

EL CASO FARMACIAS

ALEX VAN WEEZEL DE LA CRUZ

RESUMEN: El trabajo analiza la forma en que las sentencias del denominado “caso Farmacias” tratan el principio de *non bis in idem*, la vigencia del artículo 285 del Código Penal chileno en relación con el texto actual del Decreto Ley 211 y la exigencia típica de uso de medios fraudulentos para configurar el ilícito. Un apartado especial se dedica al debate sobre el elemento típico “precio natural”. Junto con exponer las diversas concepciones vertidas en las sentencias, el autor sitúa la discusión en el contexto de la valoración dogmática de la tipificación a través de elementos normativos. Finalmente, se comentan los problemas de autoría planteados en el fallo disidente de la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal.

SUMARIO: 1. Introducción, 2. La alegación de *non bis in idem*, 3. La vigencia del artículo 285 del Código Penal, 4. La exigencia típica de medios “fraudulentos”, 5. El concepto de “precio natural”, 6. La autoría.

1. INTRODUCCIÓN

La Fiscalía acusó a nueve ejecutivos de tres cadenas de farmacias¹ y a un ejecutivo de un laboratorio farmacéutico² como intervinientes en el delito establecido en el artículo 285 en relación con el artículo 286 del Código Penal, consistente en alterar en forma fraudulenta el precio natural de ciertas mercancías.

El tribunal tuvo por establecido, en síntesis, que a partir de noviembre del año 2007 estas personas tomaron contacto con sus contrapartes en los laboratorios –en realidad, como se mencionó, uno solo de estos últimos fue acusado– quienes se prestaron como

¹ Se trata de las siguientes personas y cadenas farmacéuticas: Roberto Leopoldo Belloni Pechini, gerente general de Farmacias Salcobrand; Ramón Ávila Silva, gerente comercial de Farmacias Salcobrand; Mehilin Velásquez Chau, jefa de departamento de precios de Salcobrand; Claudia Fanny Carmona Zúñiga, category manager de Salcobrand; Judith Margarita Carreño Oteiza, category manager de Salcobrand; Sergio Purcell Robinson, gerente general de Farmacias Ahumada; Ricardo Ewertz Munchmeyer, gerente comercial área Farma de Farmacias Ahumada; Ricardo Iván Valdivia Kloques, gerente área Farma de Farmacias Cruz Verde; y Cristian Marcelo Catalán López, category manager de Cruz Verde.

² Se trata de Mario Zemelman Riveros, Gerente General Laboratorio Medipharm.

intermediarios en un proceso de coordinación de alza de precios programadas respecto de ciertos medicamentos. Para estos efectos, desde el mes de diciembre del año 2007 hasta el mes de abril del año 2008, los ejecutivos de los laboratorios hicieron llegar a las tres cadenas de farmacias los nuevos precios asociados a las alzas concertadas, así como el orden en que dichas alzas debían ser implementadas, manteniendo constantes comunicaciones con los ejecutivos de las cadenas con el objeto de coordinarlas.

Esta dinámica de comunicaciones se realizó aprovechando los canales ya existentes entre los laboratorios y las cadenas de farmacias. Los ejecutivos de las farmacias –quienes recibieron estas comunicaciones o listas de precios–, realizaron la coordinación de estas alzas con las demás cadenas a través de los laboratorios. Por su parte, los miembros de las planas gerenciales de las cadenas –quienes fueron informados o consultados sobre el mecanismo de alza de precios–, autorizaron u ordenaron, por su parte, la implementación de las alzas mediante su ingreso a los sistemas informáticos de los respectivos locales.

No obstante haber establecido lo anterior, el Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago absolvió a todos los acusados³. Esta decisión fue refrendada –y además ampliada en sus fundamentos, según se verá– por la Corte de Apelaciones de Santiago⁴, que conoció del recurso de nulidad presentado por la Fiscalía y los querrelantes.

Las sentencias recaídas en el caso se ocupan de diversas cuestiones procesales y sustantivas discutidas en el juicio. Aquí se reseñarán y comentarán muy brevemente cinco de estos aspectos: la alegación de *non bis in idem* en relación con el juicio ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (1); la vigencia o tácita derogación del tipo penal establecido en el artículo 285 del Código Penal (2); el sentido del elemento del tipo caracterizado por el adverbio “fraudulentamente” (3); el alcance del elemento típico “precio natural” (4); y el problema de intervención delictiva planteado en el voto disidente (5).

³ Sentencia de 28 de julio de 2015, causa RIT 531-2014, RUC 0900281513-0.

⁴ Sentencia de 29 de diciembre de 2015, Ingreso de Corte N° 3.139-2015.

2. LA ALEGACIÓN DE *NON BIS IN IDEM*

Las defensas de algunos acusados⁵ sostuvieron como excepción de previo y especial pronunciamiento que el juicio penal correspondía a un segundo proceso sancionatorio contra las mismas personas y por los mismos hechos. Consistiendo ambos procesos en manifestaciones de un único *ius puniendi* del Estado, este segundo enjuiciamiento venía a vulnerar el principio de *non bis in idem*. Según las defensas, el hecho de que la Fiscalía Nacional Económica y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) hayan investigado y juzgado hechos ilícitos en los cuales intervinieron los acusados sería suficiente para hacer aplicable el *non bis in idem*, aunque en definitiva ninguno de ellos haya sido sancionado.

El Tribunal de Juicio Oral no eludió el argumento y se detuvo en él con cierta latitud (considerando 9º)⁶. Aunque la excepción sería luego rechazada, lo más relevante es que el tribunal considera, con base en el artículo 1º del Código Procesal Penal, que puede existir *bis in idem*, es decir, una inaceptable doble condena, si una persona es condenada por los mismos hechos tanto en sede de libre competencia como en sede penal. Es decir, se acepta una “cosa juzgada sancionatoria”.

Al hacerlo, el tribunal penal es coherente con la doctrina y jurisprudencia todavía ampliamente mayoritarias en Chile, conforme a la cual el derecho sancionatorio no penal –con excepción del derecho disciplinario– es una manifestación del *ius puniendi* estatal y queda sujeto en lo sustancial a los principios y garantías que la Constitución establece para el ejercicio de dicha potestad punitiva. Tal es el estado de las cosas cuando menos desde la dictación de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Rol 244 del año 1996, cuyo criterio central es reiterado –entre muchos otros– en los Roles 480, 1519, 2346 y, más recientemente, en el Rol 2682: “Los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho sancionatorio administrativo, puesto que ambos son manifestaciones del *ius puniendi* propio del Estado”. En algunas sentencias se

⁵ Se trata de Mehilin Velásquez Chau, Claudia Carmona Zúñiga, Ramón del Rosario Ávila Silva, Judith Carreño Oteiza y Mario Zemelman Riveros.

⁶ Las citas textuales a continuación en este apartado corresponden a este considerando.

sustituye la expresión “por regla general” por la frase “con matices”, que viene a significar lo mismo⁷. Es cierto que el derecho de la libre competencia no es derecho administrativo sancionador, ya que las sanciones son impuestas por un tribunal, pero no cabe duda de que se trata de una manifestación del *ius puniendi* estatal.

El Tribunal de Juicio Oral pasa así a analizar si en la especie concurren los requisitos de triple identidad –un análisis análogo pero no idéntico al del proceso civil– que harían aplicable la excepción de *non bis in idem*. Así afirma, en primer lugar, que “basta la sola lectura de la narración de hechos que se juzgaron mediante la sentencia 119/2012, dictada por el Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 31 de enero de 2012, a requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica y los hechos contenidos en la acusación del Ministerio Público, para percibir que ambas instituciones refieren las mismas proposiciones fácticas, dentro del mismo período (diciembre de 2007 a abril de 2008)”, sin perjuicio de diferencias menores que no alteran lo sustancial. Así, “las distintas calificaciones que a los hechos le dieron, por una parte, el Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y, por otra, el Ministerio Público, no cambia que ambas entidades públicas se están refiriendo a los mismos hechos, que es una de las exigencias que instauró el inciso segundo, del artículo 1° del Código Procesal Penal para impedir un nuevo procedimiento”.

Por lo tanto, ya se cumplen dos requisitos de la “cosa juzgada sancionatoria”: identidad de hechos y de valoración (negativa), aunque en este último caso no haya identidad de calificación jurídica. Pero “donde no se satisfacen exigencias del aludido artículo 1° del Código Procesal Penal es en la identidad física de las personas involucradas en uno y otro procedimiento que, para que les alcance el efecto de cosa juzgada, debieron haber sido *condenadas o absueltas o sobre-*

⁷ La relevancia de este criterio jurisprudencial es grande, pues nunca se ha considerado concluyente el tenor del artículo 20 del Código Penal. Son conocidas las posiciones tradicionales en Chile en torno a esta norma: desde la opinión de NOVOA (1960), pp. 37 y ss., para quien el legislador habría zanjado el problema de la naturaleza de las sanciones administrativas (“no se reputan penas”, es decir, no son penas), hasta el planteamiento de CURY (2005), pp. 107 y ss., para quien la expresión revelaría precisamente que se trata de penas que, para ciertos efectos, no serían consideradas como tales. El tenor de la norma no ha parecido concluyente; menos concluyentes son todavía las consideraciones doctrinales a su alrededor.

seídas definitivamente en la sentencia ejecutoriada del Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que condenó a las requeridas Farmacias Cruz Verde S.A. y Farmacias Salcobrand S.A. al pago de una multa, a beneficio fiscal, de veinte mil Unidades Tributarias Anuales, a cada una, sin hacer alusión alguna en la parte resolutive de esa sentencia a los imputados en este juicio oral”.

En consecuencia, aunque quienes invocaron la excepción hayan sido objeto de interés del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, hayan prestado declaración durante el proceso y sus declaraciones hayan sido ponderadas por el tribunal, solo una sentencia previa que los condene, absuelva o sobresea definitivamente les habilita para invocar el *non bis in idem*. El tribunal aclara que quien simplemente ha sido ignorado en la sentencia anterior no puede considerarse sobreseído.

Esta exigencia se mantiene, a juicio del tribunal, en los casos en que una conciliación u otro equivalente jurisdiccional hayan puesto fin anticipado a la persecución contra determinadas personas, como ocurrió con los integrantes de la plana gerencial de FASA. El tribunal razona que en tal acuerdo “se dejó expresa constancia que la Fiscalía Nacional Económica dejó sin efecto y renunció a las peticiones formuladas en su requerimiento en relación con FASA, así como en relación con sus directores, administrativos, ejecutivos y trabajadores actuales o que hubieran tenido tales calidades a la época de ocurrencia de los hechos ventilados en autos”. Por lo tanto, los imputados Purcell y Ewertz en realidad no fueron sometidos al procedimiento administrativo sancionatorio de la causa 119/2012, en que incidió tal acuerdo, “sino que todo lo contrario, el uso de esta herramienta procesal utilizada por Farmacias Ahumada, tuvo precisamente el efecto de dejar a FASA y a determinados personeros de esa compañía, que se limita a designar por sus funciones sin individualizarlos, *al margen de cualquier persecución administrativa* por los hechos reconocidos, objetivo, que de la lectura de la sentencia de la causa 119/2012, aparece como logrado”.

De este modo, y ya que estas personas no fueron sometidas al procedimiento sancionatorio en sede de libre competencia, el juicio oral no fue para ellas un nuevo procedimiento. Por falta de identidad entre los sujetos sometidos a uno y otro procedimiento, el Tribunal de Juicio Oral rechazó la defensa de *non bis in idem*.

3. LA VIGENCIA DEL ARTÍCULO 285 DEL CÓDIGO PENAL

Hasta el año 2003, cuando se dictó la Ley 19.911, los artículos 1° y 2° del Decreto Ley 211 sancionaban penalmente como actos que tienden a impedir la libre competencia los que consisten en fijar al margen del mercado los precios de los bienes y servicios, sea mediante acuerdos entre competidores, sea a través de la imposición de un precio al competidor más débil. Estas disposiciones penales fueron derogadas por la Ley 19.911, la cual sin embargo no derogó expresamente los artículos 285 y 286 del Código Penal. Esta situación, que se mantiene hasta hoy, condujo a discutir en el juicio si no había que considerar las reglas pertinentes del Código Penal como tácitamente derogadas, atendido que la mente del legislador habría sido despenalizar los ilícitos anticompetitivos y someterlos al nuevo régimen, bien distinto del anterior, que venía a crear la reforma de 2003.

El Tribunal de Juicio Oral consideró que el tipo penal se encontraba plenamente vigente. De nada sirvió a las defensas argumentar que el bien jurídico protegido por el artículo 285 del Código Penal sería la libertad de contratación, industria y comercio y no la libre competencia, y que, por lo mismo, interpretar con criterios actuales una descripción de hechos que solo tenía sentido en el siglo XIX sería contrario al principio constitucional de legalidad. El tribunal y la Fiscalía discreparán, sin embargo y según se verá, en cuanto al contenido de la prohibición.

Según los sentenciadores, cuando se estableció el tipo penal del antiguo artículo 1° del Decreto Ley 211 solo se produjo una superposición parcial de dos regulaciones penales, ambas destinadas a proteger la libre competencia. La superposición es parcial, pues se trataría de conductas distintas. Por otro lado, los artículos 285 y 286 del Código Penal no han sido objeto de derogación por texto legal alguno, en forma expresa o tácita. Por lo tanto, solo sería posible concluir que continúan vigentes.

En este mismo sentido, cuando los artículos 1° y 2° del Decreto Ley 211 fueron sustituidos por la Ley 19.911, la nueva redacción resultó incompatible con el artículo 285 del Código Penal. Las nuevas reglas del Decreto Ley 211 venían a sancionar los simples acuerdos de precios, con prescindencia de cómo se pactaran y de los efectos

que causaran en los consumidores. Por lo mismo, las normas del Decreto Ley 211 exigían requisitos inferiores que los del Código Penal para sancionar las conductas colusivas. En consecuencia, y en palabras del propio tribunal, “los antiguos artículos 1° y 2° del D.L. 211 no tuvieron la virtud de expulsar del ordenamiento jurídico al artículo 285 del Código Penal” (considerando 11°).

Agrega el fallo que “de la lectura del D.L. 211 se infiere que [este] tenía por objeto promover la competencia en los mercados y sancionar, entre otras conductas, la colusión de precios, objetivos que no tiene el artículo 285 del Código Penal, que para aplicarlo exige que el agente utilice un medio fraudulento con el que consiga alterar el ‘precio natural’; es decir, no solo que se incurra en una acción, si no que esa acción debe tener una consecuencia, porque la sola concurrencia de un medio fraudulento, sin el resultado esperado por el tipo penal, sería un simple embuste que, como tal, no es sancionado penalmente” (considerando 11°).

Es decir, a juicio del tribunal los artículos 285 y 286 del Código Penal siguen plenamente vigentes: desde el punto de vista formal, pues no han sido derogados; y desde el punto de vista sustantivo, pues tipifican un hecho distinto de aquel que queda comprendido en la descripción –menos exigente– del Decreto Ley 211. Estas particularidades son las que llevarán al tribunal a absolver a los acusados, a pesar de que el TDLC haya afirmado la tipicidad conforme a las reglas que a él le corresponde aplicar.

El fallo de la Corte de Santiago razona, en cambio, en la dirección opuesta. Los jueces de nulidad consideran que se trata de un caso en que el intérprete debe echar mano del espíritu general de la legislación conforme al artículo 24 del Código Civil. Para desentrañarlo recurre a la historia legislativa y constata que “con la dictación de la Ley N°19.911, que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, publicada el 14 de noviembre de 2003, por ende, vigente a la fecha de los hechos investigados como ilícitos en esta causa, hay una clara tendencia a la despenalización de los delitos contra la libre competencia que regía hasta en ese momento, con ocasión del D.L. N°211” (considerando 13°). Refiere también que el mismo Mensaje de la Ley 19.911 así lo establece con total claridad: “Finalmente, un Tribunal fortalecido, con directrices bien definidas, debe contar con atribuciones sancionatorias adecuadas que le permita cumplir con el objetivo de inhibir las conductas anticompetitivas,

en el estricto marco constitucional. Por ello, *se propone sustituir el carácter penal de la ley vigente*, por mayores multas y la responsabilidad solidaria de los ejecutivos involucrados en las acciones contrarias a la libre competencia”.

Por lo tanto, continúa el fallo de la Corte, ya “que en la actualidad hay una legislación especial que sanciona estas conductas colusivas, la cual ha eliminado las sanciones punitivas (...) 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” (considerando 13°).

Según la Corte de Santiago, confirma lo anterior la circunstancia de que, para poder aplicar los artículos 285 y 286 a quienes incurrir en el ilícito objeto de la acusación, resulta necesario forzar el entendimiento de dos conceptos determinantes para la comprensión del tipo penal –medios fraudulentos y precio natural–, sobre cuyo sentido existe viva discusión entre los especialistas. No en vano la jurisprudencia no registra condena alguna basada en estos preceptos y la doctrina “casi en forma unánime, desecha la concurrencia del injusto” perseguido.

De modo que, aunque la sentencia de la Corte de Santiago no habla de “derogación”, ni siquiera tácita, considera que no es “lógico” aplicar los artículos 285 y 286 del Código Penal a conductas colusivas que por decisión explícita del legislador quedaron sometidas a un régimen sancionatorio especial del carácter no penal.

4. LA EXIGENCIA TÍPICA DE MEDIOS “FRAUDULENTOS”

Una de las discusiones menos fructíferas del juicio fue, probablemente, la que giró en torno a la exigencia de fraude contenida en el tipo penal. Hasta el recurso de nulidad, la mayor parte de las consideraciones discurren sobre la base de un inexistente sentido natural y obvio de la expresión “fraude”. La principal explicación de este derrotero parece ser que, efectivamente, el Código Penal no utiliza en forma inequívoca esa palabra. Pero esto no justifica afirmaciones como las de algunos querellantes, en el sentido de que nada puede haber más fraudulento que la existencia de una colusión de precios. Incluso la Fiscalía, confundiendo diferentes requisitos del tipo, lle-

gó a afirmar que los medios fraudulentos son los que conducen a un precio que no sea el natural.

Recién en el recurso de nulidad el Ministerio Público apuntó al núcleo del problema: “Nuestro Código Penal contempla el uso del término fraude o fraudulento en forma equívoca, esto es, dotándolo de más de una acepción al interior de su texto. Si bien mayoritariamente las referencias a fraude son efectuadas como formas de engaño, existen también casos en que esta expresión es sinónimo de medios antijurídicos o ilícitos, o bien, como sinónimo de actuar doloso. Así, nuestra doctrina reconoce ampliamente la existencia de los denominados ‘fraudes impropios’ que son figuras que exigen el actuar fraudulento sin que ello implique engaño o abuso de confianza, como ocurre en el caso de la destrucción de cosa embargada (artículo 469 N.º 6 CP), que sanciona al que fraudulentamente destruye un bien embargado a su cuidado, sin exigirse engaño alguno para la configuración del tipo”.

Si es un hecho que la ley se refiere al fraude por lo general como “engaño”, ¿existe alguna razón para que en esta figura en particular sea pertinente el otro sentido, el de “medio ilícito”?

Planteada en estos términos recién en el recurso de nulidad, no sorprende que el Tribunal de Juicio Oral haya puesto el énfasis en otros aspectos, más bien secundarios. Así, el considerando 11º discurre que “no obstante las orientaciones que cada perito le dio al vocablo ‘fraude’, entendiéndose por fraude un engaño, es esa la acción que se requiere para la producción del efecto material que lleve al resultado predicho por la descripción típica, que no es otra cosa que alterar el ‘precio natural’, en este caso de las mercancías, haciendo variar los precios artificialmente, lo que lleva aparejado como consecuencia un perjuicio, no para la competencia comercial, sino que para quienes va dirigida la oferta, que son los compradores”. De esta manera, el tribunal prácticamente se desentiende del adverbio “fraudulentamente” y se concentra en la conducta de alterar el precio natural. Por desgracia esto no era posible, pues hay muchas formas de alterar un precio y con seguridad el legislador quiso que solo algunas de ellas fueran típicas.

Igual que respecto de la materia tratada en el apartado anterior, es la Corte de Apelaciones de Santiago la que se ocupa en mayor profundidad del problema y, aparentemente, acertando al menos

en la forma de plantearlo. En el considerando 11° de la sentencia que rechazó la nulidad se contiene, en primer término, este planteamiento. Se trata de la contraposición entre dos comprensiones alternativas: “El otro aspecto del recurso se refiere al sentido que debe darse a los términos ‘medios fraudulentos’, que emplea el artículo 285 citado. El recurrente aduce –nuevamente apoyado en el voto disidente– que por tal ha de entenderse ‘cualquier medio ilícito’ que impida la libre concurrencia en la fijación de precios. Para ello se basa en la interpretación armónica de las normas del Párrafo 7° del Título VI del Libro II del Código Penal, denominado ‘Crímenes y simples delitos relativos a la industria, al comercio y a las subastas públicas’, toda vez que en los artículos 284 y 287 del texto punitivo, se ha empleado los vocablos ‘fraudulentamente’ y ‘amenazas o cualquier otro medio fraudulento’, respectivamente, con un sentido diverso, esto es como medios ilícitos, sobre todo en el artículo 287 en que la amenaza (medio ilícito) se asimila a cualquier otro medio fraudulento”.

Es decir, en el mismo párrafo en donde se encuentra el artículo 285 del Código Penal el legislador parece haber preferido el significado de “medio ilícito” por sobre el de “engañosamente”. La Corte, sin embargo, no se deja convencer por esta sola consideración y argumenta lo siguiente para llegar a la conclusión opuesta.

En primer lugar, el uso de uno u otro significado en el Código Penal no es simétrico, pues el legislador casi siempre emplea los términos de “fraude”, “fraudulento” o “defraudar” en el sentido de “engañar, abuso de confianza, inexactitud consciente, que prepara o produce un daño”. El mismo voto disidente del fallo revisado constató que ello ocurre en treintaicinco oportunidades, mientras que solo en seis casos se utiliza esas expresiones en un sentido distinto.

En segundo término, la referencia a los artículos 284 y 287 del Código Penal sería menos clarificadora de lo que parece a primera vista. Así, el artículo 284 sanciona la revelación fraudulenta de secretos de fábrica. Aquí la voz “fraudulentamente” no puede aludir a un engaño, pero sí calza con la idea de un abuso de confianza, o de la causación de un perjuicio para el titular del secreto. Lo que está claro, según la Corte, es que “en caso alguno puede ser entendida la expresión en referencia como medio ilícito”. Respecto del artículo 287, en cambio, “sí hay consenso en la doctrina, que la alusión a ‘medio fraudulento’ que usa ese precepto es asimilable” a la idea de

“medio ilícito”. Sin embargo, razona la Corte, “lo curioso de esta norma es que se disipa la interpretación en ese sentido porque la frase decidora es ‘amenaza o cualquier otro medio fraudulento’, vale decir, lo ilícito del medio fraudulento está dado porque hay una asimilación del predicado a un ejemplo de delito –como es la amenaza–, afirmación que es recalada con la conjunción disyuntiva ‘o’, término que implica una alternativa, pero en una misma dirección. En cambio, en el artículo 285 esa conjunción disyuntiva no existe. La sola mención del término ‘medios fraudulentos’ no es posible vincularla a un ejemplo decidor, como en el caso del artículo 287. Por lo tanto, la interpretación armónica de las normas no puede ser un método que sirva para colegir el alcance del concepto.”

En síntesis, si “fraudulentamente” significa por regla generalísima en el Código Penal “engañosamente”, y según la Corte respecto del tipo penal bajo análisis no hay razones de peso que permitan sustentar una interpretación diferente, ha de estarse al significado que resulta de aplicar la regla general.

5. EL CONCEPTO DE “PRECIO NATURAL”

Uno de los aspectos más debatidos en el juicio, a juzgar por las sentencias en comentario, es el concepto de “precio natural”. El tema fue objeto de un amplio análisis económico-jurídico, que ni siquiera escatimó una singular profundización en la “La riqueza de las naciones” de Adam Smith. En síntesis, se discutió si “precio natural” es una expresión que debe interpretarse según el sentido natural y obvio de las palabras o si, en cambio, se trata de una expresión técnica de la ciencia económica. Como es lógico, la primera alternativa comprende un campo semántico mucho más amplio y flexible.

Para el Ministerio Público y el juez disidente, el “precio natural” es cualquiera al que se llega sin una intervención ilícita sobre los precios. Por ende, el precio resultante de un acuerdo no es el natural. El concepto de precio natural no se referiría, por lo tanto, a los fundamentos económicos que llevan a la adopción de un valor de intercambio preciso para un determinado bien en un cierto momento, sino que “se refiere a aquellos valores de cambio fijados por la libre concurrencia de oferta y demanda en el mercado, como

contraposición de los precios regulados, declarados o de otra forma establecidos o limitados por la autoridad”⁸.

Como contrapartida, las defensas sostuvieron la tesis de la expresión técnica, conforme a la cual el precio natural es aquel capaz de asegurar la continuidad del proveedor, es decir, el precio de equilibrio de largo plazo, en el sentido de que permite sustentar al productor y mantener su industria por un tiempo indefinido hasta que quiera o deba retirarse del mercado. Por lo tanto, el precio natural es aquel capaz de cubrir los costos directos e indirectos del productor, considerando un margen de ganancia como remuneración del trabajo y el capital.

El concepto de precio natural como precio de equilibrio de largo plazo fue duramente criticado en estrados, fundamentalmente por dos razones. En primer término, no parecía nada claro que la expresión correspondiera a un giro de carácter técnico económico. Una serie de consideraciones de historia de la economía aportaron bastante material en el sentido contrario, ya que ni siquiera el autor de la expresión, Adam Smith, habría proporcionado una definición técnica para ella.

Por otro lado, y en segundo lugar, a juicio de los querellantes resultaba poco verosímil que para verificar la concurrencia del tipo hubiera que atender al equilibrio de largo plazo. Así, sostuvo uno de ellos que con este criterio el precio natural no se podría “determinar observando lo que suceden en el mercado con los precios por ejemplo de un día, de varias semanas, varios meses o varios años, sino que habría que observar el movimiento de los precios en un periodo largo (...) Esto es, para saber cuál es el precio natural del medicamento Aspirina, que compramos hoy en la farmacia de la esquina, tenemos que esperar un largo periodo de tiempo. Si compramos hoy, para saber cuál es el precio natural debemos esperar qué es lo que sucederá en los próximos años que componen el ciclo económico (...) La determinación del precio natural jamás podría dar lugar a la existencia del delito de alteración fraudulenta del precio natural, ya que solo se conoce el precio natural, mucho tiempo después que se ejecutaron las conductas delictivas. ¿Es racional sostener que ese es el sentido y alcance que tienen las palabras precio natural em-

⁸ Recurso de nulidad del Ministerio Público.

pleadas por la ley al describir la figura delictiva del artículo 285 del Código Penal? Por cierto que tal interpretación es completamente irracional. Por ello afirmamos que el fallo contraviene la lógica y las irrationalidades conceptuales no permiten decir que se ha razonado para llegar a constituir una sentencia con considerandos”⁹.

Con independencia de quién tenga la razón sobre el punto de fondo, esta forma de argumentar manifiesta en forma bastante gráfica lo que en ocasiones ocurre cuando se traslada al foro penal este tipo de discusiones técnicas, donde se incrementa exponencialmente el riesgo de caer en razonamientos que aparentan ser de sentido común pero no resisten análisis desde el punto de vista científico. Para la ciencia económica es evidente que la determinación del equilibrio de largo plazo no pasa por esperar a que ese plazo transcurra efectivamente. Los modelos econométricos permiten precisamente proyectar las circunstancias hacia el futuro para obtener un valor ya en el presente.

En todo caso, el Tribunal de Juicio Oral prefirió mantener sus reflexiones a la sombra de los expertos economistas, invocando lo dispuesto por el artículo 21 del Código Civil. De ello resultó lo siguiente: “La interpretación literal de ‘precio natural’ tampoco explica por sí sola su sentido, debido a que requiere que se haga una estimación del valor pecuniario de una cosa y esa estimación debe ser con las cualidades que puntualizan la expresión natural. Es decir, al recurrir al tenor literal de ‘precio natural’, quedan sin explicación los factores que determinan la estimación del precio, que puede ser el precio real, que es el que cubre los gastos necesarios para su determinación, o el precio que los compradores estén dispuestos a pagar, que puede ser superior o inferior al precio que se determinó por el vendedor; debiendo, además, esta apreciación tener como condiciones las que se definen como ‘natural’, sin que se resuelva cuál es el precio verdadero y sin artificios. Entonces, teniendo en consideración que ‘precio natural’ se refiere a la retribución de una acción en materia comercial, como lo es el emprendimiento que realiza una persona natural o jurídica con el objetivo de obtener una compensación monetaria por los bienes o servicios que ofrece, ‘precio natural’ se erige como un concepto técnico de una ciencia, como es la ciencia económica; y, por consiguiente, se debe tomar

⁹ Recurso de nulidad de los querellantes Ramón Briones y Hernán Bosselin.

en el sentido que le den los que profesan esa ciencia. Por lo tanto, su interpretación se debe buscar en la ciencia económica y no en su tenor literal” (considerando 12°).

Es muy importante tener en cuenta que el concepto de precio natural ocupa un lugar clave, en la lógica de la sentencia absolutoria. En efecto, el Tribunal de Juicio Oral presentó su decisión como una cuestión de hecho: de la prueba que acreditó la coordinación para el alza de precios no puede inferirse a juicio del tribunal que haya existido “una intención falaz destinada a conseguir como resultado la tergiversación de los precios artificial y capciosamente, para lucrarse con ello, causando perjuicio a los destinatarios de los medicamentos”. La única forma de entender esto es relacionarlo con una definición previa del tribunal en el sentido de que el precio natural de un producto –que debe ser alterado con fraude para que se configure el delito–, es el que corresponde a sus costos de producción y a la remuneración del capital. No se dice expresamente, pero se asume que si la coordinación solo tuvo por objeto ajustar los precios a los costos de producción para superar una situación anómala producida por una guerra de precios, entonces no se verificaría el “fraude” que exige el tipo penal.

¿De dónde sale ese concepto de precio natural? Según lo discutido en el juicio, proviene del economista escocés Adam Smith, quien caracterizó en 1776 como la situación en que “el precio de cualquier producto no es ni más, ni menos, que lo suficiente para pagar la renta de la tierra, los salarios de la mano de obra y los beneficios del capital empleado en su preparación, elaboración y transporte al mercado de acuerdo a sus tasas naturales, el producto se vende por lo que puede llamarse su precio natural”. Según el tribunal, este concepto resultaría plenamente aplicable al día de hoy y, se agrega, habría guiado a la Comisión Redactora del Código Penal chileno.

El voto disidente, por el contrario, estuvo por condenar a los altos ejecutivos que conocían y monitoreaban la evolución de los precios asumiendo que el precio natural de una mercancía corresponde al que resulta del libre juego de la oferta y la demanda. En detalle:

- ni los miembros de la Comisión Redactora ni quienes redactaron el Código Penal español de 1848 se refieren a Smith o al precio natural como *terminustechnicus*: luego, hay que apelar al sentido natural y obvio;

- la determinación de los precios naturales no está clara en la obra de Smith ni hubo acuerdo entre los peritos que declararon en el juicio, de manera que la interpretación que se debe hacer de esas palabras es de conformidad con la regla del artículo 20 del Código Civil: según la RAE, natural quiere decir “hecho con verdad, sin artificio, mezcla ni composición alguna”;
- además: Pacheco realizaría una concordancia del artículo pertinente con la Ley 2ª del Título 7.º de la Partida 5ª, que incluiría los acuerdos colusorios de mercaderes que alteraran el precio “natural” o “corriente” del mercado.

A partir de estas definiciones, la introducción de cualquier distorsión artificial en la formación de los precios –también para hacerlos bajar– podría ser considerada como delictiva de acuerdo a la figura invocada.

El asunto fue zanjado, hasta donde es posible, por la Corte de Santiago en el fallo que rechazó el recurso de nulidad. “Discrepa esta Corte del recurrente (...) en cuanto a que para establecer el concepto del ‘precio natural’ deba recurrirse al sentido natural y obvio de las palabras, conforme a la primera regla de interpretación de la ley del Código Civil. La razón es que, si bien la expresión ‘precio’ puede entenderse en esa dimensión, no ocurre lo mismo con su complemento, esto es el término natural, pues incluso citando como fuente el Código Penal español de 1848, debe aceptarse que el ilícito en comento tiene especial aplicación en la actividad comercial, es decir, en un contexto específico y determinado, de modo tal que el adjetivo ‘natural’ no puede ser concebido de una manera habitual o simple, como lo sugiere el recurrente, sino que requiere para su real entendimiento cuál ha sido su acepción en el mundo comercial, con los elementos propios de la ciencia económica, como acertadamente razona el voto de mayoría. A mayor abundamiento, no explica el recurrente ni el voto disidente cómo llega a vincular ‘lo natural’ del precio con las reglas de la oferta y la demanda, simplemente lo da por evidente. La sentencia, en cambio, sí desarrolla el origen del concepto, su autor, su evolución y las fuentes bibliográficas y científicas que apoyan esa versión, dando cumplimiento a lo que dispone el artículo 297 del Código Procesal Penal” (considerando 10º).

Lo ocurrido en el juicio en relación con el concepto de precio natural plantea, entre otros, el problema de los denominados elementos normativos como técnica legislativa. Al respecto, pienso que hay al menos dos discusiones que ya no vale la pena tener:

- si existen o no los elementos normativos (E. Wolf vs. H. Welzel), pues todo depende de cómo se los defina;
- si conviene o no su uso: existe amplio acuerdo en que sí conviene usarlos.

La discusión interesante radica en cómo deben ser los elementos normativos para resultar aceptables desde el punto de vista del mandato constitucional de determinación.

Según el Tribunal Constitucional, los elementos normativos son una especie de “máquinas del tiempo” de los tipos penales, que permiten adaptar los tipos a los cambios en la legislación que da contenido a esos tipos. Así razonó, característicamente, en el Rol 1.281, caso Aguas Subterráneas. Son el desiderátum de una interpretación teleológica, y por lo mismo es allí también se esconde su peligro.

Con independencia de los problemas generales de la interpretación teleológica en derecho penal, considero acertado poner el acento en un aspecto sobre el cual el mismo Erik Wolf llamaba la atención hace casi un siglo: lo relevante desde el punto de vista del mandato de determinación de los tipos no es si el juez se encuentra ante elementos de índole valorativa, sino en qué medida la valoración subyacente viene realizada o preformada por el legislador o, por el contrario, queda entregada por completo a la apreciación “subjetiva” del tribunal¹⁰. Wolf precisa que cuando habla de apreciación “subjetiva” no se refiere “al saber subjetivo del individuo”, sino solo al sentido social que descubre interiormente el hombre preocupado de juzgar conforme a derecho¹¹. En este sentido sería posible distinguir entre conceptos valorativos *completos* y conceptos normativos *incompletos*. Solo los tipos penales que contienen esta última clase de referencias normativas podrían presentar auténticos problemas desde el punto de vista de la garantía de tipicidad.

¹⁰ WOLF (1929), pp. 54 y ss.

¹¹ WOLF (1931), p. 60.

Por cierto, se trata de una cuestión de grados: mientras “cónyuge” (artículo 390 del Código Penal) es un elemento normativo muy completo, “conviviente” (artículo 390 del Código Penal) lo es menos, y menos aún lo es “grave escándalo” (artículo 373 del Código Penal). Al grupo de los no aceptables me parece que pertenece “precio natural”.

6. LA AUTORÍA

El voto disidente plasmado la sentencia del Tribunal de Juicio Oral ilustra muy bien los desafíos que está planteando la praxis a la teoría de la intervención delictiva. Como se ha visto, la causa se siguió contra ejecutivos y empleados de tres cadenas farmacéuticas a quienes se acusó de concertarse secretamente para elevar los precios de determinados medicamentos. Esta conducta habría realizado, a juicio de la acusación, el tipo del delito establecido en el artículo 285 del Código Penal, que sanciona a quienes alteran fraudulentamente el precio natural de las mercancías.

El disidente da por acreditada la intervención en calidad de “autores del artículo 15 N° 1 del Código Penal” del gerente general de Farmacias Ahumada (Sergio Purcell) y del gerente comercial de la misma cadena (Ricardo Ewertz), pues “ambos [estaban] en conocimiento de las políticas de precios de la compañía, por tanto del competidor de referencia, siendo cambiado este en el período que se ha denominado colusivo, asimismo, hubo un aumento excesivo en las encuestas especiales mediante las cuales se monitoreaba a la competencia, de modo tal que *autorizaron la concreción de la conducta de acuerdo de precios* entre competidores con el objeto de alterar el precio natural de medicamentos”¹². Consideraciones análogas valen para los gerentes de las otras cadenas que se encontraban en posiciones similares.

La conducta autorizada por estos gerentes, es decir, el acuerdo de precios propiamente tal, fue ejecutado no obstante por empleados subalternos de las cadenas, principalmente las denominadas *category managers*, quienes también fueron acusadas por el mismo delito. El disidente entiende, sin embargo, que “no es posible atribuirle esta conducta a una exclusiva

¹² Considerando 5° del voto disidente (cursivas añadidas). El fallo de mayoría es absolutorio por falta de tipicidad, de modo que no se plantea mayores problemas en materia de intervención delictiva.

e independiente decisión tomada por las *category managers* sin que hubiera mediado consentimiento por parte de los acusados, de modo que es insostenible que el acuerdo haya sido una ‘arrancada de tarros’ de las *category managers*, como lo expuso textualmente el testigo Gabriel Berczely, expresión que, además de ser inadecuada, demuestra un total desconocimiento del hasta ese momento miembro del directorio de FASA, en cuanto a la forma en que se determinaban los precios y el mecanismo como estos eran ingresados en el sistema computacional de la empresa hasta llegar a las pantallas de los trabajadores de los distintos locales de las farmacias”¹³. En definitiva, el disidente decidió absolver a las *category managers* esgrimiendo una duda razonable acerca de su real intervención en los hechos (lo cual solo se postula sin mayor fundamento).

La decisión del juez disidente –prescindiendo de todas las omisiones e imprecisiones del razonamiento– da cuenta entre líneas de un conflicto real: a quién debe atribuirse la conducta típica desde el punto de vista penal en los casos en que la ejecución material (y consciente) de esa conducta parece disociarse de la competencia por el quebrantamiento de la norma. Este problema, que tal vez pudo ser secundario en épocas pasadas, está hoy en el centro de la preocupación de la praxis en materia de intervención delictiva. La teoría ha sido capaz de dar respuestas solo en una medida muy limitada, lo que podría explicar la aparente perplejidad con que se ha reaccionado al voto del juez disidente en esta materia.

En efecto, una teoría de la intervención delictiva acorde con las exigencias actuales debería asegurar, al menos, que en el proceso penal se planteen las preguntas correctas. Esto es lo que parece no haber ocurrido en el “caso Farmacias” en lo que respecta a la intervención delictiva. El juez disidente plantea un problema real y con frecuencia acuciante, el de la división jerárquica del trabajo y sus consecuencias en materia de intervención delictiva. Pero lo plantea como un asunto de “prueba” de la intervención, es decir, como una cuestión de hecho: si las *category managers* habían realizado o no la conducta de alteración fraudulenta de los precios. Esta forma de plantear el problema le conduce necesariamente al dilema de tratar a las *category managers* como autoras del delito o excluirlas por completo de la calidad de intervinientes en él. Ante esa disyuntiva, el disidente opta por absolver.

Sin embargo, tan difícil es aceptar que estas personas son las principales responsables como que carecen de toda competencia por el hecho.

¹³ Ídem.

La solución a mi juicio correcta exige dar un paso atrás y plantear la pregunta previa por la competencia. Quienes sean competentes en conjunto con otros serán, todos por igual, intervinientes en el hecho. Esta competencia conjunta, que es el genuino contenido de la accesoriedad¹⁴, se determina recurriendo a la teoría de las posiciones de garante y a las categorías de la imputación objetiva de conductas, en particular, el principio de confianza y la prohibición de regreso. En este plano, la respuesta es binaria: la persona es interviniente en el delito o no lo es. Luego habrá que ponderar el peso relativo de los aportes para definir a quiénes de entre los competentes corresponde la pena de autor; se trata de un ejercicio en cierto modo cuantitativo, que incide más o menos directamente en la determinación de la pena, según la regulación legal en cada ordenamiento. Desde esta perspectiva, si el hecho imputado hubiera sido delito, las *category managers* probablemente deberían haber sido condenadas a la pena del cómplice.

BIBLIOGRAFÍA

- CURY, Enrique. *Derecho Penal*, Parte General, 7ª ed., Santiago, 2005.
- NOVOA, Eduardo. *Curso de Derecho Penal Chileno*, Tomo I, Santiago, 1960.
- VAN WEEZEL, Alex. *Beteiligung bei Fahrlässigkeit*, Berlin, Duncker & Humblot, 2006.
- VAN WEEZEL, Alex. “Intervención delictiva y garantismo penal”, en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 8/2009, pp.432 y ss.
- WOLF, Erik. “Der Sachbegriff im Strafrecht”, en Schreiber, Otto (ed.), *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben. Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50 jährigen Bestehen des Reichsgerichts* (1. Oktober 1929), Tomo V: Strafrecht und Strafprozess (Berlin, Walter de Gruyter, 1929).
- WOLF, Erik. *Typen der Tatbestandsmäßigkeit. Vorstudien zur allgemeinen Lehre vom besonderen Teil des Strafrechts*, Breslau, F. Hirt, 1931.

¹⁴ Véase VAN WEEZEL (2006) pp. 107 y ss.; VAN WEEZEL (2009), pp. 432 y ss.

