

Sentencia Rol 1377

Santiago, veintitrés de junio de dos mil nueve.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

PRIMERO.- Que por oficio N° 8.045 de 28 de abril de 2009, la Cámara de Diputados ha enviado el proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, que modifica el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, referido al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, a fin de que este Tribunal, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N° 1°, de la Constitución Política de la República, ejerza el control de constitucionalidad respecto de los N°s 2°, letra c), 7°, 16 y 17, letra f), en relación con la letra n) que se incorpora al artículo 39, inciso segundo, del cuerpo legal antes indicado, todos del artículo primero del mismo;

SEGUNDO.- Que el artículo 93, inciso primero, N° 1°, de la Constitución Política, establece que es atribución de este Tribunal: "Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación";

TERCERO.- Que el artículo 77 de la Carta Fundamental dispone:

“Una ley orgánica constitucional determinará la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República. La misma ley señalará las calidades que respectivamente deban tener los jueces y el número de años que deban haber ejercido la profesión de abogado las personas que fueren nombradas ministros de Corte o jueces letrados.

La ley orgánica constitucional relativa a la organización y atribuciones de los tribunales, sólo podrá ser modificada oyendo previamente a la Corte Suprema de conformidad a lo establecido en la ley orgánica constitucional respectiva.

La Corte Suprema deberá pronunciarse dentro del plazo de treinta días contados desde la recepción del oficio en que se solicita la opinión pertinente.

Sin embargo, si el Presidente de la República hubiere hecho presente una urgencia al proyecto consultado, se comunicará esta circunstancia a la Corte.

En dicho caso, la Corte deberá evacuar la consulta dentro del plazo que implique la urgencia respectiva.

Si la Corte Suprema no emitiera opinión dentro de los plazos aludidos, se tendrá por evacuado el trámite.

La ley orgánica constitucional relativa a la organización y atribuciones de los tribunales, así

como las leyes procesales que regulen un sistema de enjuiciamiento, podrán fijar fechas diferentes para su entrada en vigencia en las diversas regiones del territorio nacional. Sin perjuicio de lo anterior, el plazo para la entrada en vigor de dichas leyes en todo el país no podrá ser superior a cuatro años.”;

CUARTO.- Que los preceptos del proyecto remitido sometidos a control de constitucionalidad establecen:

“Artículo 1°.- Introdúcense las siguientes modificaciones en el decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 211, de 1973:

2) Modifícase el artículo 6° en los siguientes términos:

c) Sustitúyese su inciso tercero por el siguiente:

“El Presidente de la República designará al abogado suplente y el Consejo del Banco Central al licenciado o post graduado en ciencias económicas, conforme al procedimiento señalado en la letra b) precedente, para lo cual se podrán considerar las mismas nóminas y concursos previstos para el nombramiento de los titulares.”

7) Agrégase el siguiente artículo 11 bis, nuevo:

"Artículo 11 bis.- Sin perjuicio de las incompatibilidades establecidas en el artículo 6°, los integrantes titulares y suplentes del Tribunal no podrán ser administradores, gerentes o trabajadores dependientes, ni asesorar o prestar servicios profesionales, a personas naturales o jurídicas que hayan tenido la calidad de parte en alguna causa que conoció el respectivo ministro, por el plazo de un año contado desde que dicho ministro cesó en su cargo, salvo que la dictación de la sentencia sobre una causa que hubiera conocido el ministro se encontrare pendiente, en cuyo caso el término de un año se contará desde la notificación de la sentencia.

La infracción de esta prohibición será sancionada con inhabilitación absoluta para desempeñar cargos públicos por el período de cinco años y con una multa a beneficio fiscal equivalente al último año de remuneraciones percibidas en el cargo, sanciones que serán aplicadas por la Corte Suprema a requerimiento de cualquier interesado.

El requerimiento a que alude el inciso precedente señalará con claridad y precisión los hechos que configuraren la infracción y a él se acompañarán o se ofrecerán, si fuera el caso, los medios de prueba en que se fundaren. Si el requerimiento no cumpliera estos requisitos, el pleno, convocado al efecto, lo declarará inadmisibles en cuenta, sin más trámite.

Admitido a tramitación el requerimiento el Presidente de la Corte Suprema dará traslado de éste al inculpado, el que deberá ser evacuado dentro de los ocho días hábiles siguientes a la fecha de recepción del oficio respectivo, que le será remitido junto con sus antecedentes por la vía que se estime más expedita.

Evacuado el traslado o transcurrido el plazo previsto en el inciso precedente, el Presidente de la Corte citará a una audiencia en que se recibirá la prueba que se hubiere ofrecido y designará el ministro ante el cual deberá rendirse. Efectuadas las diligencias o vencidos los plazos sin que se hubieren evacuado, ordenará traer los autos en relación ante el pleno de la Corte Suprema, especialmente convocado al efecto. La Corte Suprema sólo podrá decretar medidas para mejor resolver una vez terminada la vista de la causa.

Cualquiera de las partes podrá comparecer ante la Corte Suprema hasta antes de la vista de la causa.

La sentencia que acoja la sanción a que se refiere este artículo, dará derecho a quien se estime afectado a interponer recurso de revisión del fallo en que haya participado el sancionado, cuando considerare que su actuación y decisión fue perjudicial a sus intereses."

16) Sustitúyense los incisos segundo y tercero del artículo 33 por los siguientes:

"La Fiscalía Nacional Económica tendrá su sede en Santiago. Estará a cargo de un funcionario denominado Fiscal Nacional Económico, que será nombrado por el Presidente de la República mediante el proceso de selección de altos directivos públicos previstos en el párrafo 3° del Título VI de la ley N° 19.882. Durará cuatro años en su cargo, pudiendo renovarse su nombramiento por una sola vez.

El Fiscal Nacional Económico cesará en sus funciones por las siguientes causales:

- a) Término del período legal de su designación.
- b) Renuncia voluntaria aceptada por el Presidente de la República.
- c) Destitución por negligencia manifiesta en el ejercicio de sus funciones.
- d) Incapacidad.

La remoción por las causales señaladas en las letras c) y d) será dispuesta por el Presidente de la República, con el informe favorable de la Corte Suprema, a requerimiento del Ministro de Economía, Fomento y Reconstrucción. El informe favorable deberá ser emitido por el pleno de la Corte, especialmente convocado al efecto, y deberá reunir el voto conforme de la mayoría de sus miembros en ejercicio.

Al Fiscal Nacional Económico le corresponderá ejercer tanto la jefatura superior como la representación judicial y extrajudicial del servicio.

Sin perjuicio de los requisitos generales para ingresar a la Administración Pública, el Fiscal

deberá acreditar título de abogado y diez años de ejercicio profesional o tres años de antigüedad en el servicio."

17) Introdúcense las siguientes modificaciones en el inciso segundo del artículo 39:

f) Intercálanse a continuación de la letra m), las siguientes letras n) y ñ), nuevas, pasando la actual n) a ser o):

"n) En casos graves y calificados de investigaciones destinadas a acreditar conductas de las descritas en la letra a) del artículo 3°, solicitar, mediante petición fundada y con la aprobación previa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, autorización al Ministro de la Corte de Apelaciones que corresponda de acuerdo al turno, para que Carabineros o la Policía de Investigaciones, bajo la dirección del funcionario de la Fiscalía Nacional Económica que indique la solicitud, proceda a:

n.1) Entrar a recintos públicos o privados y, si fuere necesario, a allanar y descerrajar;

n.2) Registrar e incautar toda clase de objetos y documentos que permitan acreditar la existencia de la infracción;

n.3) Autorizar la interceptación de toda clase de comunicaciones, y

n.4) Ordenar a cualquier empresa que preste servicios de comunicaciones, que facilite copias y registros de las comunicaciones transmitidas o recibidas por ella.

La circunstancia de haber concurrido a la aprobación referida precedentemente, no será causal de inhabilidad de los ministros del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para conocer del proceso.

Para otorgar la autorización a que se refiere el párrafo primero, el Ministro de Corte de Apelaciones deberá verificar la existencia de antecedentes precisos y graves acerca de la existencia de prácticas de colusión, reunidos por la Fiscalía con anterioridad a la solicitud de autorización para hacer uso de las facultades de esta letra. En la autorización, se deberá especificar con precisión, la singularización de las medidas, el tiempo por el cual podrán ejercerse y las personas a las que dichas medidas pueden afectar.

El ejercicio de las facultades conferidas en el párrafo primero, deberá sujetarse a los requisitos y formalidades establecidos en los artículos 205; 207; 208; 209, incisos primero, segundo y tercero, no siendo aplicable la remisión de los antecedentes al fiscal regional para los efectos previstos en este último inciso; 210; 212 a 214, y 216 a 225, salvo el inciso tercero del artículo 222, del Código Procesal Penal. Sin perjuicio de lo anterior, la Fiscalía no podrá interceptar las comunicaciones entre el sujeto investigado y aquellas personas que, por su estado, profesión o función legal, como el abogado, medico o

confesor, tuvieren el deber de guardar el secreto que se les hubiere confiado.

Las expresiones "fiscal" o "Ministerio Público" a que hacen referencia las disposiciones del Código Procesal Penal, se entenderán hechas, para los efectos de la presente ley, al "Fiscal Nacional Económico". Las referencias a "juez" o "juez de garantía", se entenderán efectuadas al Ministro de la Corte de Apelaciones señalado en el párrafo primero de este literal; las alusiones a "juicio oral" se entenderán al "procedimiento", y las efectuadas a "imputado" se entenderán hechas al "afectado".

En caso que la Fiscalía no cumpliera con alguno de los requisitos o formalidades indicados en el párrafo cuarto, los afectados podrán reclamar ante el Ministro de Corte de Apelaciones a que se refiere el párrafo primero, el que resolverá de forma inmediata, en una sola audiencia, sin forma de juicio y oyendo a las partes.

Los resultados de las actuaciones establecidas en el párrafo primero, no podrán ser utilizados como medios de prueba en el procedimiento ante el Tribunal, cuando el desempeño o ejercicio de ellas hubiere tenido lugar fuera de los supuestos establecidos en la ley o cuando no se hubieren cumplido los requisitos previstos para su procedencia y hubiere sido declarado así, en la forma señalada en el párrafo precedente, por el Ministro de Corte de Apelaciones allí referido.

Los antecedentes que se obtengan en virtud del ejercicio de las facultades contenidas en esta letra, no podrán ser utilizados por la Fiscalía en ninguna otra investigación, salvo que medie una nueva autorización judicial;"

QUINTO.- Que las normas del proyecto sometido a control transcritas en el considerando anterior son propias de la ley orgánica constitucional a que se refiere el artículo 77, incisos primero, segundo y séptimo, de la Carta Fundamental, en atención a que legislan sobre la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República;

SEXTO.- Que por sentencia de 7 de octubre de 2003, dictada en los autos Rol N° 391, este Tribunal declaró que los artículos 6°, 7°, 9°, 11°, 12°, 18 y 27 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, son propios de la ley orgánica constitucional a que se refiere el artículo 77, incisos primero, segundo y séptimo, de la Constitución Política. Dichos preceptos son modificados por el artículo 1°, Nos 2°, 3°, 4°, 6°, 8°, 9° y 14 del proyecto en estudio;

SEPTIMO.- Que, en consecuencia, el Tribunal, en la misma forma como ha debido proceder en oportunidades anteriores, no puede dejar de pronunciarse sobre las normas comprendidas en el artículo primero, N°s 2°, letras a), b), d) y e), 3°,

4º, 6º, 8º, 9º y 14 del proyecto en análisis, puesto que, atendido lo antes expresado, forman parte de la ley de organización y atribuciones de los tribunales y tienen, por lo tanto, naturaleza orgánica constitucional;

OCTAVO.- Que en el artículo 1º, N° 17, letra f), del proyecto en examen, se incorpora al artículo 39, inciso segundo, del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que establece las atribuciones del Fiscal Nacional Económico, una nueva letra n) que dispone en su inciso primero lo siguiente:

“En casos graves y calificados de investigaciones destinadas a acreditar conductas de las descritas en la letra a) del artículo 3º, (podrá) solicitar, mediante petición fundada y con la aprobación previa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, autorización al Ministro de la Corte de Apelaciones que corresponda de acuerdo al turno, para que Carabineros o la Policía de Investigaciones, bajo la dirección del funcionario de la Fiscalía Nacional Económica que indique la solicitud, proceda a:

n.1) Entrar a recintos públicos o privados y, si fuere necesario, a allanar y descerrajar;

n.2) Registrar e incautar toda clase de objetos y documentos que permitan acreditar la existencia de la infracción;

n.3) Autorizar la interceptación de toda clase de comunicaciones, y

n.4) Ordenar a cualquier empresa que preste servicios de comunicaciones, que facilite copias y registros de las comunicaciones transmitidas o recibidas por ella.”;

NOVENO.- Que de acuerdo con lo que señala la nueva letra n), las actuaciones a que se refieren las letras n.1), n.2), n.3) y n.4) antes transcritas requieren para llevarlas a la práctica de la aprobación previa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la autorización de un Ministro de Corte de Apelaciones que sólo puede otorgarla luego de “verificar la existencia de antecedentes precisos y graves acerca de la existencia de prácticas de colusión” y en ella debe especificarse en forma precisa “la singularización de las medidas, el tiempo por el cual podrán ejercerse y las personas a las que dichas medidas pueden afectar.” Además, están sujetas a los requisitos y formalidades que se indican en la misma disposición;

DECIMO.- Que en estas circunstancias, esta Magistratura considera que las facultades que se otorgan a la Fiscalía Nacional Económica satisfacen las exigencias constitucionales al contemplarse en la norma en análisis los resguardos necesarios para proteger adecuadamente la dignidad y derechos fundamentales de los afectados con su ejercicio, pudiendo éstos incluso reclamar ante el Ministro de Corte de Apelaciones que haya autorizado las medidas en caso de que los requisitos y formalidades

establecidos para llevarlas a la práctica no sean observados;

DECIMOPRIMERO.-.- Que, consta de autos, que los preceptos indicados en los considerandos cuarto y séptimo han sido aprobados en ambas Cámaras del Congreso Nacional con las mayorías requeridas por el inciso segundo del artículo 66 de la Constitución Política de la República, y que sobre ellos no se ha suscitado cuestión de constitucionalidad;

DECIMOSEGUNDO.- Que, igualmente, consta de los antecedentes que se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 77, inciso segundo, de la Carta Fundamental;

DECIMOTERCERO.- Que las disposiciones señaladas en los considerandos cuarto y séptimo de esta sentencia no son contrarias a la Constitución Política.

Y, VISTO, lo dispuesto en los artículos 6º, 66, inciso segundo, 77, incisos primero, segundo y séptimo, y 93, inciso primero, N° 1º, e inciso segundo, de la Constitución Política de la República, 16 de la Ley N° 18.918 y lo prescrito en los artículos 34 al 37 de la Ley N° 17.997, de 19 de mayo de 1981, Orgánica Constitucional de este Tribunal,

SE DECLARA:

1.- Que las normas comprendidas en el artículo 1º, N°s 2º, letra c), 7º, 16 y 17, letra f) en relación con la letra n) que se incorpora al artículo 39, inciso segundo, del Decreto con Fuerza de Ley N°

1, de 2005, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, del proyecto remitido son constitucionales.

2.- Que las normas comprendidas en el artículo 1º, N°s 2º, letras a), b), d) y e), 3º, 4º, 6º, 8º, 9º y 14 del proyecto remitido son igualmente constitucionales.

Se previene que el **Ministro señor Enrique Navarro Beltrán** concurre al fallo, respecto a lo establecido en el artículo 1º, N° 17, del proyecto de ley, teniendo sí presente que el adecuado ejercicio de las facultades y atribuciones otorgadas a la Fiscalía Nacional Económica, reforzadas en la normativa propuesta, en lo relativo a la designación y remoción de su titular, supone el establecimiento de un organismo autónomo que dirija una investigación racional y justa, como lo ordena el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política, lo que no se condice con la circunstancia que se mantenga su carácter de servicio público descentralizado, si bien dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio e independiente de todo organismo y servicio, pero aún "sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción", en los términos que prevé el inciso primero del artículo 39 del Decreto Ley N° 211, materia que también ha sido analizada críticamente por la doctrina autorizada (Domingo Valdés Prieto, Independencia de la Fiscalía Nacional

Económica: una proposición para garantizarla, Ius Publicum N° 18, 2007, p. 73-92).

Acordada la sentencia con el voto en contra de los Ministros señores José Luis Cea Egaña y Marcelo Venegas Palacios, quienes estuvieron por declarar inconstitucional la nueva letra n), que la letra f) del numeral 17) del artículo 1º del Proyecto de Ley, introduce en el artículo 39 del decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 211, de 1973.

Los Ministros disidentes tuvieron presente para ello los motivos siguientes:

1. La norma señalada confiere al Fiscal Nacional Económico, en casos graves y calificados de investigaciones destinadas a acreditar ciertas conductas de aquellas que la misma ley considera que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, la atribución de solicitar, mediante petición fundada y con la aprobación previa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, autorización a un Ministro de la Corte de Apelaciones para que Carabineros o la Policía de Investigaciones, bajo la dirección del funcionario de la Fiscalía Nacional Económica que indique la solicitud, proceda a entrar a recintos públicos o privados y, si fuere necesario, a allanar y descerrajar; registrar e incautar toda clase de

objetos y documentos que permitan acreditar la existencia de la infracción; autorizar la interceptación de toda clase de comunicaciones, y ordenar a cualquier empresa que preste servicios de comunicaciones, que facilite copias y registros de las comunicaciones transmitidas o recibidas por ella.

2. Junto con establecer los requisitos y formalidades que deberán cumplirse para el ejercicio de las facultades indicadas, que consisten en la sujeción a lo dispuesto en los artículos 205; 207; 208; 209, incisos primero, segundo y tercero, no siendo aplicable la remisión de los antecedentes al fiscal regional para los efectos previstos en este último inciso; 210; 212 a 214, y 216 a 225, salvo el inciso tercero del artículo 222, del Código Procesal Penal, el precepto legal en cuestión establece que, en caso que la Fiscalía no cumpliera con alguno de dichos requisitos o formalidades, los afectados podrán reclamar ante el Ministro de Corte de Apelaciones que autorizó las diligencias, el que resolverá de forma inmediata, en una sola audiencia, sin forma de juicio y oyendo a las partes.

3. Las conductas atentatorias contra la libre competencia que autorizan el empleo de esta nueva facultad son los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la

producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación, esto es, la conducta que se conoce como colusión.

4. El párrafo primero de la norma en cuestión establece que, en las condiciones que indica, el Fiscal Nacional Económico podrá solicitar ***“autorización al Ministro de la Corte de Apelaciones que corresponda de acuerdo al turno, para que Carabineros o la Policía de Investigaciones, bajo la dirección del funcionario de la Fiscalía Nacional Económica que indique la solicitud...”***, proceda a practicar las diligencias que se señalan.

5. Como se desprende de su simple lectura, esta norma del proyecto de ley sometido a control faculta a un organismo de la Administración, la Fiscalía Nacional Económica, para que, previa autorización judicial, “dirija”, a través de uno de sus funcionarios que el Ministro de Corte no tiene posibilidad de objetar ni reemplazar, a Carabineros o a la Policía de Investigaciones para entrar, allanar y descerrajar recintos públicos o privados, sin distinción; registrar e incautar objetos y documentos de toda clase; interceptar toda clase de comunicaciones, y ordenar a las empresas que presten servicios de comunicaciones que faciliten copias y registros de comunicaciones de sus clientes.

6. Consideran estos jueces disidentes que esta norma no se ajusta a la Constitución, en primer

término, por vulnerar la independencia y autonomía que reconoce al Poder Judicial su artículo 76, la limitación que se impone al Ministro de Corte respectivo, en cuanto éste, al verse constreñido a designar al **"funcionario de la Fiscalía Nacional Económica que indique la solicitud..."** debe necesariamente designar al funcionario que le señale el Fiscal Nacional, cualquiera sea su calificación profesional o calidad funcionaria, pudiendo, en consecuencia, ser profesional o administrativo, de planta o a contrata, sin posibilidad de calificar su idoneidad, para que, bajo su dirección, la Fuerza Pública practique diligencias que afectan derechos fundamentales de terceros, como lo son el derecho a la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada.

7. Que estiman, asimismo, estos jueces disidentes que la norma cuestionada tampoco se ajusta a la Constitución cuando pone a Carabineros y a la Policía de Investigaciones **"bajo la dirección"** de un funcionario de un servicio público descentralizado, la Fiscalía Nacional Económica, transgrediendo lo dispuesto en el artículo 101 de la Carta Fundamental, por cuanto dichas instituciones, que conforman las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública y constituyen la fuerza pública, dependen del Ministerio encargado de la Seguridad Pública y son profesionales, jerarquizadas y disciplinadas, lo que implica que dependen exclusivamente del Ministerio señalado y

actúan únicamente bajo su dirección y la de sus mandos jerárquicos, en conformidad a las leyes orgánicas respectivas, pues, cuando la Carta Fundamental ha dispuesto que deban actuar bajo una dirección diversa lo ha señalado expresamente, como lo hace en su artículo 76, que faculta a los tribunales de justicia para impartir órdenes directas a la fuerza pública, y en su artículo 83, que confiere igual facultad al Ministerio Público durante la investigación, sin perjuicio de exigir autorización judicial previa cuando se puedan afectar derechos constitucionales.

8. Que, finalmente, en cuanto la norma en examen establece, en su párrafo sexto, que “en caso que la Fiscalía no cumpliera con alguno de los requisitos o formalidades indicados en el párrafo cuarto, los afectados podrán reclamar ante el Ministro de Corte de Apelaciones a que se refiere el párrafo primero, el que resolverá de forma inmediata, en una sola audiencia, sin forma de juicio y oyendo a las partes.”, consideran estos disidentes que, estando en juego el libre ejercicio de derechos fundamentales como los que se han indicado, al disponer la norma proyectada que los reclamos por infracción de las formalidades establecidas en resguardo de dichos derechos, deban resolverse **“de forma inmediata, en una sola audiencia, sin forma de juicio y oyendo a las partes”**, al privar al juez de un plazo razonable para verificar, evaluar y ponderar lo expuesto por

las partes, y a éstas de la oportunidad de allegar antecedentes en abono de sus pretensiones, no cumple el deber constitucional que recae sobre el legislador de establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos, en contravención a lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 19 de la Constitución.

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Mario Fernández Baeza, quien estuvo por declarar como inconstitucionales el nuevo párrafo segundo de la letra a) y la nueva letra n) del inciso 2º del artículo 39 del proyecto de ley bajo control, sustentado en los siguientes fundamentos:

I. Inconstitucionalidad de la facultad para disponer reserva o confidencialidad. Infracción al inciso segundo del artículo 8º de la Constitución.

1. Considerando el segundo inciso del artículo 8º de la Constitución, debe declararse como contrario a la Carta el otorgamiento de facultades al Fiscal Nacional Económico para *“disponer de oficio o a petición del interesado, que ciertas piezas del expediente sean reservadas o confidenciales”*, aun cuando tal decisión administrativa esté dirigida a *“proteger la identidad de quienes hayan efectuado declaraciones o aportado antecedentes en conformidad al artículo 39 bis”*- requisitos de la *“delación compensada”* en esta ley- *“o que contengan fórmulas, estrategias o secretos comerciales o de cualquier otro elemento cuya revelación pueda afectar*

significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular, o resguardar la eficacia de investigaciones de la Fiscalía”.

2. La norma constitucional facultativa para establecer el secreto o la reserva de los actos y resoluciones de órganos del Estado, así como de sus fundamentos y los procedimientos que utilicen, es excepcional y, por ello, expresa. Ninguno de los motivos que autorizarían al Fiscal Nacional Económico para hacer uso de ella, puede cobijarse bajo la estricta enumeración del inciso segundo del artículo 8º constitucional. Esto, además, en la medida en que el proyecto de ley bajo control se considerado suficientemente habilitatorio para ello, esto es, si fuese considerada como ley de quórum calificado y destinada expresamente para respaldar tal propósito.

II. Inconstitucionalidad de la asimilación de la Fiscalía Económica con el Ministerio Público. Infracción al artículo 83º de la Constitución.

3. En el quinto párrafo de la nueva letra n) del inciso segundo del artículo 39 del proyecto de ley bajo control, se lee: *“Las expresiones “fiscal” y/o “Ministerio Público” a que hacen referencias, las disposiciones del Código Procesal Penal se entenderán, para los efectos de la presente ley, como “Fiscal Nacional Económico”.* Esta asimilación es inconstitucional, pues el artículo 83 de la Carta dispone que el Ministerio Público *“dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos*

constitutivos de delito" Consecuentemente con tal disposición, y después de reiterar aquella función, la Ley 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público, señala en el inciso segundo del artículo 2º: *"Los fiscales, en los casos que tengan a su cargo, dirigirán la investigación y ejercerán la acción pública con el grado de independencia, autonomía y responsabilidad que establece esta ley."*

4. Consecuentemente, si se aceptara la asimilación señalada, igualmente debiera aceptarse que la Fiscalía Nacional Económica conoce de *delitos* en su acepción del artículo 3º del Código Penal, de *crímenes y de simples delitos*, y no de *faltas* como se ha cuidado de mantener bajo la denominación de *infracciones* en el DFL N°1 de 2005 y en el texto que lo modifica bajo el presente control, en el primer párrafo de la letra a) del inciso segundo del artículo 39: (Serán atribuciones y deberes del Fiscal Nacional Económico): *"a) Instruir las investigaciones que estime procedentes para comprobar las infracciones a esta ley"*). Las consecuencias de tal asimilación no sólo vulnerarían la exclusividad del Ministerio Público para tales funciones, sino que otorgarían calidad de pena en el sentido jurídico cabal a la imposición de multas, con todas las consecuencias materiales y procesales pertinentes.

5. Igualmente inconstitucional resulta, y por las mismas consideraciones expuestas, lo dispuesto en el cuarto párrafo de la letra n) del inciso segundo

del artículo 39 que nos ocupa, al remitir al Código Procesal Penal en sus artículos 205 hasta el 225, con leves excepciones, los requisitos y formalidades a los cuales debe sujetarse el ejercicio de las facultades para violar domicilios, comunicaciones y correspondencias, conferidas en el presente proyecto de ley bajo control y a cuya inconstitucionalidad nos referimos en considerandos posteriores de esta disidencia.

6. Otra consecuencia ineludible de la impropiedad de la asimilación referida es la facultad que se le otorga en el primer párrafo de letra n) del inciso segundo del artículo 39, a un funcionario de la Fiscalía Nacional Económica para que, ***"bajo su dirección"***, Carabineros o la Policía de Investigaciones proceda a realizar las acciones que a continuación se señalan y cuya inconstitucionalidad se indicará. Como se ha recordado, el artículo 83 de la Constitución establece que la dirección de la investigación de hechos constitutivos de delito le corresponde ***exclusivamente*** al Ministerio Público, atribución que no se relativiza o desaparece por la autorización judicial que la aprueba, si ella procediera.

III. Inconstitucionalidad de las facultades para violar domicilios, documentos y comunicaciones. Infracción al numeral 5º del artículo 19 de la Constitución.

7. En el primer párrafo de la letra n) del inciso segundo del artículo 39 del proyecto de ley bajo control, así como en la enumeración que le sigue, se confiere al Fiscal Nacional Económico facultades que por su calidad de exceso en un Estado de Derecho y su evidente inconstitucionalidad, merecen ser transcritas textualmente: *“En casos graves y calificados de investigaciones destinadas a acreditar conductas de las descritas en la letra a) del artículo 3º, solicitar, mediante petición fundada y con la previa aprobación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, autorización al Ministro de la Corte de Apelaciones que corresponda de acuerdo al turno, para que Carabineros o la Policía de Investigaciones, bajo la dirección del funcionario de la Fiscalía Nacional Económica que indique la solicitud, proceda a:*

n.1) Entrar a recintos públicos o privados y, si fuere necesario, a allanar y descerrajar;

n.2) Registrar e incautar toda clase de objetos y documentos que permitan acreditar la existencia de la infracción;

n.3) Autorizar la interceptación de toda clase de comunicaciones, y

n.4) Ordenar a cualquier empresa que preste servicios de comunicaciones, que facilite copias y registros de las comunicaciones transmitidas o recibidas por ella.”

8. La mencionada norma vulnera la Constitución severamente. Desde luego, el ejercicio de la soberanía, del cual fluye la formación de la ley, no es ilimitado. En las Bases de la Institucionalidad de la Carta, artículo 5º, inciso segundo, se declara con nitidez: *"El ejercicio de la soberanía reconoce como **limitación** el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana."* Tal precepto constitucional no es una suerte de antesala programática para exigir el respeto y promoción de tales derechos por parte del Estado, como se establece en el resto del inciso, sino una indicación de la esfera de su efecto, que abarca toda la amplitud de la actividad de los órganos y autoridades descritas en la Constitución.

No puede, en consecuencia, una ley por inmaculada que resulte su tramitación, o suficientes los quórum obtenidos para aprobarla, y por aplaudidos popularmente que sean sus contenidos, satisfacer el test de inconstitucionalidad si su contenido lesiona aquellos derechos.

9. La expresión *esenciales*, que el constituyente agregó innecesariamente a la condición de emanar de la naturaleza humana, produce la incentivación de una discusión tan absurda como es determinar cuáles derechos de aquellos que emanan de la naturaleza humana no serían esenciales, y en consecuencia cuál denominación ellos tendrían: *"¿no esenciales?"*. Más aún, si siguiésemos esa lógica, estaríamos afirmando

que existen derechos que emanan de la naturaleza humana, que además son formalmente constitucionales (según el título del capítulo III de la Carta), pero que al Estado no le cabe el deber de respetarlos ni de promoverlos, como ordena el inciso segundo del artículo 5º constitucional que comentamos.

10. Consecuentemente con lo afirmado, los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana lesionados por la letra n) del inciso segundo del artículo 39 de la ley bajo control, son aquellos que encuentran seguro cobijo constitucional en el número 5º del artículo 19, esto es, la inviolabilidad del hogar, la inviolabilidad de las comunicaciones privadas y la inviolabilidad de los documentos privados, y que han acompañado desde siempre al ordenamiento constitucional de Chile. Recuérdese que estos derechos ya estaban consagrados en el Reglamento Constitucional Provisorio de 1812, cuyo artículo 16 señalaba: "Se respetará el derecho que los ciudadanos tienen a la seguridad de sus personas, casas, efectos y papeles; y no se darán órdenes sin causas probables, sostenidas por un juramento judicial, y sin designar con claridad los lugares o cosas que se han de examinar o aprehender.". La Constitución de 1818, más escueta y precisa, establecía en su artículo 5º: "La casa y los papeles de cada individuo son sagrados, y esta ley sólo podrá suspenderse en los casos urgentes en que lo acuerde el Senado". La Constitución de 1822 declaraba en su

artículo 224:" Es sagrada la inviolabilidad de las cartas y la libertad de las conversaciones privadas." El artículo 120 de la Constitución de 1823, prevenía:" La casa del ciudadano es inviolable, y sólo puede examinarse en virtud de un decreto especial de autoridad competente, y manifestado previamente al dueño". Otra formulación se encuentra en la Constitución de 1828, artículo 16:" Ninguna casa podrá ser allanada, sino en caso de resistencia a la autoridad legítima, y en virtud de mandato escrito de ella." La Constitución de 1833 consagró estos derechos en los artículos 146 y 147: "La casa de toda persona que habite el territorio chileno es un asilo inviolable, y sólo puede ser allanada por un motivo especial determinado por la ley, y en virtud de orden de autoridad competente"; "La correspondencia epistolar es inviolable. No podrá abrirse ni interceptarse, ni registrarse los papeles y efectos, sino en los casos expresamente señalados por la ley." Por último, en la Constitución de 1925, bajo la fórmula de "La Constitución asegura a todos los habitantes de la República" con que se iniciaba el extenso artículo 10º, el numeral 12º señalaba:" La inviolabilidad del hogar. La casa de toda persona que habite el territorio chileno sólo puede ser allanada por un motivo especial determinado por la ley y en virtud de orden de autoridad competente"; y el numeral 13º agregaba:" La inviolabilidad de la correspondencia epistolar y telegráfica y de las

comunicaciones telefónicas. No podrán abrirse ni interceptarse, ni registrarse los papeles o efectos públicos, sino en los casos expresamente señalados por la ley."

11. Los derechos mencionados son de aquellos denominados por la teoría jurídica constitucional comparada como "de defensa" pues, desde antiguo, han sido consagrados como garantías frente al poder del Estado, cuyos funcionarios, que están llamados a protegerlos, son quienes pueden lesionarlos arbitrariamente o con respaldo legal, como se intenta justificar en el presente proyecto de ley. El tratadista Alfredo Etcheverry se refiere a la relación entre la norma constitucional y uno de los delitos con ella relacionados, el allanamiento irregular, con los siguientes términos: "*Los términos de la Constitución son, por desgracia, insuficientes para crear por sí mismos una garantía contra los abusos legislativos. Habría sido preferible que se hubiera referido al allanamiento*" por los funcionarios que la ley señale, en los casos y formas que la ley determine, y en virtud de orden de tribunal competente". De este modo se habría reservado constitucionalmente al Poder Judicial la facultad de ordenar allanamientos, y se obligaría a las leyes a determinar los casos en que el allanamiento procede y quiénes pueden llevarlo a cabo; no sólo quiénes pueden decretarlo: La deficiencia fundamental del texto de la Constitución

radica en la posibilidad de que se califique por ley de "autoridad competente" para ordenar allanamientos a cualquier funcionario administrativo, respetando así el tener literal de la Constitución, pero con evidente desmedro de la garantía constitucional." (Derecho Penal. Parte Especial, Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, 1998, págs. 262-263).

12. En otras palabras, siempre que se violan tales derechos, aún con respaldo legal, se produce **típicamente un ilícito constitucional**. Sólo que en algunos casos tal ilícito jurídicamente se justifica, se atenúa o se mitiga, o la pena no se aplica, considerando la envergadura y naturaleza de los bienes jurídicos amenazados por las conductas punibles investigadas y la personería de los que lo cometen. En su dimensión puramente penal, respecto de esta situación, se habla de causales de justificación para cometer una acción punible típica. Como lo señala Hans- Heinrich Jescheck: "La justificación significa que una acción aunque en si misma opuesta a una norma general prohibitiva, aparece en el caso concreto de tal forma configurada que debe aceptarse en beneficio de valores superiores la lesión o puesta en peligro del objeto de la acción protegido y aprobarse también el fin perseguido por el autor. En otras palabras, a consecuencia de la intervención de la contra-norma, desaparecen o se contrarrestan, del todo o en su mayor parte, tanto el injusto del

resultado como el de la acción." (Tratado de Derecho Penal, Parte General, Volumen Primero, pág.444).

A simple vista, la norma impugnada de la especie cumpliría con tales respaldos para pare permitir el asalto a los derechos mencionados: Desde luego, la propia dictación de una ley que contempla tal facultad entregada a un funcionario público, la autorización de un Ministro de la Corte de Apelaciones para que se ejecuten por la fuerza pública las agresiones que se indican, y la constatación por éste de la gravedad de la conducta objeto de la investigación.

13. Un examen más detenido de la norma bajo control, sin embargo, derriba los supuestos habilitantes descritos. En primer lugar, no existe ninguna **proporción** -principio éste junto al de la intervención menos lesiva, de todos los derechos de coacción- **entre la conducta infraccional descrita en el artículo 3º del proyecto de ley bajo control, y las medidas de fuerza que se autoriza a llevar a cabo.** A pesar del contexto de opinión pública en que su tramitación y despacho ha tenido lugar, **este proyecto de ley no ha calificado a la colusión como delito en el sentido punible y su comisión no ha sido castigada con privación de libertad.** Así lo decidió el legislador. No parece razonable, por lo tanto, al tenor de su texto, que para investigar una falta administrativa, penada sólo por multa, se autorice a lesionar los sensibles derechos que se han descrito y

con el eventual empleo de la fuerza como se determina.

14. En segundo lugar, el involucramiento de un Ministro de la Corte de Apelaciones en la lesión a los derechos del número 5º del artículo 19 de la Constitución, es improcedente por tres motivos. Por una parte, se le entrega una atribución que no figura en el Código Orgánico de Tribunales y que excede a sus capacidades. No puede un Magistrado superior hacerse responsable de una autorización para ejecutar acciones con consecuencias jurídicas y fácticas de esta seriedad, a partir de una investigación que no conoce ni que ha conducido. Considérense que la Corte Suprema en su informe legislativo correspondiente, advirtió, sin pronunciarse sobre el fondo del encargo, que el Ministro de marras debiera contar con un "tiempo razonable (24 a 48 horas) para decidir acerca de la autorización de las diligencias. Por otra parte, las eventuales consecuencias jurídicas negativas que pudiesen tener estas denominadas diligencias, y hasta las consecuencias personales o patrimoniales que la fuerza con que aquellas se lleven a cabo pudiesen acarrear, caerían bajo la responsabilidad del Magistrado, en cuanto se relacionen con los requisitos que tendrá que tener a la vista para proceder a la autorización y que se encuentran detallados en el párrafo tercero de la norma bajo examen. Por último, al Ministro de Corte de Apelaciones al que la norma que examinamos se

refiere, y que la Corte Suprema hizo notar que no se especifica en el proyecto de ley, se le entrega la atribución de servir de instancia de reclamación en contra de la Fiscalía si ésta no hubiese cumplido con algunos de los requisitos o formalidades según la asimilación al Código Procesal Penal, que ya analizamos en el considerando 5º de esta disidencia, misma que debiera resolver *“en forma inmediata, en una sola audiencia, sin forma de juicio y oyendo a las partes”*, esto es, considerando la gravedad de las infracciones que ello implica, con serio riesgo de caer en infracciones al debido proceso.

15. Se concluye la presente disidencia recordando que el control de constitucionalidad de la especie, establecido en el numeral 1º del artículo 93 de la Constitución, consiste en una confrontación abstracta entre una ley orgánica constitucional y la Carta en su amplio sentido jusconstitucionalista. Por lo tanto un resultado de inconstitucionalidad en este examen, como el que fluye de esta disidencia, no altera en ningún sentido la debida deferencia entre los poderes públicos involucrados ni la presunción de legalidad que acompaña a las normas despachadas por los órganos colegisladores, sino más bien contribuye a la debida pulcritud de trato jurídico que toda eventual infracción a la Carta Fundamental amerita. Si algo formalmente jurídico distingue al Estado de Derecho es impedir que se verifique una antigua tentación de quien posee el monopolio de la coacción:

impedir que la fuerza reemplace a la ley, que la arbitrariedad reemplace a la legalidad, y que la ley, permitiendo la fuerza en nombre del orden y de la seguridad, lesione a la Constitución.

Redactaron la sentencia los Ministros que la suscriben.

Redactó la prevención su autor el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán. Redactó la primera disidencia el Ministro señor Marcelo Venegas Palacios y la segunda disidencia su autor el Ministro señor Mario Fernández Baeza.

Devuélvase el proyecto a la Cámara de Diputados, rubricado en cada una de sus hojas por el Secretario del Tribunal, oficiándose.

Regístrese, déjese fotocopia del proyecto y archívese.

Ro1 N° 1.377-2009.

Se certifica que el Ministro Hernán Vodanovic Schnake concurrió a la vista de la causa pero no firma por estar haciendo uso de su feriado legal

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente don Juan Colombo Campbell y los Ministros señores, José Luis Cea Egaña, Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, Marcelo Venegas Palacios, Enrique Navarro Beltrán, Francisco

Fernández Fredes y Carlos Carmona Santander. Autoriza
el Secretario del Tribunal Constitucional, don Rafael
Larrain Cruz.