspondiéndole una *participación culpable* y penada por la ley. Dicha convicción se forma, como se encarga de decir la misma disposición, con la prueba producida en el juicio oral;

**SEXAGÉSIMO PRIMERO:** Que, en definitiva, todo lo dicho en esta parte descarta que los preceptos impugnados establezcan un supuesto de responsabilidad objetiva, o bien, que presuman de derecho la responsabilidad penal del requirente, de modo que no puede juzgárselos como contrarios al principio de culpabilidad, por lo cual este reproche será desestimado;

**D. Se infringe el principio de proporcionalidad de los delitos y las penas (art. 19 N° 2 en relación al art. 19 N° 3)**

**SEXAGÉSIMO SEGUNDO:** Que, en esta parte, la requirente sostiene que la aplicación de los preceptos legales invocados al caso concreto genera una clara infracción al principio de proporcionalidad "al *no ser la vía idónea* establecida por el legislador para perseguir estas conductas y al producir un efecto de doble incriminación con las medidas investigativas ya adoptadas en sede de libre competencia" (fojas 59).

Afirma que en el caso de la exigencia de necesidad, sostiene que "si existe una medida menos gravosa para los derechos fundamentales que la criminalización de una conducta por medio de la aplicación de los preceptos legales invocados como es las sanciones y el procedimiento establecido a la fecha de comisión de los hechos en el DL 211 por lo tanto una aplicación de las normas del artículo 468 y 467 del CP a la gestión pendiente no ponderar la limitación que se hace de los derechos fundamentales en juego con los beneficios obtenidos por la imposición de esa sanción penal" (fojas 59).

En definitiva, sostiene que "la aplicación al caso concreto de estos preceptos, nuevamente infringe y transgrede este principio constitucional de proporcionalidad en materia penal, como una manifestación de la prohibición de non bis in ídem, cuyos fundamentos damos por reproducidos, reparable únicamente por la inaplicabilidad por inconstitucionalidad que se invoca" (fojas 59).

**SEXAGÉSIMO TERCERO:** Que, nuevamente, salta a la vista que lo que gatilla el reproche descrito en el motivo precedente se vincula no con la criminalización del delito de estafa y la entidad de la pena asociada por el legislador frente a la comisión de aquel delito - que es lo que los preceptos reprochados establecen - sino que con una crítica a la apertura de un proceso penal en su contra por tales delitos, sin explicar adecuadamente los motivos por los cuales el delito de estafa que sirve de título a la imputación que se formula y la pena asociada a aquel se revelarían contrarios al principio de proporcionalidad.



Esta deficiencia constituye un motivo bastante para rechazar el requerimiento en esta parte;

**SEXAGÉSIMO CUARTO:** Que, en todo caso, desde la vereda del principio de proporcionalidad en materia de sanciones, sobre el que este Tribunal se ha pronunciado de manera favorable en múltiples oportunidades, no puede perderse de vista que el artículo 467 del Código Penal asocia una pena al delito de estafa que se determina *según la entidad del perjuicio causado*, que se produce en el patrimonio de una persona; patrimonio que no es otra cosa que el bien jurídico protegido por la figura.

Es precisamente la parte impugnada del artículo 467 del Código Penal la que permite graduar la sanción según la entidad del perjuicio, lo que no deja de ser llamativo.

El artículo 467 fija en presidio menor en grado máximo la penalidad en su tramo superior, disminuyendo según la entidad del perjuicio causado – entidad de la afectación del bien jurídico protegido – hasta el presidio menor en su grado mínimo, lo que guarda coherencia con el principio de proporcionalidad en materia de sanciones, toda vez que el castigo se calibra en relación a la gravedad de la conducta, en términos de su repercusión sobre el bien jurídico protegido por la figura penal;

**SEXAGÉSIMO QUINTO:** Que, la requirente sostiene escuetamente que la figura penal no sería un medio necesario para el castigo de las conductas que aquel resultan no punibles, dada su particular tesis sobre la derogación de los delitos especiales que podrían haber fundado una imputación penal, tesitura que como se ha visto, acompaña prácticamente la totalidad de los reproches del requirente.

Sin embargo, como se ha dicho, la requirente no ha argumentado por qué los preceptos impugnados – que configuran y determinan la pena respecto del delito de estafa – son contrarios al principio de proporcionalidad, por no ser necesarios para el castigo de las conductas que en aquellos han de subsumirse, es decir, hechos constitutivos de delitos de estafa.

En esta materia, respecto de los preceptos impugnados no ha de perderse de vista que el legislador penal estimó necesario criminalizar las conductas pasibles de sanción bajo su aplicación desde la entrada del Código Penal, para brindar protección al bien jurídico que aquellas protegen, es decir, el patrimonio de una persona. Dicha determinación legislativa no ha sido modificada desde aquel entonces hasta el presente, no aportando el requerimiento argumentos propios de esta sede que demuestren que el castigo de las conductas que los preceptos reprochados abarcan no resulte necesario y contrario al principio de proporcionalidad;

**SEXAGÉSIMO SEXTO:** Que, en mérito de lo razonado en este acápite, este reproche será desestimado;



000403

LISTADOS T-52.-

#### V.- EL REQUERIMIENTO SERÁ RECHAZADO

**SEXAGÉSIMO SÉPTIMO:** Que, habiendo analizado los reproches planteados por la requirente, en las consideraciones precedentes, y habiéndose descartado circunstanciadamente la concurrencia de las infracciones constitucionales que se han alegado en autos, el requerimiento será íntegramente rechazado y así se declarará;

**Y TENIENDO PRESENTE** lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimer, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

#### SE RESUELVE:

- I. QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DEDUCIDO A FOJAS 1. OFÍCIESE.
- II. ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFÍCIESE.
- III. QUE NO SE CONDENA EN COSTAS A LA PARTE REQUIRENTE, POR ESTIMARSE QUE TUVO MOTIVO PLAUSIBLE PARA LITIGAR.

#### DISIDENCIAS

Acordada con el voto en contra del Presidente del Tribunal, Ministro señor Iván Aróstica Maldonado y del Ministro señor Juan José Romero Guzmán, quienes estuvieron por acoger la impugnación de fojas 1, por las siguientes razones:

A.-

#### **ACTUACIONES PROCESALES EN LAS QUE SE ENMARCA EL CASO**

1°. Con fecha 3 de agosto de 2016, la Fiscalía Nacional Económica (FNE) dedujo requerimiento ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) en contra de un grupo de laboratorios (Fresenius, Biosano y Sanderson). En su requerimiento la FNE sostiene que las empresas requeridas habrían infringido el artículo 3° al celebrar y ejecutar un acuerdo para afectar el resultado de procesos de



licitación pública convocados por la Central Nacional de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud (Cenabast), para la adquisición de medicamentos inyectables genéricos contenidos en envases de menor volumen, también llamados ampollas. La FNE solicitó que se multara con 18.000 UTA al Laboratorio Sanderson, con 2.000 UTA al Laboratorio Fresenius y que eximiera de la multa al Laboratorio Biosano, por haberse acogido al beneficio de la delación compensada del artículo 39 bis del Decreto Ley N° 211, de 1973.

2°. Dos días después del requerimiento presentado por la FNE, el Fiscal jefe de la Fiscalía de Alta Complejidad Oriente, Sr. Carlos Gajardo, inició una investigación penal de oficio por los mismos hechos contenidos en dicho requerimiento ante el TDLC, calificándolos como constitutivos del delito de "estafa al Fisco" en los términos de los artículos 468 y 467 del Código Penal. Esta investigación del Ministerio Público se inicia con posterioridad a la aprobación por el Congreso de la modificación al DL N° 211, de 1973 (que entre sus disposiciones se establece –luego de un largo debate- el tipo penal específico de colusión, contenido en el actual artículo 62 de dicho cuerpo legal) y días antes de ser evacuado por este Tribunal el control preventivo obligatorio de constitucionalidad del referido proyecto. Tiempo después, el Consejo de Defensa del Estado entabla querrela en términos similares. Los antecedentes fácticos sobre los que el Ministerio Público y el Consejo de Defensa del Estado basan sus presentaciones en la causa penal son aquellos que constan en el proceso seguido ante el TDLC.

3°. El Consejo de Defensa del Estado interpuso querrela criminal en contra de los ejecutivos de las tres empresas presuntamente coludidas en ese momento: Fresenius, Sanderson y Biosano. Sin embargo, el Ministerio Público solicitó la formalización de la investigación contra los ejecutivos de solo dos de las empresas mencionadas (Fresenius y Biosano), dejando sin persecución penal al gerente general de Sanderson.

El 2 de marzo de 2018 tuvo lugar la audiencia de formalización como autores del delito de "estafa y otras defraudaciones contra particulares" contemplados en los preceptos del Código Penal antes indicados respecto de un grupo de ejecutivos de los mencionados laboratorios, entre ellos el requirente de inaplicabilidad señor Pedro Pablo Echeverría Bascuñán.

El 4 de abril de 2018 se declaró admisible en esta sede la acción de inaplicabilidad interpuesta por el señor Echeverría.

Meses después, estando la arista penal suspendida, el TDLC dicta sentencia (N° 165/2018) en virtud de la cual se acoge el requerimiento interpuesto por la FNE y se condena a los laboratorios Sanderson y Fresenius al pago de 30.000 y 2.463 UTA, respectivamente – \$17.651.880.000 y \$1.449.219.348, en pesos al mes de julio de 2019 - y se exime del pago de la multa al laboratorio Biosano por ser acreedora del beneficio establecido en el artículo 39 bis del DL N° 211, de 1973 (delación compensada).



4°. Finalmente, es importante mencionar que en la audiencia de formalización de la investigación de fecha 2 de marzo de 2018, el Ministerio Público ofreció la suspensión condicional del procedimiento penal a los ejecutivos de la empresa Biosano. El Ministerio Público exigió el pago de la suma de \$250.000.000 a los ejecutivos de la empresa delatora, pese a haber sido calificada por la FNE como beneficiaria ante el TDLC de la delación compensada y haberse solicitado su exención del pago de multa.

De la misma manera, es importante destacar que el Ministerio Público, pese a la querrela presentada por el Consejo de Defensa del Estado, decidió no formalizar al gerente general de la empresa Sanderson, sancionada por el TDLC con la mayor multa.

La persecución penal contra las empresas y sus ejecutivos puede resumirse de la siguiente forma:

Empresa / Tribunal	TDLC	8° Juzgado de Garantía
Sanderson (Mariano Ojeda)	Multa de 30.000 UTA (\$17.651.880.000)	Ministerio Público decide no formalizar
Fresenius (Pedro Pablo Echeverría)	Multa de 2.463 UTA (1.449.219.348)	Ministerio Público formaliza por "estafa al Fisco" reiterada
Biosano (Claudio y Maurizio Reginato)	Eximida de la multa por haber delatado a los miembros de la colusión	Ministerio Público ofrece suspensión del procedimiento previo pago de la suma de \$250.000.000

5°. **Hay dos elementos relevantes que no son discutidos en esta causa.** El primero es que la colusión es el ilícito más grave contra la libre competencia. Así lo ha reconocido el TDLC en distintas sentencias, al señalar que "(...) *la colusión es el atentado más grave en contra de la libre competencia, por cuanto no sólo suprime la rivalidad entre los competidores miembros del cartel, incrementando las ganancias de los oferentes y disminuyendo el beneficio de los demandantes, sino también porque subvierte el uso del proceso competitivo como mecanismo de vigilancia de las actividades en un mercado, asegurando ventajas competitivas a ciertos participantes (de las licitaciones en este caso) que de otro modo no tendrían si no fuera por la colusión existente (véase Marshall, Robert C. y Marx, Leslie M., The Economics of Collusion: Cartels and Bidding Rings, The MIT Press, 2012);* " (Considerando 226, sentencia TLDC 171/2019, 24 de abril de 2019).



El segundo punto que no se discute es que la empresa Fresenius, de la cual es ejecutivo el requirente, fue condenada por el TDLC por haber sido parte de un acuerdo colusorio entre los años 1999 y 2013. La sentencia definitiva – N° 165/2018 dictada por dicho tribunal, la cual aplicó altas sanciones, fue recurrida por parte de Fresenius y Sanderson ante la Excma. Corte Suprema, causa que se encuentra desde el 9 de enero de 2019 pendiente de resolución por parte de dicha Corte.

B.-

### IDENTIFICACIÓN PRECISA DEL VERDADERO PROBLEMA DE CONSTITUCIONALIDAD QUE DEBE RESOLVERSE

6°. *Origen de la discrepancia.* La postura a favor de rechazar el requerimiento, y que ha sido expresada por el Ministerio Público y por el Consejo de Defensa del Estado y que ha sido bien expuesta por el fallo del cual disentimos, hace caso omiso de las particularidades del caso concreto.

7°. Esto último, en nuestra opinión, marca una diferencia a la hora de razonar sobre el *meollo del problema constitucional* que debe decidir este Tribunal: ¿es el tipo penal de fraude descrito en el artículo 468 y cuya sanción se contempla en el inciso final del artículo 467 del Código Penal apto para juzgar una conducta colusoria, desde la perspectiva del principio constitucional de determinación y de racionalidad y justicia procedimental? Nuestra respuesta es negativa y, por lo tanto, consideramos que los dos preceptos impugnados deben ser declarados inaplicables.

8°. Aquí no se está juzgando si el tipo penal de estafa contemplado en el artículo 468 del Código Penal es o no constitucionalmente defectuoso para todo caso, sin ningún tipo de distinción. La postura contraria desarrolla su análisis a partir de dicho supuesto. Quienes estamos a favor de la inaplicabilidad consideramos que dicho tipo penal, que en sí mismo presenta un grado de ductilidad importante en cuanto a las hipótesis que podría abarcar dado el bajo grado de precisión con que está redactado, adolece de una indeterminación excesiva de cara al juzgamiento de conductas colusorias al considerarse, además, el contexto jurídico institucional sobre la materia (sistema de protección de la libre competencia). Estimamos que la perspectiva más adecuada es una en que el análisis privilegie una visión del conjunto del ordenamiento jurídico debidamente informado por las disposiciones de la Constitución Política de la República.

9°. Este es un caso especial y lo es, básicamente, por tres consideraciones. En primer lugar, se está en presencia de una conducta particular regulada por una legislación e institucionalidad especial y que consagra un sistema de fiscalización y cumplimiento inusual en comparación a otras áreas del derecho. En segundo lugar, se trata de una conducta cuya forma específica de punición ha variado en el tiempo, dando lugar a debates doctrinarios y parlamentarios sobre, por ejemplo, la conveniencia o no de criminalizar la conducta y sancionarla con penas privativas de libertad, e incluso, a discusiones académicas (escasas y



000405

CINCO CIENTOS CINCO.

recientes) sobre si se trata o no de conductas cubiertas por otros tipos penales por el Código del ramo desde su origen en 1875. Y, en tercer lugar, nunca antes una conducta colusoria ha sido perseguida y juzgada penalmente por medio de la invocación del delito de estafa. Ha habido sólo dos casos, los cuales son recientes y en ellos se ha invocado una figura delictiva –el artículo 285 del Código Penal- la cual, en sí misma, ha sido muy poco aplicada a lo largo de su historia.

10°. Son dichas particularidades las que hacen que sea idónea la solución del caso recurriendo a principios constitucionales aplicados por este Tribunal Constitucional. Como se explicará, y debido a los defectos advertidos, la justicia penal ordinaria no se encuentra en un buen pie para poder juzgar conductas colusorias bajo la tipificación penal referida.

C.-

**LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL ESTÁ EN MEJOR POSICIÓN QUE LOS JUECES DEL FONDO EN MATERIA CRIMINAL PARA EVALUAR LA APTITUD DEL TIPO PENAL DE ESTAFA DEL ARTÍCULO 468 DEL CÓDIGO PENAL PARA CRIMINALIZAR CONDUCTAS COLUSORIAS**

11°. En opinión de los Ministros que suscriben este voto, el Tribunal Constitucional, en ejercicio de la facultad de resolver inaplicabilidades conferida por el artículo 93, inciso primero, N° 6° de la Constitución, está en mejor posición que los jueces del fondo en materia criminal para evaluar la aptitud del tipo penal de estafa del artículo 468 del Código Penal para criminalizar conductas colusorias atentatorias de la libre competencia en los mercados, materia respecto de la cual existe una institucionalidad y legislación especialmente diseñada para su protección. Esto es así en virtud, básicamente, de dos líneas argumentativas vinculadas entre sí y que dan cuenta de dos garantías que la legislación debe respetar y este Tribunal verificar.

12°. La primera dice relación con el hecho de que la exigencia de determinación suficiente establecida en el artículo 19, N° 3°, inciso noveno, de la Constitución: "*Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella*". Este mandato, el cual está vinculado, en términos más generales, con el valor de la seguridad jurídica (recepionado con especial distinción a través del artículo 19, N° 26°, de la Carta Fundamental), mira con sospecha el uso innovador de normativa no pensada ni utilizada para ser aplicada a conductas como aquellas por las que se persigue penalmente al requirente.

Esta tentación por recurrir adaptativamente a tipos penales tradicionales ante la ausencia de criminalización específica de la referida clase de atentados contra la libre competencia es muy poco común en otras jurisdicciones. Un caso emblemático en el que se discutió tal posibilidad y, finalmente, se desechó por consideraciones "constitucionales" o de derechos humanos ligado a la exigencia de



determinación legal suficiente de las conductas punibles fue aquel fallado por la justicia del Reino Unido (Norris v. Government of USA), sobre el cual volveremos más adelante.

**13°.** Así como la primera razón para sostener que la justicia constitucional (en especial conociendo y resolviendo acciones de inaplicabilidad) se encuentra en una posición privilegiada para dirimir esta materia radica en el deber impuesto al legislador de que la conducta por la que se pretenda sancionar penalmente a una persona se encuentre expresamente descrita en la ley, evitando golpes de sorpresa vía innovaciones en la aplicación de tipos penales (“despertando gigantes dormidos”), la segunda razón –vinculada a la primera– descansa en el deber de garantizar un procedimiento o sistema punitivo de protección de la libre competencia que sea racional, lo que en casos como este significa garantizar la debida coherencia y armonía del sistema de defensa de la libre competencia en nuestro país. Esto último recibe respaldo constitucional en la garantía general del artículo 19, N° 3°, inciso sexto, de la Constitución.

**14°.** Cuando afirmamos que la justicia constitucional está en mejor posición que la justicia penal ordinaria para resolver una materia como ésta no estamos, como resulta obvio, sosteniendo que este último tipo de justicia carezca por completo de herramientas para dar una respuesta en caso de ser conminada a ello. Ya lo ha hecho en dos oportunidades. Una con ocasión del caso “colusión del papel higiénico” (tramitada según las reglas del antiguo Código de Procedimiento Penal) y una segunda referida al caso “colusión de farmacias” (esta vez bajo las reglas del Código Procesal Penal). En ambos casos se resolvió –no sin evidente dificultad– que una conducta colusoria no podía ser sancionada penalmente a través de la aplicación de un tipo penal genérico que data desde la dictación del Código Penal chileno, como lo es aquel contemplado en el artículo 285.

**15°.** *LA CAUSA PENAL SOBRE FARMACIAS: UN EJERCICIO FORZADO DE ELUCIDACIÓN.* La Corte de Apelaciones de Santiago (conociendo del recurso de nulidad contra la sentencia dictada por el 4° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago) concluye su análisis expresando dos ideas muy reveladoras.<sup>1</sup>

En primer término, reconoce la pertinencia de una mirada global o sistémica para resolver el caso al señalar que “[e]stos antecedentes permiten interpretar, en forma armónica y sistemática, a la luz del artículo 24 del Código Civil, que en la actualidad hay una legislación especial que sanciona estas conductas colusivas, la cual ha eliminado las sanciones punitivas, por lo que no parece lógico que, por la vía del Código Penal, se pretenda insertar una sanción restrictiva de derechos por conductas que claramente ya no tienen ese carácter en la legislación especializada”.

Y, en segundo lugar, la mencionada Corte, obligada a resolver en virtud del principio de inexcusabilidad, admite que: “[p]or último, y en este mismo orden de

<sup>1</sup> Sentencia en causa rol N° 3.139-2015, de 29 de diciembre de 2015.

*ideas, pretender sancionar a quienes adoptan este tipo de conductas con un precepto que data del año 1873, forzando el entendimiento de dos conceptos que inciden en elementos del tipo penal, cuyo sentido y alcance es objeto de discusión por destacados profesores de Derecho Penal, por lo menos genera una duda razonable en si se configura la existencia de un delito imputable a sus destinatarios, máxime si la jurisprudencia ha sido silente en condenar en sede penal casos como el de la especie y la doctrina, casi en forma unánime, desecha la concurrencia del injusto perseguido en sendas acusaciones" (c. 13º -énfasis agregado).*

**16º.** En lo concerniente a la utilización del artículo 24 del Código Civil como respaldo para solucionar el desafío que presenta la aplicación de figuras delictivas generales o comunes (como la del artículo 285 o, en el caso de esta acción de inaplicabilidad, del artículo 468 del Código Penal) para castigar conductas colusorias, es posible aseverar que no se trata de una regla particularmente idónea para tal fin.

En efecto, dicho precepto habla de interpretar los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural. Sin embargo, como lo sugiere Cury,<sup>2</sup> "ninguno de los recursos aquí mencionados puede servir para interpretar una ley, sino tan sólo para suplir un silencio que acaso venga determinado, en el caso concreto, por la oscuridad o las contradicciones de las disposiciones positivas" y, agregamos, no cabe, bajo ningún concepto, integrar para castigar.

Y -aunque no haya sido invocado por la sentencia- ¿hasta qué punto puede ser de utilidad el recurso al criterio sistemático de interpretación del artículo 22 del Código Civil? Este precepto dispone que "el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. [ ] Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto". El problema, como lo hemos anunciado, es que una aparente claridad sobre la aptitud gramatical del precepto legal aisladamente considerado para comprender conductas colusivas, pasa a transformarse en una situación confusa luego de incorporar una mirada sistémica. Así, la solución, como también lo hemos señalado, radica no ya en una norma simplemente legal, sino en una de jerarquía mayor y en virtud de un proceso en el que se busca la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del precepto legal impugnado.

**17º.** Con respecto al reconocimiento sobre la existencia de una duda razonable valga la siguiente advertencia: el estándar de convicción probatoria de "más allá de toda duda razonable" tiene una función distinta a aquella en virtud de la cual ha sido utilizada. Dice relación con incertidumbre sobre situaciones fácticas y no sobre el derecho aplicable. Incluso más, un equivocado entendimiento sobre el

<sup>2</sup> CURY, E. (2005): *Derecho Penal. Parte General*. Santiago, Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, p. 200.



particular haría irrelevante cualquier verificación sobre la exigencia de tipicidad de un delito so pretexto de que ante una situación de inseguridad derivada de la falta de taxatividad un juez debiera absolver por no haberse alcanzado el aludido estándar. Cuando la duda subsiste después de concluido el proceso interpretativo, "debe prescindirse de la 'extensión sospechosa para evitar la infracción al nulla poena"<sup>3</sup> y –agregaríamos nosotros- tal situación, en definitiva, puede ser resuelta por aplicación de normas constitucionales.

Asimismo, debe precisarse lo siguiente: (i) la referencia a la "jurisprudencia silente ..." es indicativo del hecho de que prácticamente no ha habido casos sobre los cuales nuestros tribunales hayan dictado sentencia definitiva en la especie; y (ii) la afirmación de que "la doctrina en forma casi unánime desecha ..." puede oscurecer el hecho de que la discusión doctrinaria ha comenzado a tomar forma sólo recientemente, luego que el Ministerio Público accionó penalmente en el caso conocido como la "colusión de las farmacias", que es precisamente aquel sobre el que recayó la sentencia a la que se está haciendo alusión.

**18°.** EN DEFINITIVA, lo que le corresponde hacer a este Tribunal (habiendo sido convocado para resolver el asunto desde una óptica constitucional) es dejar asentado que cuando existe una duda razonable (utilizando las propias palabras de la Corte) sobre si el tipo penal es apto o no para sancionar criminalmente conductas colusorias se configura una situación incompatible con mandato constitucional de determinación y también, consecuentemente, de la exigencia de racionalidad y seguridad jurídica.

#### D.-

#### TUTELA CONSTITUCIONAL DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PENAL

**19°.** Tal como se ha advertido por este Tribunal en múltiples ocasiones, "un argumento recurrente utilizado para rechazar la posibilidad de incompatibilidad con la Constitución de preceptos legales ha sido sostener que el diseño de materias de índole penal pertenece a la esfera exclusiva del legislador. La consecuencia de este tipo de posturas es que este Tribunal sería incompetente para declarar la inaplicabilidad de normas legales, en especial las que establecen delitos y penas. Para este tipo de posiciones, todo sería un tema de política criminal de competencia exclusiva del legislador. No desconocemos que en este tipo de materias el legislador goza de un espacio de maniobra relativamente amplio, pero de ahí a asumir que la actividad legislativa penal está exenta de límites constitucionales es un contrasentido, en especial si se tiene en consideración la naturaleza de esta acción de inaplicabilidad, la cual está dirigida, precisamente, a controlar la constitucionalidad de las leyes en el caso concreto (ver el artículo 93, inciso primero, N° 6° de la Carta Fundamental)" (ver, a modo ilustrativo, STC 2995, c. 17°).

<sup>3</sup> CURY, E. (2005): *Derecho Penal. Parte General*. Santiago, Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, p. 197.



000407  
C/AT/00018/2011 S/10/50

Complementando lo señalado precedentemente, esta Magistratura ha destacado que "[f]rente a la postura de deferencia radical al legislador en materias penales (usualmente englobadas bajo la moldeable expresión "política criminal") subyace una cierta reticencia al reconocimiento de límites formales y sustantivos encarnados en exigencias y prohibiciones de alcance global y que nuestra Constitución reconoce en forma expresa o implícita. Principios tales como los de legalidad (y tipicidad), prohibición de doble valoración (ne bis in ídem), prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal, prohibición de la autoincriminación, aplicación de la ley penal más favorable o, como resulta pertinente en este caso, el de prohibición de desproporción excesiva entre otros, constituyen límites que no pueden ser desconocidos" (STC 2995, c. 17º, énfasis agregado).

20º. Desde luego, éste no sería el primer caso en que se declara la inconstitucionalidad o inaplicabilidad de un tipo penal por vulnerar el principio de determinación, taxatividad o tipicidad. Sin ir más lejos, en el mismo ámbito de la libre competencia esta Magistratura Constitucional, conociendo de un control preventivo de constitucionalidad (STC 286/1999), declaró la inconstitucionalidad del tipo penal de entorpecimiento a una investigación contenido en el artículo 30 A, inciso segundo, del "proyecto de ley que fortalece las atribuciones de la Fiscalía Nacional Económica", por vulnerar lo preceptuado en el artículo 19, Nº 3º, inciso final, de la Constitución, "pues la conducta que proyecta sancionar como delito no cumple con la exigencia de encontrarse expresamente descrita en él".

En efecto, continúa explicando la referida sentencia en su considerando 6º, "la vaguedad e imprecisión con que se encuentra redactado el precepto no se compadece en forma alguna con el principio de certeza jurídica que inspiró al constituyente al disponer la exigencia de tipificar las figuras delictivas y, por el contrario, abre un peligroso espacio al subjetivismo para el intérprete de la norma. La descripción del delito que se hace en ella, sin ninguna otra exigencia o complementación, es extraordinariamente genérica y ello permite que cualquier conducta pueda ser calificada como suficiente para configurar el delito que se propone establecer".

21º. SENTIDO DEL MANDATO DE DETERMINACIÓN (TAXATIVIDAD O TIPICIDAD) DERIVADO DEL ARTÍCULO 19, Nº 3º, INCISO NOVENO, DE LA CONSTITUCIÓN. El diseño del tipo penal, unido a las características del contexto jurídico institucional en materia de libre competencia, da lugar a que la aplicación de la figura legal de estafa (impugnada en autos) para castigar conductas colusorias presente fronteras muy difusas. Aplicado a otro tipo de hipótesis fácticas, el tipo penal podría no revestir problemas desde el punto de vista del mandato de determinación, tipicidad o taxatividad. Se trata de un delito de larga data y que ha tenido un desarrollo jurisprudencial y doctrinario que, aunque no ha estado exento de reparos por su ya elevado grado de imprecisión, proporciona al juez y a los potenciales infractores (al menos respecto de las hipótesis más recurrentes



conocidas por los tribunales) un grado aceptable de orientación acerca de las conductas punibles de las que no lo son.

Éste, sin embargo, no es el caso. Las normas penales sobre fraude o estafa están construidas de una manera que las hace candidatas a presentar en algún momento y circunstancia, como el caso actual sometido a nuestro conocimiento, un defecto constitucional por falta de determinación.<sup>4</sup> Si, como hemos advertido, consideramos el contexto jurídico-institucional, histórico y actual, de la defensa de la libre competencia, la punibilidad de la conducta por la cual el requirente ha sido formalizado probablemente llenaría de dudas e interrogantes a cualquier juez.

Y, si para quien tiene que impartir justicia en casos peculiares como éste, la solución le resulta esquivada por existir ambigüedad sobre la aplicabilidad de los tipos penales impugnados para castigar conductas colusorias, bien podemos imaginarnos, también, el grado de sorpresa o ausencia razonable de previsibilidad que significa para quienes participan como imputados. Y, posiblemente, la incertidumbre se extendería también a otras personas que se pueden ver expuestas y que lo pensarán dos veces antes de, por ejemplo, colaborar en sede administrativa al esclarecimiento de este tipo de ilícitos.

Casos como éste no se ubican en el “centro o núcleo del tipo”, sino en una zona periférica de contornos muy difusos y, por lo mismo, con inconvenientes insuperables para cumplir con estándares constitucionales mínimos. Para tal efecto, es importante entender que, tal como se ha señalado anteriormente por este Tribunal (STC 2530, c. 4º), la función básica de lo que se conoce como mandato de tipicidad, determinación, taxatividad o principio de legalidad sustantiva (todos sinónimos para estos efectos), radica, primero, en la exclusión del libre arbitrio judicial como directriz interpretativa. Al respecto, hay que tener presente que no desconocemos que la falta de completitud relativa de los tipos penales es una realidad y que, en tal sentido, resulta inevitable aquel ejercicio de interpretación que supone la actividad judicial de determinar, caso a caso, si la conducta del imputado se ajusta o no al tipo penal. Pero, una cosa distinta –que es lo que se reprocha– es que el tipo penal –con las herramientas hermenéuticas tradicionales– dé lugar a cualquier tipo de “interpretación” frente a la disyuntiva sobre su aplicabilidad o no.

---

<sup>4</sup> Laura MAYER, en el informe de su autoría agregado al expediente de esta causa a fojas 332 y ss., afirma que “la técnica legislativa utilizada en esta materia se caracteriza por combinar dos instrumentos técnico-legislativos que, según la forma que adopten, pueden originar afectaciones del principio de taxatividad. Tales instrumentos son, por una parte, el uso de cláusulas generales y, por otra parte, el empleo de catálogos casuísticos para la descripción del comportamiento incriminado. En el mismo sentido, CABRERA y CONTRERAS señalan que “[s]in embargo, las exigencias del mandato de determinación de una ley penal, aconsejan la adopción de una mejor técnica legislativa, que adopte una definición de la estafa en el texto legal, lo que otorga mayores certezas en la reconstrucción dogmática del tipo” (CABRERA, Jorge y CONTRERAS, Marcos (2009): “El engaño típicamente relevante a título de estafa, modelo dogmático y análisis jurisprudencial”. Santiago, Chile: Editorial Legal Publishing, p. 15.

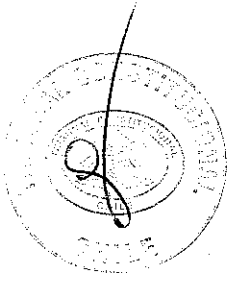


La segunda función del mandato de determinación reside en la previsibilidad que merecen aquellos que pueden verse sometidos a una de las expresiones más fuertes del Derecho, como lo es la imposición de una sanción penal privativa de libertad. Sobre esta materia, este Tribunal ha ido desarrollando una línea jurisprudencial en la que con diferentes enunciados se apunta a la misma idea de previsibilidad o seguridad jurídica. Así, por ejemplo, podemos identificar expresiones como las siguientes: a) (...) de manera que los sujetos imperados por ella tengan una suficiente noticia previa acerca de la conducta que les resultará exigible. (STC 479 c. 25) (En el mismo sentido, STC 2738 cc. 4 y 5, STC 2744 c. 6, STC 2953 c. 8); b) (...) garantizándose así el principio constitucional de seguridad jurídica y haciendo realidad, junto a la exigencia de una ley previa, la de una ley cierta. [STC 244 c. 10] [En el mismo sentido, STC 480 c. 5, STC 2666 c. 27, STC 2744 c. 29, STC 2953 c. 28]; c) (...) tampoco dejándolo tan vago que el intérprete desconozca a qué se aplica o si no se aplica. [STC 306 c. 8] [En el mismo sentido, STC 1973 c. 10, STC 2758 c. 11, STC 2773 c. 10]; d) (...) necesidad de que los ciudadanos conozcan el alcance de la amenaza penal y sobre todo sepan cuál es el ámbito de las conductas prohibidas, exige la existencia previa de la delimitación de las conductas prohibidas, así como de las amenazas penales que su verificación ha de comportar [STC 2953, c. 28°]; etcétera.

E.-

## ORIGEN Y MANIFESTACIÓN DE LA INSEGURIDAD

### 1) Evolución histórica de la punibilidad de las conductas colusorias en Chile



22°. Citando las palabras de la Presidenta de la República contenidas en el Mensaje que dio origen a la Ley N° 20.945 de 2016, la que modificó el D.L. N° 211, de 1973 (que fija normas para la defensa de libre competencia), la evolución histórica de la punibilidad de los atentados a la libre competencia y, en especial, de conductas colusorias, ha sido la siguiente:

“En Chile, la Ley de Defensa de la Libre Competencia contempló desde el año 1959 al año 2003 la sanción de presidio menor en cualquiera de sus grados (61 días a 5 años) respecto de quienes atentaran en contra de la libre competencia. Esta sanción nunca se aplicó producto de la ausencia de una cabal conciencia acerca de la gravedad de estos ilícitos, así como de la falta de una institucionalidad adecuada para hacer frente a casos de alta complejidad y, finalmente, fue derogada en el año 2003 por la ley N° 19.911.

Al proponer la derogación de las normas que planteaban una faz criminal para los ilícitos anticompetitivos, el mensaje presidencial que inició la tramitación del proyecto de ley que culminó en la dictación de la ley N° 19.911 dio como razones para la eliminación del carácter penal: de una parte, la falta de especificación de las conductas anticompetitivas, lo cual no cumpliría con los estándares exigidos por el artículo 19 N° 3 de la



Constitución Política de la República; y de otra, la estimación de que la criminalización no habría sido idónea para disuadir las conductas contra la libre competencia.

Sin embargo, a más de 10 años de la referida derogación, es posible constatar la necesidad y legitimidad de volver a criminalizar conductas anticompetitivas, esta vez únicamente limitado a la colusión y, particularmente, a aquellos casos que en el derecho de la competencia se consideran como carteles duros. Como se señaló, este tipo de conductas son manifiestamente anticompetitivas y, de esta manera, son los únicos comportamientos en el derecho de la competencia en los que es posible generar una convicción más allá de toda duda razonable en cuanto a que se cometió el hecho punible objeto de la acusación y que en él correspondió al acusado una participación culpable y penada por la ley.

Asimismo, la consagración de un tipo específico de colusión en el Código Penal como el que se propone en esta iniciativa asegurará el cumplimiento de los estándares contemplados en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República.

Durante los últimos años, la sociedad chilena ha podido tomar conciencia acerca del inmenso daño que la colusión causa a los mercados y a los agentes económicos que actúan en ellos, en especial los consumidores. En efecto, se trata de conductas que no sólo generan efectos patrimoniales adversos de inmensa magnitud para las víctimas, sino que además defraudan la confianza de los chilenos en la economía de mercado. En ese contexto, no resulta justificable que conductas que tienen una significación económica y disvalor social sustancialmente menores que los carteles duros sean tipificadas como delitos penales, mientras que la colusión no lo sea”.

## **2) Efectos sistémicos negativos. La persecución penal de la colusión a través de tipos penales más generales y de larga data genera efectos que van más allá del ámbito puramente criminal**

23°. En julio de 2012, la COMISIÓN ASESORA PRESIDENCIAL PARA LA DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA evacuó un informe en el que advertía que “tanto la [opción a favor del establecimiento de sanciones penales como la contraria a la criminalización], se encuentran con el obstáculo que plantea el ordenamiento jurídico chileno actual, donde el tipo penal está de facto presente en la legislación de defensa de la competencia, a través de la aplicación del artículo n° 285 del Código Penal. Esta figura genera una importante incertidumbre con respecto a cuáles serán las sanciones asociadas a las conductas lesivas a la competencia, al tiempo que hace ineficaz una herramienta esencial para la detección de carteles, como es la delación compensada. Además, la presencia de la disposición mencionada conspira contra el éxito del mecanismo de delación compensada, como herramienta para detectar carteles” (p. 5). Por lo mismo, dicho informe señaló que “se produjo un importante grado de coincidencia entre los miembros de



000409  
CUATROCIENTOS NUEVE

la Comisión en cuanto a la conveniencia de derogar – o modificar- los mencionados artículos del Código Penal. Ello de modo de excluir de este ámbito los temas de libre competencia, para los que se ha diseñado un conjunto de organismos especializados, de un modo acorde con la complejidad de los problemas y situaciones que caen en dicha esfera. Adicionalmente, los conceptos que utilizan los artículos mencionados del Código Penal son imprecisos en términos de su contrapartida económica, lo que plantea un riesgo considerable de uso inadecuado de los mismos” (p. 16 -énfasis agregado).

24°. El TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, en palabras de su Presidente, ha sido muy directo y transparente para abordar la problemática. Así, pues, ya en la Cuenta Pública de 2013 advertía que “[s]i bien en general se reconocen las grandes virtudes que tiene nuestro sistema, se han detectado algunos problemas puntuales que complican en alguna medida el funcionamiento de los organismos de defensa de la libre competencia. El principal de los mismos es el de la persecución penal en casos de colusión, en circunstancias que el legislador, al dictar la Ley 19.911, que creó este Tribunal, expresamente decidió despenalizar dicha conducta, la que, como ustedes saben, antes de ello tenía una sanción penal regulada en el propio DL 211. Así lo dice el mensaje del proyecto y así lo dice la norma legal. Sin embargo, a partir del caso Farmacias, el Ministerio Público inició una investigación criminal, aplicando a la colusión, por primera vez en más de un siglo, el antiguo artículo 285 del Código Penal, norma legal más antigua que la más antigua legislación de defensa de la libre competencia existente en el mundo, la ley Sherman, de USA, que data de 1890. Luego ha iniciado diversas investigaciones por el supuesto delito de colusión, basado en dicha antigua norma legal. Al respecto, se ha producido una interesante discusión doctrinal acerca de la aplicabilidad de la norma citada al ilícito de colusión, que no corresponde analizar en esta oportunidad. Sin embargo, el hecho de que esta discusión no haya sido zanjada por la jurisprudencia ni tampoco por el legislador sin duda ha producido incertidumbre y ha implicado evidentes problemas al funcionamiento de nuestra institucionalidad antimonopolios: 1.- Ha convertido en una herramienta ineficaz el mecanismo de delación compensada, que en el resto del mundo ha producido tan buenos frutos en la lucha contra los carteles. 2.- Ha dificultado en esta sede la prueba del ilícito de colusión, al hacer más improbable la cooperación de quienes podrían verse implicados en una posterior persecución penal. 3.- Puede dar lugar a la existencia de procedimientos paralelos y de eventuales sentencias contradictorias por unos mismos hechos”.

Dos años más tarde, en la Cuenta Pública de 2015, dicho tribunal especializado explicita nuevamente la aprensión, pero agregando un elemento de juicio nuevo que está en línea con lo que se ha estado afirmando en este voto disidente: “el establecimiento en nuestro derecho, y con nuestro sistema institucional de reciente data, de sanciones penales al ilícito de colusión en forma paralela a su sanción en sede de libre competencia, podría traer aparejados diversos problemas jurídicos y prácticos (...) Lo anterior no implica desconocer que la



sanción penal, cuando se tiene un sistema institucional diseñado para que ella exista, constituye un mecanismo importante de disuasión, y que ha sido utilizado con éxito en otras jurisdicciones que tienen tal institucionalidad, como es el caso de los Estados Unidos de Norteamérica” (énfasis agregado).

**25°.** LA INTRODUCCIÓN DEL TIPO PENAL DE COLUSIÓN POR LA LEY Nº 20.945 DE 2016 TUVO UNA ESPECIAL CONSIDERACIÓN POR SUS EFECTOS EN EL SISTEMA GENERAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE.

La introducción del nuevo delito de colusión no se ha reducido a la mera consagración de un tipo penal, sino que ha venido acompañado de una detallada normativa procedimental que es considerada como una parte que se incrusta coherentemente dentro un sistema general e integral de defensa de la libre competencia. Así es como, en palabras del mismo Fiscal Nacional Económico de la época, “[e]l legislador optó por la secuencialidad en la persecución contravencional y penal para evitar juicios paralelos. A su vez, considerando que no necesariamente todos los casos de colusión sancionados en sede contravencional debían ser perseguidos penalmente, condicionó el inicio de la investigación criminal a la interposición de una querrela. Por último, entregó la facultad, y en algunos casos el deber, de formular esa querrela a la FNE, consignando que se trata de la institución en mejor posición para evaluar qué acuerdos comprometen más intensamente la libre competencia en los mercados, y en qué casos la persecución penal es el mecanismo más eficaz para reafirmar la vigencia de las normas que la protegen”.<sup>5</sup>

En concordancia con la necesidad de transparencia y mayores niveles de certidumbre, la FNE dictó la Guía Interna para la Interposición de Querellas por el Delito de Colusión, la cual entrega criterios orientadores para identificar caso a caso, cuáles acuerdos por sus características, extensión, efectos, naturaleza de las intervenciones personales y plausibilidad de éxito, deben ser llevados al mundo penal, a fin que dicha reacción aparezca como necesaria, proporcional y compatible con el cumplimiento a cabalidad de los objetivos que mandata el DL 211.

Finalmente, teniendo consciencia de la importancia de no perjudicar el instrumento de la delación compensada y en consonancia con la garantía que al respecto establece el artículo 63 del D.L. Nº 211,<sup>6</sup> dicho Fiscal ha señalado que “es prioritario dar garantías a aquellas personas jurídicas y naturales que seriamente y de buena fe pretendan acceder a beneficios de delación compensada. La Fiscalía

---

<sup>5</sup> Fiscalía Nacional Económica (2018): “Guía Interna para la Interposición de Querellas por el Delito de Colusión”, p. 1.

<sup>6</sup> Artículo 63.- “Estarán exentos de responsabilidad penal por el delito tipificado en el artículo 62 aquellas personas que primero hayan aportado a la Fiscalía Nacional Económica antecedentes de conformidad al artículo 39 bis”.

asume como un deber orientarlas y poner a su disposición contrapartes técnicas competentes, que den resguardo a la confidencialidad de su información sensible”<sup>7</sup>.

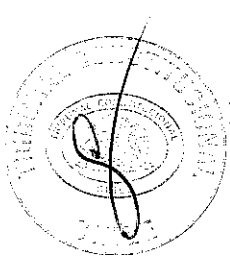
F.-

**LA EXPERIENCIA ALEMANA Y LA SOLUCIÓN CONSTITUCIONAL EN EL REINO UNIDO (EL CASO NORRIS)**

**26°.** *EL CASO ALEMÁN.* De acuerdo a lo señalado por Florian WAGNER VON PAPP,<sup>8</sup> desde el 12 de febrero de 1947 hasta el 31 de diciembre de 1957, los cárteles constituían delitos en virtud de las leyes antimonopolios de los Aliados. Posteriormente, en 1958, la Ley contra la Restricción de la Competencia (ARC) despenalizó la legislación antimonopolios, lo cual duró hasta los años 90, década en la que dos eventos cambiaron la situación:

(i) En 1992, después de un período de vacilación, las cortes mostraron apertura a sancionar penalmente la colusión en licitaciones a través de la aplicación del delito general de estafa contemplado en el artículo 263 del Código Penal Alemán (StGB).<sup>9</sup> Esto ocurrió, específicamente, en el caso *Rheinausbau I*.<sup>10</sup>

(ii) Ante las complejidades probatorias derivadas de la aplicación del artículo 263, en 1997, el legislador introdujo en el mismo código el delito específico de manipulación de ofertas en procesos de licitación (*Bid Rigging*), tipificado en el artículo 298.<sup>11-12</sup>



<sup>7</sup> Discurso de Inauguración a la “Conferencia Internacional sobre Desarrollos Recientes y Tendencias en Derecho de la Competencia: Evaluando las Herramientas de Lucha contra los Carteles”. Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 3 de abril de 2018.

<sup>8</sup> WAGNER-VON PAPP, F. (2010): “Criminal antitrust law enforcement in Germany: ‘The whole point is lost if you keep it a secret! Why didn’t you tell the world, eh?’ “. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1584887>, pp. 5-6.

<sup>9</sup> Artículo 263(1): “Quien con la intención de obtener para sí o para un tercero una ventaja patrimonial antijurídica, lesione el patrimonio de otra persona, ocasionando o manteniendo un error a través de la representación de hechos falsos o la alteración u ocultación de hechos verdaderos, será castigado con pena privativa de libertad hasta cinco años o con multa.” [traducción extraída de TIEDEMANN, K. (2012): Manual de Derecho Penal Económico. Parte Especial. Arequipa, Perú: Grijley].

<sup>10</sup> Este caso dice relación con una licitación pública para la construcción de un canal de navegación en el Rin entre San Goar y Kestert.

<sup>11</sup> Artículo 298.- “Acuerdos restrictivos de la competencia en subastas públicas. (1) Quien en una subasta realiza una oferta proveniente de un acuerdo antijurídico con el fin de motivar al convocante a aceptar una determinada oferta será castigado con pena privativa de libertad de hasta 5 años o con multa. (2) A las subastas en el sentido del párrafo primero se equipara la adjudicación de un encargo tras la realización de un procedimiento competitivo entre los participantes. (3) No será sancionado de acuerdo con el párrafo primero, incluyendo los casos del párrafo segundo, quien voluntariamente impida que el convocante acepte la oferta o realice su contraprestación. Si la oferta o la contraprestación no se aceptan por causas distintas a la actuación del autor, no será castigado cuando voluntariamente y seriamente se esfuerza para impedir la aceptación de la oferta o la prestación.” [traducción extraída de TIEDEMANN, K. (2012): Manual de Derecho Penal Económico. Parte Especial. Arequipa, Perú: Grijley].

<sup>12</sup> Otras manifestaciones de conductas colusorias no se encuentran criminalizadas.



Debe tenerse en consideración que en Alemania la persecución penal es imperativa (el principio de oportunidad no tiene consagración legal) y las disposiciones que otorgan inmunidad penal son miradas con profunda sospecha. Este fenómeno ha sido atribuido a la tradición kantiana alemana, la que es recelosa de argumentos de corte utilitario.<sup>33</sup>

Por último, hay que tener presente que –de acuerdo a la información a la que se ha podido acceder- la aplicación del tipo penal general de estafa para conductas colusorias en procesos de licitación nunca ha sido objeto de revisión por parte del Tribunal Constitucional Alemán.

**27º. LA SOLUCIÓN CONSTITUCIONAL EN EL REINO UNIDO (EL CASO NORRIS).**<sup>34</sup> A diferencia de lo ocurrido en Alemania, en donde no ha llegado a discutirse el tema desde una perspectiva de derechos fundamentales, la jurisprudencia más significativa para la tesis propuesta en el presente voto es el caso Norris. Se trata de una causa en el que la Corte, conociendo de un caso de extradición solicitada por EE.UU. al Reino Unido –en el que para su procedencia se requería que la conducta se encontrara sancionada penalmente en el Estado requerido- rechazó la idea de que una conducta colusoria se entendiera estar sancionada por aplicación del tipo penal general de fraude.

A continuación transcribimos pasajes del fallo que son ilustrativos de cómo se ha razonado desde una perspectiva anclada en los derechos fundamentales (por aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos):

“52. El análisis previo de la jurisprudencia, la legislación, las observaciones ministeriales y otras observaciones oficiales parecen establecer, sin más, que nunca ha existido un delito de fijación de precios en el derecho común (*common law*). Además, el material también sirve para demostrar que sería incorrecto en principio que cualquier tribunal ahora sostenga que existe o que existió, al momento de los hechos denunciados en el punto 1, un delito de derecho común.

53. En *R v Rimmington* [2006] 1 AC 459, párrafo 33, Lord Bingham de Cornhill dijo que había dos ‘principios rectores’ relevantes en ese caso, a saber: ‘nadie debe ser castigado bajo una ley a menos que sea lo suficientemente clara y cierta para permitirle saber qué conducta está prohibida antes que la cometa; y nadie debe ser castigado por un acto que no sea clara y ciertamente punible cuando el acto fue cometido’.

[...] [E]sos principios son ‘totalmente compatibles con el artículo 7(1) de la Convención Europea’. En el párrafo 35, él cita una serie de decisiones del Tribunal de Estrasburgo sobre el tema, que establecieron que, si bien ‘la certeza absoluta es inalcanzable y podría implicar una rigidez excesiva’, y

<sup>33</sup> WAGNER-VON PAPP, F. (2010), loc.cit., p.15.

<sup>34</sup> House of Lords – *Norris v. Government of the United States of America* [2008] UKHL 16; [2008] AC 920.



000411  
C/STO C/STOS ONOS.-

que 'cierto grado de vaguedad es inevitable', particularmente en los sistemas de derecho común, 'la función legislativa de los tribunales debe permanecer dentro de límites razonables'.

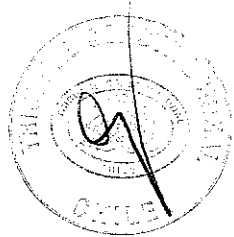
54. En *R v Jones (Margaret)* [2007] 1 AC 136, Lord Bingham profundizó un poco más en el asunto cuando identificó, en el párrafo 29 'lo que se ha convertido en un importante principio democrático en este país: que aquellos que representan a las personas del país en el Parlamento, no el ejecutivo y no los jueces, decidan qué conducta debe tratarse como fuera de los límites de lo que es aceptable en nuestra sociedad como para implicar sanciones penales. Uno necesitaría razones muy convincentes para apartarse de ese principio'. Lord Hoffmann dice lo mismo en el párrafo 6o.

55. [...] Considerando el asunto en la década de 1990, el período cubierto por el punto 1, el mensaje coherente transmitido tanto por el Parlamento, a través de la legislación promulgada entre 1948 y 1976, como por el poder judicial, a través de casos decididos desde 1875 hasta 1984, fue que la fijación de precios no era en sí misma capaz de constituir un delito. Este mensaje fue reforzado por declaraciones ministeriales, incluso en este siglo, y en los textos de estudio. No hubo ningún caso reportado, y de hecho pareciera que tampoco casos no reportados, ningún texto de estudio, ningún artículo que sugiera lo contrario. Además, la legislación indicaba que el funcionamiento de una colusión era una materia de regulación, y los casos indicaban que ni siquiera constituía un ilícito civil.

56. En estas circunstancias, parece implicar una contravención de los principios articulados en *Rimington* sostener que la celebración o el funcionamiento de un acuerdo de fijación de precios ha constituido, durante la totalidad o una parte del siglo XX, un delito para el derecho común.

57. El argumento alternativo en contra del Sr. Norris es que, incluso aceptando que operar un cartel de fijación de precios no constituía un delito durante gran parte del siglo XX, la percepción pública había cambiado a fines de los años 80 como para justificar una posición contraria. [... En respuesta, la Corte razonó que] incluso si hubiera habido un cambio de percepción identificable, por ejemplo, en 1985, habría correspondido al poder legislativo, y no a los tribunales, decidir si, y de ser así, en qué medida, criminalizar la fijación de precios. [...] En cualquier caso, criminalizar la fijación de precios debido a un cambio en la percepción pública sería difícil de conciliar con el rechazo del Tribunal de Estrasburgo a la noción de que los tribunales podrían caracterizar una acción como criminal simplemente porque es 'errónea, en lugar de acertada, de acuerdo al juicio de la mayoría de los ciudadanos contemporáneos' - ver *Hashman y Harrup v. Reino Unido* (1999) 30 EHRR 241, párr. 38.

62. Por todas las razones expuestas en las secciones (1), (2) y (3) anteriores, el Comité concluye que la mera fijación de precios (es decir, la celebración e





implementación de un acuerdo de fijación de precios sin características agravantes) no fue, en cualquier momento relevante para el punto 1, un delito penal en el Reino Unido. En consecuencia, la apelación del Sr. Norris en relación con este recuento debe permitirse y la orden del juez debe ser anulada”.<sup>35</sup>

G.-

### LA SOLUCIÓN CONSTITUCIONAL EN CHILE

**1) Reconocimiento por este TRIBUNAL CONSTITUCIONAL de la importancia del contexto jurídico institucional, de la racionalidad sistémica y, en definitiva, de la seguridad jurídica de los actores del sistema de protección de la libre competencia**

**28°.** La STC 2934 en virtud de la cual se dirimió una contienda de competencia entre el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y el Ministerio Público confirma el carácter sistémico y especial de la legislación de protección de la libre competencia y lo hace en base a consideraciones de alcance constitucional, destacando de paso el valor de la seguridad jurídica.

Las expresiones utilizadas por este Tribunal son ilustrativas a este respecto. Por ejemplo, en el considerando 7° se utiliza la expresión “sistema de protección de la libre competencia”, así como “marco regulatorio coherente”. En el considerando 8° se señala que “el DL N° 211, de 1973, contiene un todo orgánico cuyo objeto es promover y defender, precisamente, la libre competencia en los mercados” (énfasis agregado).

Destacando la interrelación e impacto que lo obrado en sede penal puede tener en sede administrativa dentro de la institucionalidad y legislación específica de libre competencia, el mencionado fallo reconoce que “[l]a experiencia práctica de los últimos años lleva a concluir a este Tribunal que la institución de la delación compensada y otras técnicas de indagación especiales, contempladas en el DL N° 211, de 1973, han sido esenciales para llegar a conocer y esclarecer actos de colusión en los mercados que alteran significativamente el precio de algún producto o servicio” (c. 8°, énfasis agregado).

La contienda de competencia entre el TDLC y el Ministerio Público exigía determinar cuál de los dos organismos tenía la prerrogativa en cuanto al manejo de la información obtenida con ocasión de la persecución de un ilícito de libre competencia. No estaba en juego la determinación acerca de la viabilidad constitucional de una persecución y sanción penal concurrente con una desarrollada en el ámbito de la legislación especial de libre competencia. El conflicto se refería sólo a un aspecto muy específico en el que las funciones de ambas entidades colisionaban. Es en este sentido que debe entenderse la

<sup>35</sup> Traducción libre del redactor de este voto disidente.



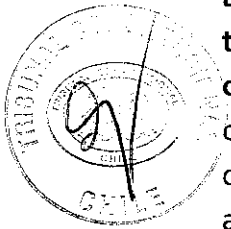


000412

CUATRO CIENTOS DOCE -

afirmación general de que "el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia deberá seguir conociendo la causa Rol C 299-15, con las atribuciones y en la forma que prescribe exclusivamente el DL N° 211, de 1973, y, por su parte, el Ministerio Público podrá seguir investigando la posible comisión de ilícitos penales, en relación con la supuesta colusión en los precios de los productos elaborados por las empresas CMPC Tissue S.A. y SCA Chile S.A., generando con su actividad persecutora la prueba pertinente que determine eventuales hechos punibles y los responsables de los mismos, respetando la esfera de competencia del tribunal que ha promovido la presente contienda de competencia" (c. 13°). Es por lo mismo que, en el considerando siguiente, esta Magistratura sostiene de una manera más precisa que la aplicación "del artículo 19 del Código Procesal Penal en virtud del cual el Ministerio Público ha comparecido ante la Corte de Apelaciones de San Miguel, [y que dispone que] 'todas las autoridades y órganos del Estado deberán realizar las diligencias y proporcionar, sin demora, la información que les requirieren el ministerio público y los tribunales con competencia penal' [... debe entenderse] con las limitaciones que la ley respectiva [el D.L. N° 211] establezca al órgano jurisdiccional o administrativo, en orden a preservar las atribuciones y prerrogativas de la entidad requerida" (c. 14°).

En la mencionada STC 2934 se confirma que la protección de defensa de la libre competencia se desarrolla en un sistema, que exige coherencia y que es sensible a interferencias derivadas de actuaciones penales, las cuales, en otros ámbitos, pueden no revestir riesgo o problema alguno. Pero no sólo eso, el fallo también alude al valor constitucional de la seguridad jurídica, lo cual resulta concordante con la visión expresada en el presente voto disidente. En dicha causa, el deseo del Ministerio Público de acceder a información declarada como confidencial por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia constituía una alteración negativa al sistema de protección aludido. En efecto, este Tribunal Constitucional declaró que "podría afectar significativamente [ ... ] la eficacia de las investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica, de tal manera que si se entregaren a terceros se produciría un resultado impredecible, originándose una potencial ineficacia de la delación compensada, contemplada en el estatuto jurídico de defensa de la libre competencia, afectándose, un valor fundamental como lo es la seguridad jurídica, la que forma parte de los elementos propios de un Estado de Derecho, y que como recuerda el profesor Franck Moderne, implica en lo esencial dos grandes aspectos 'una estabilidad razonable de las situaciones jurídicas y un acceso correcto al derecho' (Frank Moderne. "Principios Generales del Derecho Público". Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, pág. 225), (STC 1144 C.53), institución que tiene el deber de "proporcionar seguridad al individuo en el sentido de que en todo momento sepa con entera claridad hasta donde llega su esfera de actuación jurídica y dónde empieza la de los demás; que conozca con plena certeza a lo que le compromete una declaración de voluntad y, en general, las consecuencias de cualquier acto que él o los otros realicen en la órbita del Derecho; que pueda prever con absoluta certidumbre los resultados de la aplicación de una norma ... "" (c. 15°, énfasis agregado).





2) La compleja búsqueda de soluciones no constitucionales para afirmar que la legislación especial de defensa de la libre competencia es el único régimen legal aplicable a los ilícitos colusivos.

29°. Los informes en derecho acompañados en la causa penal recaída en la llamada “colusión de las farmacias” nos proporcionan una interesante oportunidad para entender diversas maneras de argumentar a favor de la no aplicación de figuras delictivas del Código Penal para sancionar penalmente ilícitos de libre competencia. Si bien en la causa recién referida se pretendía aplicar el tipo penal del artículo 285, parte del razonamiento es igualmente aplicable al delito contemplado en el artículo 468. En efecto, la argumentación que aquí interesa es aquella desplegada partiendo incluso del supuesto de que la conducta colusoria sí es subsumible en el tipo penal. En palabras de uno de los informantes en derecho “[a]un cuando se considere que el acuerdo de precios entre competidores es un comportamiento típico conforme al Art. 285 del Código Penal, debe concluirse que esa norma es inaplicable a los hechos actualmente constitutivos de ilícito monopólico conforme al Art. 3° del Decreto Ley 211”.<sup>16</sup>

30°. Resulta interesante constatar, asimismo, que en el informe en derecho antes aludido y que, en lo sucesivo, nos servirá de referencia para ilustrar ciertos puntos, se advierte expresamente que la dimensión constitucional no será objeto de análisis. Sea o no dicha restricción el reflejo de una determinada preferencia jurídico-política del autor, lo cierto es que la argumentación proporcionada resulta afín a una susceptible de ser desarrollada a partir de disposiciones constitucionales que garantizan derechos.

A modo de ejemplo, se sostiene que tanto una aplicación *sucesiva* como una *concurrente* de las normas del D.L. 211 y de las disposiciones del Código Penal y Procesal Penal producirían una evidente o grave disfuncionalidad, lo cual bien puede asociarse a la exigencia de racionalidad procedimental promovida por nuestra Carta Fundamental. Transcribimos, a continuación, algunos pasajes del Informe en los que se utiliza el argumento de la disfuncionalidad:

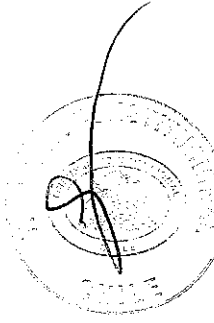
“La primera razón a favor de esa consideración se encuentra en la evidente disfuncionalidad que ocasionaría la aplicación **sucesiva** de las normas sancionatorias administrativas y sus reglas especiales de adjudicación y las normas penales y sus reglas generales de adjudicación. En efecto [...] si, conforme a la práctica que el Ministerio Público pretende instaurar, se implementara primero la prosecución administrativa, *se haría inoperativa la delación compensada* introducida por la Ley 20.36131, pues el beneficio ofrecido a cambio de la información obtenida no podría abarcar la imposición, determinación o ejecución de la pena privativa de libertad a imponer conforme al Art. 285 CP” (pp. 19-20, énfasis agregado).

<sup>16</sup> BASCUÑÁN, A. (2012): “Inaplicabilidad del art. 285 del código penal al acuerdo de precios entre competidores que constituye el ilícito monopólico conforme al art. 3° del Decreto Ley 211”, *Informe en Derecho*, p.6.

“La aplicación **concurrente** del Art. 285 CP sería gravemente disfuncional a la realización de las finalidades perseguidas por la regulación antimonopólica (§ 2.7) y constituiría una infracción a la prohibición de exceso derivada del principio de proporcionalidad (§ 2-8 y-9). Esto último se debe a que las Leyes 19.911 y 20.631 expresaron inequívocamente que todo *el merecimiento y/o la necesidad de pena* de los acuerdos de precios se encuentran satisfechos por la particular intensidad del régimen sancionatorio administrativo aplicable” (pp. 58-59, énfasis agregado).

**31°.** Ya hemos afirmado que la disposición constitucional establecida en el artículo 19, N° 3°, inciso sexto (complementada por la del inciso final del mismo numeral y la del N° 26° del artículo 19) constituye la norma jurídica naturalmente idónea para sustentar la disfuncionalidad recién identificada (y sobre la cual se ha argumentado -por medio de expresiones análogas- a lo largo de las consideraciones del presente voto disidente).

En contraste, hemos señalado que las normas legales interpretativas del Código Civil constituyen una opción posible, pero jurídicamente forzada para fundamentar por qué no debieran aplicarse las normas penales para castigar conductas colusorias (en consideración al marco jurídico - fáctico del caso concreto).



En el Informe recién citado, su autor parece reconocer que existe alguna dificultad formal derivada de la ausencia de una norma de jerarquía legal que con claridad respalde la inaplicabilidad del tipo penal común, no obstante su aptitud -bajo un criterio gramatical o literal- para comprender ilícitos colusorios. La solución dice encontrarla en el artículo 1°, inciso segundo, del D.L. N° 211, el cual dispone que “[l]os atentados contra la libre competencia en las actividades económicas serán corregidos, prohibidos o reprimidos en la forma y con las sanciones previstas en esa ley”.<sup>47</sup>

H.-

#### CONCLUSIÓN. EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DEBE ACOGERSE

**32°.** La pregunta de relevancia constitucional planteada al inicio era la siguiente: *¿es el tipo penal de fraude o estafa descrito en el artículo 468 y cuya sanción se contempla en el inciso final del artículo 467 del Código Penal apto para juzgar una conducta colusoria, desde la perspectiva del principio constitucional de determinación y de racionalidad y justicia procedimental?*

<sup>47</sup> La cita textual es la siguiente: “Finalmente, para resolver la dificultad formal que podría revestir la falta de apoyo en alguna disposición legal para la decisión interpretativa sobre el Art. 285 CP que sostiene su inaplicabilidad a un caso que no obstante se considera subsumible bajo su sentido literal posible, cabe observar que ese apoyo institucional existe. La aplicación preferente y exclusiva de la regulación antimonopólica a los hechos constitutivos de ilícito monopólico puede ser entendida como uno de los desempeños prácticos del inciso segundo del Art. 1° DL 211” (BASCUNÁN, 2012, p.24).



33°. Una conducta colusoria ejecutada en procesos de licitación por parte de quienes concurren a participar en éstas sí es posible ser subsumida en el artículo 468 al amparo de la literalidad legal de dicho tipo penal. Pero, esto es así porque el tipo penal está redactado en términos imprecisos. Luego, si al carácter poco determinado con que está redactado el precepto que establece el delito se agrega la dificultad que genera *la existencia de una regulación legal e institucional especial*, de trayectoria cambiante y muy sensible a interferencias por aplicación de otros cuerpos normativos, se llega a la conclusión de que el juzgamiento por tribunales ordinarios en base a figuras delictivas generales o comunes da lugar a una situación constitucionalmente problemática en cuanto a la racionalidad del sistema o procedimiento de protección de la libre competencia y respecto de la incertidumbre que enfrentan los sujetos (como el requirente) y los mismos jueces.

Así, como lo señala Roxin, en ocasiones puede ocurrir que “un hecho especialmente refinado y socialmente dañoso, claramente merecedor de pena, quede sin castigo, pero éste es el precio (no demasiado alto) que el legislador debe pagar para que los ciudadanos estén a cubierto de la arbitrariedad y dispongan de la seguridad jurídica (esto es, que sea previsible la intervención de la fuerza penal del Estado)”.<sup>18</sup>

34°. Los Ministros que suscriben el presente voto disidente concluyen que el requerimiento de autos debe acogerse por las consideraciones expresadas precedentemente, sin que sea necesario extender el análisis a vicios y argumentaciones adicionales, conforme a la doctrina sustentada por este mismo Tribunal en sentencias pasadas (ver, por ejemplo, STC 2320, c. 19°).

**El Ministro señor Nelson Pozo Silva estuvo por acoger el requerimiento deducido a fojas 1, sólo por las siguientes razones:**

#### **I.- MANDATO DE DETERMINACIÓN**

1°. Que el mandato de determinación se encuentra en una posición privilegiada dentro de nuestro sistema normativo al estar recogido por el artículo 19, N° 3, inciso final, de la Constitución, y por tratarse – en la doctrina y jurisprudencia – de un principio fundamental del Derecho penal. A pesar de ello en la aplicación al caso concreto en materia criminal tal concepto o disposición el efecto no parece estar tan claro (Heinitz, E. y Hirsch, como también Lackner/Kühl). De este modo son escasas las ocasiones en que los Tribunales Constitucionales han

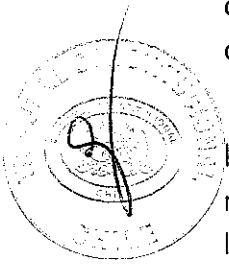
<sup>18</sup> ROXIN, C. (1997): *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I Grundlagen der Aufbau der Verbrechenlehre*. 3ª edición, Munich, p. 96, citado por MATUS, J.P. (2013): “De nuevo sobre la falta de punibilidad de los atentados contra la libre competencia de conformidad con el Art. 285 del Código Penal. Algunos aspectos de la discusión con Héctor Hernández en *Política Criminal*”. Polit. Crim. Vol. 8, N° 15, p.343.

declarado la inconstitucionalidad de una disposición penal por su indeterminación, a pesar de haberse encontrado frente a preceptos de cuya inconstitucionalidad apenas cabía dudar. En concreto, el criterio ha sido declarar como válidas y compatibles con el principio de legalidad expresiones como "pudor" "moral", "buenas costumbres" y "decencia pública" (Irene Navarro Frías, en "Mandato de determinación y tipicidad penal", Ed. Comares, Granada, 2010, p.17).

A pesar de lo anterior, la crítica a los Tribunales Constitucionales por su actitud frente al mandato de determinación ha significado otorgar una carta blanca al legislador en estas materias (opinión de Schünemann y Tiedemann), fundado que la omisión en esta falta de deducción de contenidos concretos del mandato de determinación y la indecisión de la jurisprudencia en el tratamiento del aspecto material del principio de legalidad ha llevado a que se cuestione la determinación de la propia idea de "**determinación**", llegándose a parafrasear que la idea de determinación es en sí misma un concepto indeterminado;

2º. Que junto a lo expuesto, el análisis de las exigencias del mandato de determinación debe ser la declaración recogida en una sentencia del Tribunal Constitucional español acerca de que "el legislador debe hacer el máximo esfuerzo posible para la definición de los tipos penales, promulgando las normas concretas, precisas, claras e inteligibles" (STC español 62/1982, 151/1997);

3º. Que el criterio que se ha seguido es delimitar negativamente el mandato de determinación, para lo cual se ha recurrido a la admisión de conceptos jurídicos y determinados, ante lo cual se justifica una relativización del mandato de determinación que necesariamente afecta el bien jurídico de que se trata;



4º. Que profundizando el tema de la taxatividad se plantea el problema que la noción de certeza en aquellas normas indeterminadas requerirán, necesariamente, un precepto que los complemente, con lo cual se admitiría que el legislador no hizo el máximo esfuerzo posible en la definición del tipo penal, lo que en definitiva hace es operar en un sentido excesivamente vago o general, a los que ni siquiera se vincula en forma estricta, lo que dificulta que se pueda hablar de un auténtico control de la determinación de los preceptos penales por parte de los Tribunales Constitucionales. Las exigencias de **claridad, inteligibilidad, precisión y concreción en los contenidos positivos** propios de la norma a través de su vinculación con los distintos fundamentos del principio de legalidad, así como también, con el establecimiento de un cierto orden o prelación entre ellas, conforma que el mandato de determinación pierde aquel grado de exigibilidad al legislador en el sentido que las normas jurídicas – penales carecen, en el evento de dicha omisión, de un rol propio de un mandato de determinabilidad;

5º. Que la necesidad del sistema penal y los principios constitucionales correspondientes al poder punitivo del Estado deben tener su base en el principio de adecuación a la tutela de un bien jurídico protegido o ser referentes a una infracción de la norma, que de manera sustancial represente un valor jurídico-penal en su núcleo esencial.



Del mismo modo, no es posible olvidar que los límites materiales al legislador penal y los límites materiales a la ley penal se encuentran representados por garantías constitucionales, las que a modo ejemplar podemos citar las siguientes: principio de ultima ratio, principio de legalidad y remisiones normativas, principio de personalidad, principio non bis in ídem, principio de retroactividad de la ley penal más favorable, **principio de taxatividad**, principio sobre las leyes penales en blanco, principio de culpabilidad, etc.. Todos estos valores insertos en el ordenamiento constitucional, los cuales están presentes en nuestra Carta Fundamental como principios que deben ser resguardados como límites materiales en el Derecho penal constitucional;

## II- LA TAXATIVIDAD EN MATERIA PENAL

6°. Que en el contexto del aspecto sustantivo del "principio de legalidad penal" se halla también el requisito de la "lex certa" que implica que el contenido de la ley penal debe ser taxativo. Taxatividad significa que, al definir las conductas delictivas y prever las correspondientes penas, la ley debe satisfacer un mínimo de claridad, precisión y determinación. A la vista de la ley penal, los cuidados deben poder saber, con un margen razonable de certidumbre, cuál es el comportamiento prohibido y cuál es la sanción por su infracción. Se estaría, así, en presencia de lo que **Susana Huerta Tocildo** llama una "**exigencia de tipicidad**" en la ley penal. Se trata, en definitiva, de que también por su contenido la ley penal sea suficientemente previsible. La previsibilidad es una condición impuesta, con carácter general, a cualesquiera normas por el principio de seguridad jurídica; pero, como se dijo más arriba, ese "saber a qué atenerse" ha de ser particularmente intenso en materia penal. La taxatividad es, así, ese **plus de previsibilidad** que se demanda a las normas penales. Idéntica exigencia de taxatividad viene impuesta por el artículo 7 CEDH (STEDH K.A. y A.D. c. Bélgica de 17 de febrero de 2005). La exigencia de taxatividad de la ley penal, por lo demás, está llamada a operar como un freno al arbitrio judicial: una ley penal suficientemente clara, precisa y determinada dejará un estrecho margen de libertad de apreciación al juez; y ello no sólo satisfará el requisito democrático de que la voz principal en la definición de los delitos y las penas corresponda al legislador – no al juez – sino que, además, redundará a favor de una aplicación igualitaria de la ley penal, cupo significado y alcance dependerá poco de las inclinaciones subjetivas de cada órgano judicial;

7°. Que así entendido, resulta obvio que el requisito de la lex certa es, sobre todo, un **mandato constitucional al legislador**: las leyes penales deben ser redactadas en términos suficientemente taxativos. La taxatividad absoluta resulta, sin duda, inalcanzable. Una ley penal tan precisa que convierta en puramente mecánicas las operaciones judiciales de aplicación de la misma no deja, en efecto, de ser una quimera. Ahora bien, es asimismo claro que hay un mínimo de claridad, precisión y determinación que resulta constitucionalmente indispensable (STC 10/2012). De aquí que, en la práctica, la exigencia de taxatividad se traduzca en una

prohibición constitucional de los llamados “tipos abiertos”, es decir, aquéllos en que la norma está redactada con términos tan vagos que depende de las inclinaciones subjetivas del intérprete decidir si una conducta es subsumible en el supuesto de hecho o no. Ello ocurre principalmente cuando en la definición del tipo se acude a palabras de significado dudoso y, muy en especial, cuando las mismas arrastran una pesada carga valorativa. Piénsese, por ejemplo, en expresiones tales como actos contrarios al “pudor”, apología del “terrorismo”, comportamiento “deshonroso” para un militar, o “fraude a la ley tributaria” (STC español 62/1982, 89/1993, 151/1997 Y 120/2005). **La taxatividad también puede conducir a la inconstitucionalidad de presunciones absolutas en la definición de las conductas delictivas** (STC 194/2000);

8°. Que la exigencia de taxatividad no opera sólo en el momento de elaboración de la ley penal, sino también en el de su interpretación y aplicación. En este sentido, la taxatividad **excluye la analogía in malam partem: dado que la ley debe ser clara, precisa y determinada**, no puede ser aplicada, en perjuicio del reo, a supuestos distintos de los previstos expresamente por ella misma. La simple semejanza con el supuesto expresamente previsto no es una razón para ampliar la esfera de aplicación de la ley penal. En el plano teórico, es factible trazar una distinción entre analogía e interpretación extensiva: mientras la analogía consiste en aplicar la norma a un supuesto similar al previsto por ella, la interpretación extensiva consiste en adoptar, de los varios significados posibles de la norma, el más amplio de manera que resulte subsumible en su supuesto de hecho un caso que, de lo contrario, quedaría fuera del mismo. A efectos de la exigencia de taxatividad, esta distinción teórica es importante, porque en la interpretación extensiva al caso está previsto por la ley penal, y en la analogía no lo está. En la práctica, sin embargo, puede resultar difícil deslindar dónde acaba la interpretación extensiva y dónde comienza la analogía, porque ambas tienen un sentido expansivo en la aplicación de la ley;

9°. Que la taxatividad tiene, un sentido teleológico de aplicación de la ley penal en su significado más favorable al reo, entonces la interpretación extensiva de la ley penal habrá de considerarse prohibida. Con todo, el problema es que, al igual que ocurría con la “retroactividad in melius” de la ley penal, no es fácil justificar por qué el principio de legalidad penal comporta, más allá de la previsibilidad, un específico deber de benignidad o clemencia hacia el reo;

10°. Que esta Magistratura no mantiene una postura definitiva a este respecto. Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se inclina a asimilar la interpretación extensiva in malam partem a la analogía (STEDH Garbarri Moreno c. España de 22 de julio de 2003 y Pessino c/ Francia de 1 de octubre de 2006).

Además de entrañar la prohibición constitucional de la analogía desfavorable al reo, la taxatividad es relevante en el momento de la interpretación y aplicación de la ley penal por una segunda razón: no siempre que una ley penal es



insuficientemente taxativa resulta posible - o, al menos, conveniente - declararla inconstitucional. Puede darse la hipótesis en tal sentido, ya que el Tribunal Constitucional español ha dicho que los costes sociales del vacío normativo que, durante un cierto lapso de tiempo, produce toda anulación de una ley son demasiado altos (en este sentido, las STC 133/1987 y 219/1989 aunque disten de encarnar una línea jurisprudencial constante). Consideraciones de prudencia jurisdiccional de esta índole son particularmente comprensibles en materia penal, donde la necesidad colectiva de protección frente a graves agresiones a la convivencia es más imperiosa que en otros sectores del ordenamiento. Baste pensar que, cuando se anula una ley penal porque presenta un halo de incertidumbre, se está privando de vigencia a esa misma norma respecto de conductas subsumibles dentro de su núcleo de certidumbre y, por tanto, respecto de las cuales no hay tacha alguna de la falta de taxatividad: ¿por qué habría que otorgar impunidad en supuestos como éste? Suele afirmarse, así, que el requisito de taxatividad no es sólo un mandato al legislador, sino que opera también como un mandato al juez. En la práctica, ello significa que se admite que los **márgenes de indeterminación de la ley penal** sean integrados por vía jurisprudencial. Así, el tradicional interrogante acerca de si la jurisprudencia tiene o no carácter vinculante se ve ulteriormente complicado en materia penal por la interferencia del requisito de taxatividad: No es éste el lugar adecuado para abordar este problema; pero, en todo caso, sí conviene hacer dos observaciones a propósito de la relación entre interpretación judicial. Por un lado, parece que, si se admite que la jurisprudencia puede integrar las deficiencias de taxatividad de la ley penal, habrá que concluir que será exigible de los cambios jurisprudenciales idéntica irretroactividad que de la propia ley penal, tal como señala la STEDH s.W. c/ Reino Unido de 22 de noviembre de 1995. Por otro lado, el Tribunal Constitucional español ha estimado que constituye una violación del artículo 25 CE, en cuanto tal susceptible de protección por vía de amparo, interpretar la ley penal según "**criterios extravagantes**", es decir, **criterios ajenos a los generalmente aceptados por la comunidad de los juristas** (STC 142/1999, 13/2003, etc.);

11º. Que atendido que la ley penal ha de ser previsible, no resulta constitucionalmente aceptable que sea interpretada según criterios que no son los usualmente adoptados por los operadores jurídicos y que, en este sentido, resultan imprevisibles.

No hay que olvidar que la taxatividad también es exigible de la predeterminación de las penas. Véase, a este respecto, la ilustrativa sentencia STEDH V. c/ Reino Unido de 16 de diciembre de 1999, relativa a una pena cuya duración quedaba a la decisión del Ministro del Interior; pero hay que tener presente que, al final, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenó al Estado demandado por violación del derecho a un proceso equitativo (artículo 6 CEDH), ya que la determinación de la pena no correspondía a un órgano judicial. En este contexto debe enmarcarse el importante problema planteado en España por la popularmente llamada "**doctrina Parot**", que trae su nombre del caso en que por



vez primera fue enunciada: en un momento dado, el criterio jurisprudencial sobre el cómputo de los beneficios penitenciarios – que permiten reducir el tiempo de permanencia en prisión – fue modificado en un sentido más severo. Se trataba, en concreto, de que esos beneficios penitenciarios se aplicasen a todo el tiempo de la condena; y no, como hasta entonces se venía haciendo, al máximo de treinta años de prisión que, cualquiera que sea la duración de las penas impuestas la ley permite expiar por una misma sentencia condenatoria. La razón de este giro jurisprudencial fue poner coto al tiempo escandalosamente breve, en la práctica, de permanencia en prisión de ciertos terroristas responsables de horrendos crímenes (ETA). Pues bien, enfocando el problema desde el punto de vista del artículo 24 CE – en línea con lo que había hecho el Tribunal de Estrasburgo – entendió el Tribunal Constitucional que dicho giro jurisprudencial es constitucionalmente admisible, porque no supone desconocimiento de lo dispuesto en sentencias firmes; es decir, porque las sentencias a cuya ejecución se aplica el cambio en el modo de computar los beneficios penitenciarios nada decían a este respecto (STC 39/2012, seguida por otras). La STEDH Río Prada c. España de 10 de julio de 2012, sin embargo, ha afirmado que la “doctrina Parot” es contraria al principio de legalidad penal; pronunciamiento que actualmente se encuentra pendiente de recurso ante la Gran Sala;

12º. Que en este escenario es que tenemos que tomar en consideración pautas a partir de lo que nuestro texto constitucional, en especial del art. 19, N°3, inciso final, requiere la certeza de la conducta típica sea desplegada por el autor o participe del delito;



### III.- CONCLUSIONES DOGMÁTICAS DEL PRINCIPIO

13º. Que en este breve bosquejo sobre los presupuestos teórico de una funcionalización de la dogmática penal, esto es, presentar las bases o presupuestos del impacto del constitucionalismo en el derecho penal y, a partir de ese hito, plantear la opción de repensar una revisión de los contenidos de las categorías de la teoría del delito, hacia los principios y derechos fundamentales reconocidos implícita y, además, explícitamente, en la Constitución implica que la naturaleza normativa de la Carta Fundamental no puede entenderse como un sistema jurídico cerrado sino más bien obedece a un sistema abierto (Enrique Linde Paniagua, La Constitución Abierta, Madrid, Ed. Linde, 1991).

El Derecho penal se puede repensar como un conjunto de normas o reglas, valoraciones y principios jurídicos que desvaloran y prohíben la comisión de delitos y asocian a estos como presupuestos, penas o medidas de seguridad (Mir Puig);

14º. Que en el control de la conformidad de una disposición penal con la Constitución es fundamental requerir la dimensión valorativa de esta, la cual sólo es deducible de la dimensión axiológica derivada de los principios y derechos que se reconocen en ella y en los instrumentos internacionales de derechos humanos



(Massimo Donini). Esta dimensión valorativa en las normas contenidas en las reglas de Derecho penal lleva también a adoptar una posición con relación a la tradicional y no concluida polémica sobre la estructura de la norma penal. Nos referimos al debate sobre si la norma penal contiene una dimensión imperativa (función de motivación) o también incluye una dimensión valorativa (expresión de un juicio de valor sobre el suceso realizado). Otros autores estiman que la dimensión axiológica es la que determina la adopción de una concepción dual del injusto (material) típico: el desvalor (axiológico) de la acción y el desvalor (axiológico) del resultado.

Es en este contexto que resulta útil seguir a Wolfgang Frisch, quien sostiene que los juristas trabajan con decisiones basadas en criterios normativos y valorativos de forma tal que la Constitución, como prácticamente casi todas las actuales vigentes en el mundo occidental, parten de una visión autocomprensiva de la capacidad de decisión libre de los humanos, y esto se evidencia sobre todo en el abrumador dato sociológico de las percepciones, convicciones y necesidades sociales. En un modelo de Estado constitucional, el reproche por una conducta típicamente injusta sólo puede fundarse en esta autopercepción recíproca de que el ser humano puede comportarse de acuerdo con la pauta de una norma penal democráticamente concebida, en consecuencia, y teniendo en consideración la perspectiva constitucional la categoría de culpabilidad como nivel de la teoría del delito que exige un juicio de reproche para imponer una pena a una persona por una conducta típicamente injusta es una manifestación de dicho principio de culpabilidad. Principio, que obviamente se deriva de diversas disposiciones constitucionales en nuestro país;

**15°.** Que el proceso de constitucionalización del Derecho penal ha motivado que los tradicionales principios políticos-criminales que limitan la potestad punitiva del Estado (legalidad, proporcionalidad, lesividad, culpabilidad) se constituyan ahora en principios normativos y vinculantes. Sin embargo, este fenómeno sólo ha operado con relación al legislador penal, esto es, para los procesos de criminalización. Nosotros creemos que el referido proceso de constitucionalización – y, en específico, la concepción neoconstitucionalista del derecho – tiene un impacto sobre la dogmática penal y, en virtud de ello, sobre el contenido de los diferentes niveles de la teoría del delito;

**16°.** Que esta conclusión hace que la pretensión de ilicitud se encuadre en criterios esbozados por el principio de determinación o "taxatividad" y por el principio de "proporcionalidad en sentido estricto". La inclusión de una dimensión axiológica en la norma penal determina aceptar metodológicamente operaciones de carácter ponderativo (entre principios y derechos fundamentales) antes de delimitar el alcance del tipo penal. Ambas consideraciones constituyen presupuestos básicos para la construcción de una dogmática penal funcional con sello positivista y garantista;

#### IV.- CASO CONCRETO

17°. Que los hechos asentados en el presupuesto factico determinan el cuestionamiento por parte de la requirente de fojas 1, que las conductas monopólicas como las señaladas en la formulación de cargos no estarían sancionadas por el sistema punitivo de forma tal, que elementos relativos a la criminalización de la colusión en la imputación penal deducida ante el juez de mérito afectarían el principio de legalidad penal (fojas 30 a 37 del libelo de la acción constitucional);

18°. Que ante tal presupuesto, la infracción constitucional – alega la recurrente – infraccionarían garantías constitucionales señala la actora vulnerando de modo flagrante el artículo 19, N°3, incisos 8 y 9 de la Carta Fundamental, invocando el principio de reserva legal y el de máxima taxatividad de la ley penal que rige de manera esencial el ejercicio de la potestad punitiva en un Estado de Derecho, y que se resumen en el aforismo “**nullum crimen, nulla poena sine lege previa, certa e stricta**”;

19°. Que, desde la perspectiva de la doctrina nacional cita la requirente a fojas 33 al Profesor Enrique Cury (Derecho Penal, Parte General, Ed. Universidad Católica de Chile, 2005, p.167 y ss.) en cuanto: “El principio de legalidad en nuestro ordenamiento consagra también la irretroactividad fundamental de la ley penal, en cuanto a que la ley penal dispone sólo para lo futuro y no puede tener jamás efecto retroactivo. En el caso de las disposiciones penales la irretroactividad se encuentra consagrada constitucionalmente, a causa de lo cual no puede ser modificada por una simple ley, como ocurre respecto de las civiles, administrativa, laborales, etc. Esto se debe, como ya ha expresado, a que constituye una derivación del principio de reserva o legalidad, el que sólo puede regir eficazmente sobre tal base. La disposición constitucional aludida se halla reiterada expresamente en el artículo 18 del Código Penal, e implícitamente en el artículo 1, inciso 1°, de ese mismo cuerpo legal.

Finalmente la garantía de que no hay delito ni pena sin una ley que así lo establezca, se materializa además de la exigencia de una ley escrita y previa, en la de una ley estricta y certa – como lo sostenía Hans-Heinrich Jeschek – esto es, en una que de manera precisa y determinada tipifique el hecho punible y la sanción, lo que se conoce como **mandato de determinación de la ley penal**. En efecto, “al sujeto se le garantiza que únicamente se lo castigará si se comporta de una cierta forma (...) y para eso es necesario asegurarle que nada le ocurrirá si hace o deja de hacer algo parecido pero diferente de lo que la ley prohíbe o manda” (requerimiento, fojas 33-34);

20°. Que esta Magistratura constitucional ha atribuido a la citada garantía una impronta, en distintas épocas y en conflictos jurídicos de relevancia y trascendencia, haciendo comprensiva de ilícitos constitucionales y de sanciones administrativas la taxatividad como categoría o principio esencial del ius puniendi. En efecto, en los autos rol N°46, contra Clodomiro Almeyda Medina y en los



requerimientos roles Nos. 479 y 480, relativos Compañía Eléctrica San Isidro S.A. e Ibener S.A. (c.6°), relacionadas con sanciones administrativas, por lo tanto, no es novedoso la aplicación de la taxatividad en esta judicatura;

**21°.** Que el cuestionamiento dice relación, en criterio de este disidente, en dilucidar si el principio de taxatividad se cumple en el mandato de las normas en cuestión (artículo 467 inciso final y 368, ambas del Código Penal), en cuanto ellas en la actual etapa del proceso penal, producen como efecto la infracción de naturaleza constitucional del Principio de Legalidad que resguarda la Constitución en materia penal;

**22°.** Que el cuestionamiento efectuado por los actores Cristián Bawlitza Fore y Cristián de Feudis Wilson, no puede estimarse como una objeción a las reglas de hermenéutica sino al mandato de taxatividad consistente en que los elementos normativos del tipo no pueden relajarse en cuanto a las exigencias del mandato de determinación. En otras palabras, se produce una indeterminación de los elementos normativos del tipo al efectuar la adecuación típica de las conductas desplegadas por los citados actores constitucionales con las figuras delictivas por las cuales se les ha formalizado, de forma tal, que se ha realizado en la práctica una interpretación extensiva de la norma penal que afecta y vulnera el principio de legalidad penal. Esta Magistratura, en los precedentes STC 2773-15 c.10, STC 2666-14 c.15, STC 2744-14 c.30 y principalmente en el STC 2953-16, cc.8° y 9°, han establecido que la fundamentación del mandato de determinación o taxatividad no puede reducirse únicamente a la función de previsibilidad de lo sancionado desde el punto de vista del ciudadano y que el proceso subsunción de la conducta desplegada por el sujeto activo del delito supone obligatoriamente la interpretación de la descripción típica, la cual debe confrontarse con aquellos elementos normativos, principalmente, aquellos que representan o denotan el bien jurídico protegido singular que estableció el legislador;

**23°.** Que los límites legales requieren por parte del legislador un lenguaje y una sintaxis que no se condiga con conceptos vagos o valorativos de dudosa precisión, ante lo cual la acción de inaplicabilidad representa la opción que ofrece el derecho constitucional penal para declarar la inconstitucionalidad de la norma o precepto al caso concreto, atendidas las singularidades de los presupuestos fácticos;

**24°.** Que del mismo modo se encuentra vedado para el órgano juzgador la aplicación analógica de las normas penales, circunstancias estas que impiden aplicar a hechos materia de la investigación del delito de estafa, mediante una interpretación extensiva (y/o analógica), de los tipos penales sin infringir el ya citado principio de legalidad;

**25°.** Que, sin entrar a pronunciarse este previniente sobre la presunta atipicidad del delito por el cual se ha formalizado a los requerentes, estima que si se vulnera el principio de taxatividad de la conducta punible requerida por el constituyente, en la medida que existe un déficit constitucional por no cumplirse el

estándar mínimo que establece que la imputación de las referidas normas – 468 y 467, inciso final del Código Penal – en su aplicación concreta, en el juicio de fondo o de mérito, dado que en la causa RIT N°10.764-2017 y RUC N°1600732705-k ante el 8° Juzgado de Garantía de Santiago, no se ve como los imputados habrían participado en un acuerdo para afectar el resultado de procesos de licitación pública, convocados por CENABAST, órgano encargado de la adquisición y distribución de fármacos, insumos médicos y bienes del sistema de salud pública, tomando en consideración que el Ministerio Público inició de oficio una investigación mientras estaba pendiente ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (Rol C 312-2016), lo que constituye una afectación a los elementos normativos propios de la figura de la estafa consignada en los artículos 468 y 467 inciso final del Código Penal;

26°. Que siendo un razonamiento o cadena de razonamientos que pretenden probar en la presente prevención en una decisión que es materialmente conforme a derecho, y entre cuyas premisas iniciales figura un enunciado calificativo (Principio de taxatividad vulnerado), que es una concreción del supuesto de hecho de un enunciado jurídico, y una o más tesis que denotan tal enunciado jurídico.

A mi juicio, la motivación material de una decisión judicial es una cadena deductiva compuesta por varios razonamientos deductivos: un razonamiento principal y dos razonamientos adicionales, integrantes del tramo final de la cadena. Su conclusión final es la tesis que afirma que la decisión judicial de cuya justificación se trata es materialmente conforme a derecho y conforme a la Constitución;

27°. Que, atendido los antecedentes y lo razonado en el cuerpo de esta prevención, y habiéndose incumplido en criterio de este sentenciador el mandato de determinación o taxatividad requeridos en base al principio de legalidad penal, vulnerándose con lo anterior nuestra Carta Fundamental en el artículo 19, N°3, incisos 8° y 9°, este previniente estuvo por acoger el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido a fojas 1 y siguientes de autos.

Redactó la sentencia la Ministra señora María Luisa Brahm Barril; y las disidencias, los Ministros señores Juan José Romero Guzmán y Nelson Pozo Silva, respectivamente.


Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.


Rol N° 4381-18-INA.

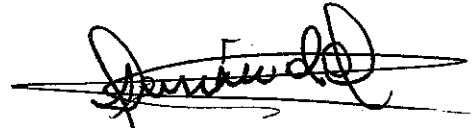


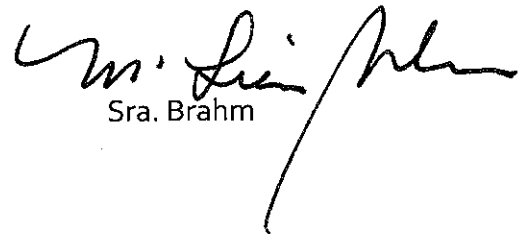
Sr. Aróstica

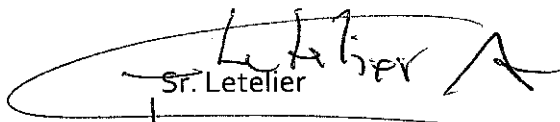


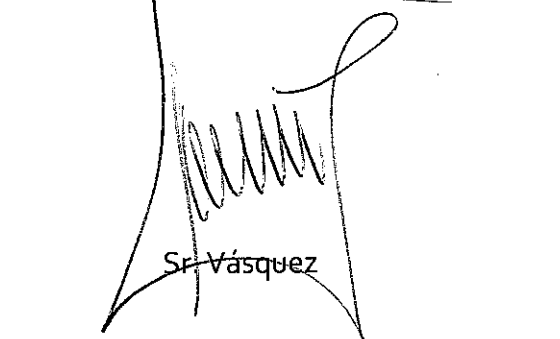
  
Sr. García

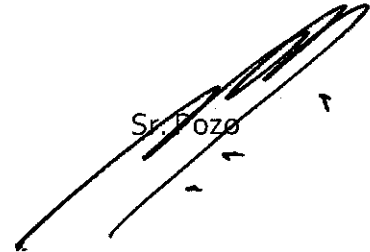
  
Sr. Romero

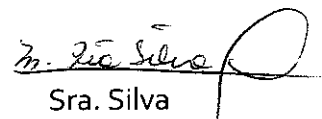
  
Sr. Hernández

  
Sra. Brahm

  
Sr. Letelier

  
Sr. Vásquez

  
Sr. Pozo

  
Sra. Silva

  
Sr. Fernández

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Iván Aróstica Maldonado, y por sus Ministros señores Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Emparanza y Juan José Romero Guzmán, señora María Luisa Brahm Barril, señores Cristián Letelier Aguilar, Nelson Pozo Silva y José Ignacio Vásquez Márquez, señora María Pía Silva Gallinato, y señor Miguel Ángel Fernández González.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora María Angélica Barriga Meza.

