



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Departamento de Derecho Procesal

EL VALOR PROBATORIO DE LA DECLARACIÓN  
EXTRAJUDICIAL PROVENIENTE DE LA DELACIÓN  
COMPENSADA Y LA PROTECCIÓN DE IDENTIDAD

TESIS PARA OPTAR AL GRADO ACADÉMICO DE LICENCIADO EN CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES

LUCAS OREZZOLI VIEJO

PROFESOR GUÍA: JONATAN VALENZUELA SALDÍAS

SANTIAGO, CHILE

2020

## **AGRADECIMIENTOS**

Este trabajo no habría podido desarrollarlo sin la motivación y ayuda de Óscar Gárate. También, agradezco a Jonatan Valenzuela por su apoyo como profesor guía, y a Verónica Bagladi por su consejo cuando necesitaba mantener la calma (o volver a ella) durante el proceso. Por último, agradezco a mi amigo Juan Pablo Gutiérrez por sus sugerencias en cuestiones de redacción y estilo.

## ÍNDICE

<b>RESUMEN O ABSTRACT.....</b>	<b>4</b>
<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>5</b>
<b>I. EL PROCESO SANCIONATORIO DE LIBRE COMPETENCIA Y LA ACTIVIDAD PROBATORIA.....</b>	<b>8</b>
A. EL SISTEMA DE LIBRE COMPETENCIA.....	8
B. EL PROCESO SANCIONATORIO.....	10
C. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA.....	11
1. <i>Inclusión del material probatorio y valoración conforme a la sana crítica.....</i>	<i>11</i>
2. <i>Consecuencias de la sana crítica en el Derecho de la Competencia.....</i>	<i>15</i>
D. EL ESTÁNDAR DE PRUEBA (EdP).....	16
1. <i>El EdP como el momento de decisión sobre los hechos probados.....</i>	<i>16</i>
2. <i>El EdP en el proceso sancionatorio de libre competencia.....</i>	<i>17</i>
E. LA DELACIÓN COMPENSADA.....	18
1. <i>Concepto de delación compensada de acuerdo con nuestra legislación y doctrina.....</i>	<i>18</i>
2. <i>La eficacia probatoria de la delación compensada según la jurisprudencia.....</i>	<i>20</i>
<b>II. LA DECLARACIÓN DEL DELATOR Y SU CONFIDENCIALIDAD.....</b>	<b>24</b>
A. LA DECLARACIÓN DEL DELATOR.....	24
1. <i>El expediente administrativo de investigación de la FNE y su judicialización.....</i>	<i>24</i>
2. <i>La ratificación en juicio de las declaraciones de ejecutivos, representantes o personas naturales rendidas ante la FNE.....</i>	<i>25</i>
B. LA PROTECCIÓN DE IDENTIDAD.....	26
1. <i>Reserva o confidencialidad de la información en los procesos de libre competencia.....</i>	<i>26</i>

2.	<i>El sentido de la protección de identidad del delator y de las personas naturales que intervienen en el procedimiento ante la FNE.....</i>	29
C.	EL VALOR DE LA CONTRADICCIÓN.....	30
1.	<i>Ni testimonio o confesión.....</i>	30
2.	<i>El derecho al debido proceso.....</i>	33
3.	<i>El control de errores y la protección de identidad como regla contra epistémica.....</i>	35
4.	<i>La necesidad de un chequeo de fiabilidad.....</i>	38
D.	TIPO DE PRUEBA.....	40
1.	<i>Ni prueba directa ni indirecta.....</i>	40
2.	<i>Toma de posición.....</i>	42
<b>III.</b>	<b>ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA: Caso Navieras.....</b>	<b>45</b>
<b>IV.</b>	<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>50</b>
	<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>52</b>

## RESUMEN O ABSTRACT

El presente trabajo ofrece un análisis sobre el valor probatorio de las declaraciones extrajudiciales transcritas en el expediente administrativo de investigación —que después se presentará como material probatorio en juicio— de la Fiscalía Nacional Económica cuando opera la protección de identidad señalada en el artículo 39º literal a) del DL 211.

Se buscará explicar porqué tales declaraciones no pueden poseer la calificación institucional de testimonio o confesión, yendo más allá del argumento comúnmente esgrimido de que contrarían los principios del debido proceso. En relación con este punto, se respaldará la opinión de que el sentenciador no puede concluir la existencia de una colusión a partir de la sola declaración que un co-conspirador presta a la FNE, en el marco de una delación compensada. En este sentido, se irá contra la visión, a veces sostenida por la jurisprudencia, de que la prueba recabada mediante este mecanismo poseería una mayor eficacia, debido a su posición institucional, frente al resto de las evidencias rendidas en juicio.

Por otro lado, se hará una revisión crítica del binomio *prueba directa e indirecta*, usualmente aplicado por la jurisprudencia y doctrina, para valorar las evidencias rendidas en el proceso sancionatorio a la luz de este problema. Se sostendrá que dichas categorías no aportan una distinción analíticamente clara y útil para efectuar una valoración racional de la prueba.

Finalmente, se analizará la posición que ha ido tomando la jurisprudencia analizando particularmente el caso *Navieras*.

## INTRODUCCIÓN

Hasta la fecha, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante indistintamente TDLC o Tribunal) ha conocido un número acotado de casos de colusión en los cuáles ha operado la delación compensada (establecida en los artículos 39 bis y 63 del DL 211), eximiendo o reduciendo así la responsabilidad de las empresas deladoras<sup>1</sup>.

La colusión es la conducta anticompetitiva más grave que persigue el proceso sancionatorio de libre competencia. Lo anterior debido al impacto negativo que conlleva dicha práctica al bienestar social que una economía de mercado anhela lograr en la producción y consumo de bienes y servicios, así como en la credibilidad del mecanismo de mercado como un medio idóneo para la distribución eficiente de los mismos. Dicho impacto negativo es tal que, tanto en Chile como en el Derecho comparado, dicho ilícito es sancionable bastando solamente con probar la existencia de un acuerdo con miras a restringir la competencia (*regla per se*)<sup>2</sup>.

Por su parte, la delación compensada (también denominada programa de clemencia) es, conforme al artículo 39 bis, aquel mecanismo que atenúa o exime de las sanciones administrativas y penales a quien, habiendo participado de un cartel, aporte a la Fiscalía Nacional Económica (en adelante indistintamente Fiscalía o FNE) antecedentes que permitan acreditar dicha conducta, así como identificar y sancionar a los demás responsables.

En sus pronunciamientos, el TDLC ha sostenido que el principal valor que ha de tener en cuenta de esta institución dice relación con su eficacia para desarticular carteles<sup>3</sup>. Con

<sup>1</sup> Dentro de esta situación contamos los casos *Compresores* (C-207-10); *Buses Curacaví* (C-224-11); *Asfaltos II* (C-280-14); *Navieras* (C-292-15); *Inyectables* (C-312-16); *Papeles* (C-299-15).

<sup>2</sup> En Chile, sin embargo, la tendencia jurisprudencial ha sido más bien ambigua en esta materia. En un principio se comenzó aplicando una *regla de la razón*, la cual, lentamente fue mutando hacia una regla intermedia entre ésta y la *regla per se*, la cual se ha etiquetado como *regla objeto* o *per se modificada*. En este sentido, se hace referencia a acuerdos que, en atención a su fisonomía, le confieren poder de mercado a sus suscriptores y, en consecuencia, tenga la "aptitud objetiva" de generar efectos nocivos en la libre competencia. (Véase a GÁRATE M., Óscar. *El ilícito anticompetitivo de colusión: un análisis crítico a la institucionalidad en la lucha contra de la colusión*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Santiago, Chile, Universidad de Chile, 2014, pp. 186-195).

<sup>3</sup> "(...) Su creación se explica por la dificultad de perseguir, investigar y acreditar la existencia de este tipo de ilícitos, los que se organizan, implementan y monitorean de manera oculta, por lo que resulta muy difícil recabar pruebas directas de su comisión. De este modo, el beneficio de la delación compensada desestabiliza este tipo de acuerdos, al introducir un elemento de incertidumbre relativo al compromiso de cada uno de los integrantes." (TDLC, sentencia N° 160/2017, considerando centésimo octogésimo noveno).

respecto a lo anterior, la delación compensada permite i) prevenir que se celebren carteles; ii) detectar carteles existentes; iii) obtener evidencias que corroboren la existencia de ellos.

De los antecedentes más relevantes que han de aportar los delatores, está su declaración extrajudicial respecto de su participación en el cartel, así como la individualización del resto de los agentes que actuaron concertadamente con ellos. Estas declaraciones usualmente quedan transcritas en actas que la FNE incorpora en el expediente administrativo que elabora en la fase de investigación, para después presentarlo como prueba en el proceso sancionatorio que es llevado ante el TDLC.

Asimismo, la FNE está facultada, en virtud del artículo 39 letra a), para proteger la confidencialidad o reserva de los antecedentes que conforman su investigación, y en específico, la identidad de quienes efectúen declaraciones o aporten antecedentes en el marco de una delación compensada, siendo de este modo, inaccesible para los otras partes del proceso o terceros ajenos.

Así las cosas, sólo la Fiscalía y el Tribunal —y no los demás requeridos— podrán conocer la identidad del delator en caso de que se requiera la ratificación de este para verificar ante el tribunal los enunciados de hechos contenidos en el expediente de investigación. Esto ha traído como consecuencia que, en la práctica, se ordene al resto de los requeridos *delatados* que abandonen la sala de audiencias, a fin de que los delatores puedan reconocer —ratificar— sus declaraciones *a espaldas* de la defensa<sup>4</sup>.

Lo anterior trae aparejado dos inconvenientes. Primero, que al restringir la publicidad de antecedentes probatorios que resultan claves para fundar la acusación, se imposibilita la confrontación de dichas pruebas por parte de la defensa (concretamente a través de la técnica de contrainterrogación).

En segundo lugar que, al no tener acceso a la identidad del testigo o confesor, la defensa no será capaz de estimar qué intereses pudiera tener aquella persona detrás de su posición de delator, qué información podría estar escondiendo, si está burlando o no la ley, etcétera. Es decir, la protección de identidad disminuye el control de errores, por un lado,

<sup>4</sup> Situación denunciada, por ejemplo, en el caso de FNE con CMPC Tissue S.A y SCA, C-299-2015 (ver fojas 6601 y ss. del expediente).

impidiendo que la defensa pueda dirigir preguntas al delator que cuestionen el contenido de su declaración; y, por otro, imposibilitando que pueda efectuar un examen de fiabilidad respecto de su persona.

No obstante lo anterior, el TDLC ha sostenido en ocasiones que este tipo de declaraciones, una vez ratificadas ante él, adquieren el carácter institucional de prueba testimonial o confesional, confiriéndole, por tanto, un mayor aval epistémico a ojos de la sana crítica e, incluso, pudiéndola posicionar como una *prueba directa* que corrobore la hipótesis de colusión<sup>5</sup>.

El impacto negativo de valorar de este modo dichas evidencias se agrava al considerar el privilegio injustificado que ha gozado la prueba derivada de la delación compensada, al considerarse como una aparentemente más apta o eficaz en atención a su misión institucional. Como veremos, la jurisprudencia no ha tomado una posición clara respecto a la eficacia de la prueba obtenida mediante la delación compensada, pecando en ocasiones por depositar una confianza, a nuestro juicio, injustificada sobre ella.

Así las cosas, el objetivo central de esta memoria será explicar porqué las delaciones transcritas en la fase administrativa de investigación, cuyas identidades de sus emisores se desconoce, jamás pueden considerarse como prueba testimonial o confesional en juicio si se atiende que no hay una oportunidad de contradicción para la defensa (tal como lo ha reconocido la Corte Suprema<sup>6</sup>), considerando que, sin esta, la probabilidad de error aumenta. En relación con este punto, se afirmará que la declaración prestada en el marco de un programa de clemencia no basta, por sí sola, para acreditar la hipótesis de la colusión.

Junto con lo anterior, se hará una revisión crítica de la categoría o fórmula canónica usada por la jurisprudencia al momento de valorar la prueba y su relación con el tema ya señalado: la distinción entre *prueba directa e indirecta*.

Por último, se revisará la posición que ha tomado la jurisprudencia respecto a la prueba proveniente de la delación compensada a raíz, especialmente, del caso *Navieras*<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Ver sentencias del TLDC números 122/2012, considerando vigésimo quinto y 133/2014, considerando centésimo décimo sexto.

<sup>6</sup> Ver sentencia de la Corte Suprema Rol 1531–2018, considerando cuadragésimo octavo.

<sup>7</sup> TDLC, sentencia N° 292-2015, “Requerimiento FNE contra CCNI y otras”.

## I. EL PROCESO SANCIONATORIO DE LIBRE COMPETENCIA Y LA ACTIVIDAD PROBATORIA

### A. EL SISTEMA DE LIBRE COMPETENCIA.

Se puede afirmar que el fin de una política de competencia está dirigido a proteger a la libre competencia, entendiéndose esta como un medio para lograr una eficiente asignación de recursos en los mercados. De acuerdo con Claudio Agostini, dicha eficiencia tiene al menos dos sentidos. Uno *asignativo*, el cual dice relación con que “el valor de un producto para los consumidores es igual, en el margen, al valor de los recursos utilizados para producirlo”, y otro *productivo*, el cual se materializa “cuando los bienes se producen al mínimo costo posible”<sup>8</sup>. En consecuencia, un mercado que opera eficientemente es aquel que mayor bienestar social genera en un mundo donde los recursos son escasos.

Con lo anterior, necesitamos una institucionalidad que esté orientada a i) disuadir a los competidores de desplegar conductas anticompetitivas en los mercados; ii) detectar a quienes incurran en ellas; y iii) crear incentivos para perseguir a quienes sean responsables<sup>9</sup>.

Actualmente, nuestro sistema de libre competencia se encuentra regulado en el DL 211. Su primer artículo nos dice que: “la presente ley tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados (...)”. Luego, el artículo 2 nos señala que el TDLC y la FNE son los organismos encargados de dar aplicación a la ley “para el resguardo de la libre competencia en los mercados”, los cuales sumados a la Corte Suprema (en adelante también como CS) conformarán la institucionalidad encargada de velar por la libre competencia del país<sup>10</sup>.

Ahondando más en dichas instituciones, tenemos que el TDLC, de acuerdo con el DL 211, es un órgano jurisdiccional especial independiente que no forma parte del Poder Judicial, pero que está sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la CS. Su

<sup>8</sup> AGOSTINI, Claudio. *Institucionalidad e incentivos para la libre competencia*. Revista en foco, 99, 2007, pp. 2 y 5.

<sup>9</sup> *Ibíd.*, p.7

<sup>10</sup> Ello sin perjuicio de la intervención de Ministros de Turno de la Corte de Apelaciones de Santiago quienes intervienen a efectos de autorizar la utilización de facultades intrusivas de la FNE en la investigación de casos de colusión.

composición está integrada por cinco miembros —tres abogados y dos economistas—, los cuales tienen dentro de sus principales tareas el juzgar, resolver y sancionar aquellas conductas que atenten contra la libre competencia en los mercados.

En relación con lo anterior, toda sentencia definitiva o resolución de término dictada por el TLDC es susceptible de recurso de reclamación (art. 27) ante la CS —la cual conoce y falla en su tercera sala—, pudiendo ésta última revisar la decisión resuelta por el tribunal especial. Como veremos más adelante, se trata de un recurso con un carácter especial al permitir que el máximo tribunal revise tanto aspectos fácticos como normativos, llegando incluso en recientes casos a revocar de oficio pronunciamientos del TDLC<sup>11</sup>.

Por su parte, la FNE es aquella institución responsable, principalmente, de investigar y acusar las infracciones a la ley de competencia, y fiscalizar el cumplimiento de esta, como de todo aquello que dictamine el TDLC. Junto a lo anterior, cumple un rol de *advocacy* destinado a promover la defensa de la competencia y el funcionamiento competitivo de los mercados. Además, la FNE tiene a su cargo servir de informante técnico al TDLC y efectuar recomendaciones al resto de los órganos del estado y agentes económicos.

En el caso de la lucha contra la colusión, la FNE posee básicamente dos tipos de herramientas de investigaciones. Por un lado, están las llamadas “*facultades duras o intrusivas*” —enumeradas en el artículo 39 letra n)— como la entrada y registro de recintos públicos y privados, el allanamiento y descerrajamiento, la interceptación de comunicaciones, las incautaciones de medios de prueba, etcétera. Por otro lado, está la delación compensada, la cual explicaremos más adelante<sup>12</sup>.

Para efectos de este trabajo, debemos tener presente que la FNE, a diferencia de otras instituciones con funciones de investigación (ej. Ministerio Público), no opera bajo un principio de objetividad. Por lo tanto, su acción ha de tener un compromiso, interés o incentivo en lograr un determinado resultado, el cual, en relación con el tema de esta memoria, será la condena de los ilícitos de colusión.

<sup>11</sup> Ver sentencia de la Corte Suprema Rol 1660-2018.

<sup>12</sup> Ambas facultades de investigación se incorporan con la modificación de la Ley N° 20.361 (publicada en el Diario Oficial el 13 de julio de 2009).

## B. EL PROCESO SANCIONATORIO.

El DL 211 comprende, básicamente, cuatro procedimientos:

- i) Procesos sancionatorios respecto de infracciones al DL 211 (art. 18 n°1);
- ii) Procesos por acciones indemnizatorias de perjuicios a raíz de sentencias ejecutoriadas dictadas por el TDLC (art. 30);
- iii) Procesos que conocen de la revisión de una resolución del Fiscal Nacional Económico que prohíba cierta operación (art. 57 inc. 3°);
- iv) Procesos penales en donde se conocen los delitos de colusión (arts. 62 y 64)<sup>13</sup>.

Para efectos de esta memoria de prueba, nos avocaremos solamente al análisis del proceso sancionatorio, ya que es a través de éste que se persigue sancionar al ilícito de colusión en tanto conducta ineficiente que afecta a los mercados, el cual, a su vez, tiene la particularidad de contemplar un mecanismo de delación compensada.

El proceso sancionatorio lo encontramos primeramente mencionado en el primer numeral del artículo 18, el cual prescribe:

*“El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes:*

*1) Conocer, a solicitud de parte o del Fiscal Nacional Económico, las situaciones que pudieran constituir **infracciones** a la presente ley”*

A continuación, el artículo 19 señala que estas causas están sometidas al procedimiento regulado por los artículos 20 al 30 del decreto ley. Estimamos que, para efectos de este trabajo, conviene detenernos brevemente en los artículos 20, 22 y 29.

<sup>13</sup> Véase a HAMILTON, María. *Estándar probatorio en los procesos sancionatorios en libre competencia, y rol de la Corte Suprema*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Santiago, Chile, Universidad de Chile, 2018, p. 24 y ss.

Así las cosas, del artículo 20 es relevante destacar, en primer lugar, su indicación de que estamos ante un procedimiento generalmente escrito (exceptuándose la vista de la causa), público y que es impulsado de oficio por el TDLC.

También, tenemos que, al ser el sistema de libre competencia uno de tipo acusatorio, el TDLC sólo podrá conocer una causa contenciosa previa demanda de un particular o a partir de un requerimiento interpuesto por la FNE.

Después, el mismo artículo nos dice que las acciones contempladas en el decreto ley prescriben generalmente en un plazo de 3 años, contados desde la ejecución de la conducta lesiva a la libre competencia. Ahora bien, las acciones dirigidas a perseguir la conducta descrita en el literal a) del artículo 3 (ilícito de colusión) prescriben en 5 años, que comienzan su cómputo solamente una vez que los efectos de dicha conducta hayan desaparecido.

El artículo 22 es probablemente el más relevante para este trabajo, ya que define aquello relacionado con el período probatorio del proceso. Primero, hace la indicación de que la causa se recibirá a prueba de no haberse llegado a un acuerdo de conciliación. Después, como analizaremos en la sección siguiente, enuncia de manera más o menos abierta los medios de prueba admisibles, haciéndose valer casi totalmente de dos clasificaciones: prueba instrumental y prueba testimonial.

Finalmente, cabe destacar que el artículo 29 de la ley hace presente que serán supletorias al procedimiento las normas de los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil en todo lo que no sea incompatible con él. En este sentido, podemos notar que se trata de un proceso gobernado en gran parte por las reglas generales del procedimiento civil.

## C. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA.

### 1. *Inclusión del material probatorio y valoración conforme a la sana crítica.*

De acuerdo con Jordi Ferrer, se pueden distinguir tres momentos, lógicamente sucesivos, que conforman la actividad probatoria en un proceso judicial y que miran a decidir sobre los hechos que causan a éste: a) la inclusión del material probatorio o conformación de los

elementos de juicio; b) la valoración del material probatorio; c) la decisión sobre los hechos que se consideran probados<sup>14</sup>.

Al respecto, Jonatan Valenzuela señala que las dos primeras etapas de la actividad probatoria están comprometidas con la operación de reducir la posibilidad del error en la decisión judicial. De este modo, “los procesos judiciales proveen de un modo de incluir y valorar informaciones que corrientemente los juristas llaman ‘pruebas’ o ‘evidencias’”. Con lo anterior, “mientras mayor sea la capacidad del proceso para captar información, mayores serán las probabilidades del juez de emitir una decisión correcta, pues tendrá, mejor información para la decisión”<sup>15</sup>.

Así entonces, ¿dónde se sitúan estos dos primeros momentos en el proceso sancionatorio de libre competencia conforme al DL 211?

La etapa de inclusión del material probatorio entendemos que se encuentra regulada por el segundo inciso del artículo 22, el cual indica:

*“Serán admisibles los medios de prueba indicados en el **artículo 341 del Código de Procedimiento Civil** y todo indicio o antecedente que, en concepto del Tribunal, **sea apto para establecer los hechos pertinentes (...).**”*

No resulta ocioso hacer notar los filtros que el legislador fija para determinar qué tipo de información ha de considerarse relevante para ser *admitida*. Podemos apreciar que la norma es, por así decirlo, híbrida, ya que, por una parte, se refiere directamente a los medios que consagra el CPC —instrumentos, testigos, confesión de parte, inspección personal del tribunal, informe de peritos y presunciones—, los cuales operan, conforme a ese cuerpo legal, dentro de un sistema de prueba legal o tasada, donde el mismo legislador se encarga de (pre) determinar el valor que aquellos medios confieren a las evidencias. Por otro lado, el legislador “amplía” este filtro al admitir también *todo indicio o antecedente que sea apto para establecer los hechos pertinentes*, asemejándose mucho más a un sistema de valoración libre.

<sup>14</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. La valoración racional de la prueba. Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Editorial Marcial Pons, 2007, pp. 41 a 47.

<sup>15</sup> VALENZUELA SALDÍAS, Jonatan. *Hechos, Pena y Proceso. Ensayo sobre racionalidad y prueba en el derecho procesal penal chileno*. Santiago, Rubicón Editores, 2017, p. 20.

La segunda etapa —valoración de los elementos de juicio— se encuentra claramente regulada en el inciso final del artículo 22, el cual expresa:

***“El tribunal apreciará la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica.”***

La sana crítica se inscribe dentro de los regímenes de libre valoración de la prueba. Comúnmente se define como aquel régimen de valoración que se sitúa entre la prueba legal o tasada (valoración de cada medio de prueba es definida por el legislador) y la íntima convicción (valoración queda entregada al fuero interno del sentenciador).

De acuerdo con Ferrer, estamos ante un sistema de valoración *libre* en tanto no se “sujeta a normas jurídicas que predeterminen el resultado de la valoración”. Así entonces, el objetivo de este momento es de “evaluar el apoyo empírico que un conjunto de elementos de juicio aportan a una determinada hipótesis o a su contraria”, apoyándose para esto en los controles propios de la racionalidad<sup>16</sup>.

Para lo anterior, hemos de tener en cuenta que nos sometemos a un razonamiento de tipo probabilístico, descartando así que el apoyo empírico que se logre sobre una hipótesis en particular logre calificarla como *cierta*. En este sentido, Ferrer nos indica que el resultado del ejercicio de valoración viene a ordenar las distintas hipótesis de hecho, según el mayor o menor “grado de contrastación” que la prueba rendida tenga la capacidad de otorgarle, para que así después, mediante un estándar de prueba —tercer momento de la actividad probatoria—, podamos concluir “a partir de qué nivel de contrastación vamos a considerar probada la hipótesis”<sup>17</sup>.

Ahora bien, ¿cuáles son los límites de esta libertad para valorar la prueba que nos confiere la sana crítica en el proceso sancionatorio de libre competencia?

<sup>16</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. *La prueba es libertad, pero no tanto: Una teoría de la prueba Cuasi-Benthamiana*. Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo, IX (18), 2017, pp. 156-157.

<sup>17</sup> *Ibíd.*, p. 163.

Grunberg y Montt nos señalan que, de manera análoga al proceso penal, la libertad del sentenciador en el proceso sancionatorio debe sujetarse a tres *limitaciones* cuando valora la prueba bajo el régimen de sana crítica: *la lógica, la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados*<sup>18</sup>.

Sin embargo, la perspectiva desde la cual se intenta comprender estos criterios como “límites” a la libertad del juez peca de ambigua. Al mismo tiempo, dichos criterios mencionados caen en la vaguedad si no se les provee de mayor precisión conceptual.

Al respecto, Flavia Carbonell propone ver los criterios mencionados como “(...) **directrices o guías** para el razonamiento del juez que dotan de contenido, refuerzan y/o sofistican la exigencia de fundamentación de la decisión sobre los hechos o el deber de justificar la construcción la premisa fáctica [sic]”. Según la autora, esta tesis puede desprenderse de cómo las reglas de la sana crítica se encuentran insertas en la legislación chilena, cuyo paradigma estaría en el artículo 297 del Código Procesal Penal chileno<sup>1920</sup>.

En consecuencia, Carbonell critica la perspectiva desde la cual se busca comprender a los criterios de la sana crítica —principios de la lógica, máximas de la experiencia y conocimientos científicamente afianzados— como “límites” a la libertad del sentenciador cuando valora. Así entonces, la autora nos dice que:

*“(...) Si no existe orientación alguna sobre su contenido, surge la legítima duda acerca de su función como límites. ¿A cuáles principios de la lógica hace referencia el legislador procesal penal? ¿Qué son y/o cuáles son las/estas máximas de la experiencia? ¿Qué sucede cuando*

<sup>18</sup> GRUNBERG, Jorge y MONTT, Santiago. Informe en Derecho Prueba de la Colusión. Santiago, 2011, p. 57. Disponible en: <http://www.derecho.uchile.cl/u/download.jsp?document=133229&property=attachment&index=1&content=application/pdf>.

<sup>19</sup> **“Valoración de la Prueba. Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de las experiencias y los conocimientos científicamente afianzados.**

*El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo.*

*La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia.”*

<sup>20</sup> CARBONELL BELLOLIO, Flavia. *Sana crítica y razonamiento judicial*. En: BENFELD, J. y LARROUCAU J. (Eds.). *La sana crítica bajo sospecha*. Santiago: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2018, pp. 38-40. Las negritas son mías.

*hay máximas que se contradicen entre sí o existen distintas posiciones contrapuestas sobre algún conocimiento científico que se encuentren ‘afianzadas’?”<sup>21</sup>*

A continuación, respecto al contenido de estos criterios, Carbonell nos explica que por máximas de experiencias debemos entender aquellas generalizaciones o regularidades empíricas que “permiten enlazar un enunciado sobre hechos conocidos con otro enunciado sobre hechos desconocidos”<sup>22</sup>.

Por su parte, los conocimientos científicamente afianzados “operan como regla de distribución del trabajo en la generación del conocimiento, relevando al juez de la responsabilidad sobre la calidad/fiabilidad del conocimiento y radicándola en las comunidades científicas”<sup>23</sup>.

Por último, respecto de los principios de la lógica, la profesora Carbonell sostiene que éstos han de ayudar al juez a evaluar la consistencia en los enunciados fácticos (o narrativas judiciales) que construya. También, señala que pueden ser útiles para “controlar la corrección de cada una de las inferencias que conforman el razonamiento probatorio judicial”<sup>24</sup>.

## *2. Consecuencias sobre el Derecho de la Competencia.*

Como bien se indicó previamente, la facultad de juzgar, resolver y sancionar conductas anticompetitivas queda a cargo de un tribunal especial, el TDLC, cuyas decisiones pueden ser después revisadas por la CS a través del recurso de reclamación consagrado en el artículo 27 del DL 211.

Si bien el DL 211 no especifica que naturaleza posee este recurso, se ha llegado a la conclusión de que ha de tener el carácter de una “apelación extraordinaria”, pudiendo así revisar tanto elementos jurídicos como fácticos (económicos en este caso)<sup>25</sup>, ello sin perjuicio

<sup>21</sup> *Ibíd.*, p. 39.

<sup>22</sup> *Ibíd.*, p. 41.

<sup>23</sup> *Ibíd.*, p. 42, cita a: COLOMA, Rodrigo. *La caída del argumento de autoridad y el ascenso de la sana crítica*, en *Revista de Derecho* 25 (2012) 2, pp. 207-228.

<sup>24</sup> *Ibíd.*, p. 43.

<sup>25</sup> SEPÚLVEDA E., Lukas. *Diseño Institucional y Revisión en sede de Libre Competencia. Memoria para optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales*, Santiago, Chile, Universidad de Chile, 2017, p.57. [Disponible

de las facultades de oficio que la Corte Suprema ha utilizado en el conocimiento de determinados asuntos, como ya se indicó.

Tenemos entonces que la delación compensada se enmarca en un procedimiento administrativo, cuya revisión corresponde al TDLC, primeramente, y luego a la CS, quienes pueden calificar si se han cumplido los requisitos para su otorgamiento. En este sentido, probatoriamente, la delación compensada como cualquier otra evidencia, puede inducir a conclusiones erróneas, considerando que: i) la delación compensada se materializa en una solicitud de beneficios y una serie de anexos que son parte de ella y que contienen minutas, declaraciones de ejecutivos, etcétera; ii) la diversidad de material probatorio puede arrojar que su contrastación sea difusa y por consiguiente, que un enunciado X que contenga la Solicitud de beneficios o (a) no tenga relación con la enunciado; (b) lo contradiga; o (c) sencillamente no tenga respaldo adicional.

En atención a lo señalado, la CS ha de tener una especial deferencia hacia el TLDC en el control de los hechos que este último haya establecido. Lo anterior atendiendo a su carácter de tribunal especial y la calificación de sus miembros para hacer frente al carácter técnico y científico de los contenidos que regula el DL 211<sup>26</sup>.

#### D. ESTÁNDAR DE PRUEBA (EdP).

##### 1. *El EdP como el momento de decisión sobre los hechos probados.*

Uno de los temas que más ha suscitado atención en este último tiempo con relación al proceso sancionatorio de libre competencia es el estándar probatorio aplicable.

Cómo indicamos más arriba, necesitamos de un criterio de suficiencia que defina el grado de contrastación que necesita una hipótesis de hecho para calificarse como *probada*. Dicho criterio de suficiencia es lo que designamos como un *estándar de prueba*.

en: [http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/146261/Diseño\\_institucional-y-revisión-judicial-en-sede-de-libre-competencia.pdf?sequence=1](http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/146261/Diseño_institucional-y-revisión-judicial-en-sede-de-libre-competencia.pdf?sequence=1)].

<sup>26</sup> GRUNBERG, J y MONTT, S. Op. Cit., p. 58.

Volviendo al razonamiento expuesto por Valenzuela, los momentos de inclusión y valoración de las pruebas y evidencias están comprometidos con la operación de *reducir* la posibilidad de error en la decisión judicial. Por su parte, la tercera etapa de la actividad probatoria —la decisión sobre los hechos probados— está comprometida con la operación de *distribuir* estos errores. Así entonces, el estándar de prueba viene a ser también aquella regla que formula dicha operación de distribución de errores<sup>27</sup>.

Los errores en cuestión pueden ser de dos tipos: el error Tipo I o falso positivo, y el error Tipo II o falso negativo, los que se traducen en la probabilidad de adoptar decisiones que terminen condenando erróneamente a un inocente, o absolviendo erróneamente a un infractor.

Así las cosas, el estándar de prueba expresa una preferencia por uno de esos dos errores. Así, en el proceso penal —conforme las reglas que regulan el Juicio Oral— el EdP aplicable es el de *más allá de toda duda razonable*, el cual expresa una preferencia hacia el error Tipo II. En otras palabras, el proceso penal busca reducir las probabilidades de que se condenen erróneamente inocentes, prefiriendo entonces la absolución de culpables<sup>28</sup>.

En el proceso civil, en cambio, el EdP utilizado se denomina de *prueba preponderante* (también llamado “probabilidad prevaleciente” o “balance de probabilidades”), el cual no expresa preferencia por uno de estos errores (EdP *igualitario*). Para superar este estándar basta con que la hipótesis de la conducta anticompetitiva se vea como más probablemente verdadera que falsa.

## 2. *El EdP en el proceso sancionatorio de libre competencia.*

En el proceso sancionatorio de libre competencia notamos que el legislador no ha definido un estándar probatorio específico. Para peor, tanto la doctrina como jurisprudencia no han sido capaces todavía de acordar uno<sup>29</sup>.

No entraremos a analizar la discusión que se ha suscitado en torno a este problema. Para efectos de esta memoria, consideraremos que el estándar de prueba adecuado para este tipo

<sup>27</sup> VALENZUELA, J. Op. Cit. p. 20

<sup>28</sup> Como explica Valenzuela, esta distribución de errores se basa en un acuerdo moral que el proceso penal busca resguardar, esto es, que la inocencia debe preferirse en todo escenario. Véase Valenzuela, *ibíd.*, pp. 20-25.

<sup>29</sup> HAMILTON, María. Op. Cit. p. 50.

de proceso se ubica entre medio de la duda razonable y la prueba preponderante: el llamado estándar de prueba “clara y convincente” o “alta y calificada”<sup>30 31</sup>.

Dicho EdP expresa una preferencia por el error del tipo II (falso negativo), es decir, estará *más inclinada* a condenar aquellas conductas que resultaran eficientes en los mercados que a absolver aquellas que resultaran ineficientes en los mismos.

## E. LA DELACIÓN COMPENSADA.

### 1. *Concepto de delación compensada de acuerdo con nuestra legislación y doctrina.*

La delación compensada se encuentra establecida por el artículo 39 bis del DL 211, el cual presenta esta institución diciendo en su primer inciso:

*“El que intervenga en alguna de las conductas previstas por en la letra a) del artículo 3º podrá ser eximido de la disolución contemplada en la letra contemplada en la letra b) del artículo 26 y obtener una **exención o reducción de la multa** a que se refiere la letra c) de dicho artículo, en su caso, cuando aporte a la Fiscalía Nacional Económica antecedentes que conduzcan a **la acreditación de dicha conducta y a la determinación de los responsables**”.*

El mismo artículo nos señala que para acceder a estos beneficios, el *Postulante* deberá, junto con reconocer la existencia y participación de la colusión, i) proporcionar antecedentes *precisos, veraces y comprobables* que aporten a la constitución de elementos de juicios suficientes para después entablar un requerimiento ante el TDLC; ii) abstenerse a divulgar la postulación a estos beneficios hasta la interposición del requerimiento o cuando la FNE se lo indique expresamente; iii) cesar su participación en la conducta una vez presentada la solicitud.

<sup>30</sup> Esta opción ha sido la sostenida por la Corte Suprema. Ver sentencias roles N° 19.086-2014 (considerando 9º); N° 2.578-2012 (considerando 11º); y N° 5.128-2016 (considerando 9º).

<sup>31</sup> En la sentencia del TDLC del requerimiento de la FNE en contra de las empresas CMPC Tissue S.A y SCA Chile S.A. (sentencia N° 160/2017), los ministros Tapia y Arancibia argumentan en contra de esta postura en la prevención que se muestra después de la decisión del tribunal. En esta señalan que el EdP indicado debiera ser el de “balance de probabilidades” (mismo usado en litigios civiles, típicamente en asuntos contractuales).

Con lo anterior, para acceder al beneficio de exención de la disolución o multa, el *Postulante* deberá ser el primero que, dentro del grupo de responsables, aporte antecedentes a la FNE. A su vez, quien aporte antecedentes adicionales a los entregados por dicho primer *Postulante* podrá acceder a una reducción de la multa (*delación compensada aumentada*). Cabe mencionar eso sí, que dichos beneficios sólo podrán ser percibidos por los *Postulantes* en caso de que no hayan operado como el organizador de la conducta coaccionando al resto de los integrantes del acuerdo a participar en ella, caso en el cual —como ocurre en otras legislaciones como Australia, Suiza, Japón y España<sup>32</sup>— el beneficio es retirado.

En relación con lo expuesto, la delación compensada puede describirse como “un sistema de incentivos dirigido a motivar la denuncia de los propios agentes involucrados en los acuerdos colusorios”<sup>33</sup>. En el derecho comparado también suelen llamarse “programas de clemencia”, “programas de amnistía” o “*leniency programs*”. Aldo González los explica más detalladamente como “un mecanismo que busca inducir la desertión de al menos uno de los miembros del cartel, al cual se le ofrece una reducción o anulación total de la sanción a cambio de confesar su participación en el delito y entregar pruebas que permitan, en forma indiscutible, inculpar al resto de los miembros de la organización”<sup>34</sup>.

Podemos decir que los programas de delación persiguen a lo menos tres objetivos, los cuales son de “prevención, detección y obtención de antecedentes o evidencias de la existencia de los acuerdos”<sup>35</sup>.

En relación con el objetivo de evitación de acuerdos colusorios, el mecanismo de delación disuade a los agentes de celebrar acuerdo colusivos. Lo anterior debido a que la delación compensada aumenta el riesgo a ser castigados. Al mismo tiempo, los agentes siempre se verán bajo la inseguridad de que el acuerdo no sea respetado por el resto de los participantes, ya que, al tratarse de un “contrato” ilegal, no existe respaldo jurídico que resguarde el

<sup>32</sup> OECD. *Policy Roundtables. Leniency for Subsequent Applicants*, 2012, Disponible en: <http://www.oecd.org/competition/Leniencyforsubsequentapplicants2012.pdf>].

<sup>33</sup> GÁRATE M, Óscar. Op. Cit., p. 236.

<sup>34</sup> GONZÁLEZ, Aldo. *Concepto y aplicación de la delación compensada en la persecución de carteles*. Revista en foco, 100, 2007, p. 5.

<sup>35</sup> GÁRATE M., Óscar. Op. Cit., p. 239.

cumplimiento de las obligaciones que de él emanan. Así, la delación compensada aumenta la probabilidad de que el acuerdo sea incumplido por uno de los agentes<sup>36</sup>.

En cuanto a su detección, la delación compensada opera como un sistema que premia a la autoincriminación de los agentes. De este modo, “acuerdos que nacen en secreto pasan al dominio público, paradójicamente, por quienes lo idearon”<sup>37</sup>.

Por último, la delación compensada permite la obtención de información que más tarde la FNE podrá usar como prueba para corroborar la hipótesis de existencia del acuerdo colusivo. Para efectos de este trabajo, este será el objetivo que más relevancia tiene, a fin de explicar los problemas probatorios que suscita la delación en nuestro proceso sancionatorio.

Lo anterior se explica dentro de un contexto en que los agentes actúan bajo secretismo, resultando así más difícil obtener evidencias que corroboren la existencia del ilícito. En este sentido, el mecanismo de delación compensada es mirado como un medio idóneo para recabar evidencias que sirvan para probar la teoría del caso de la FNE.

Ahora bien, cabe apuntar que este aspecto de la delación compensada trae aparejado uno de los principales problemas que aborda esta memoria y que ayuda a ilustrar la relevancia epistémica de la contra interrogación. Como veremos en el próximo capítulo, el hecho de que la delación funcione como un incentivo para quien delata, genera el riesgo de aumentar la probabilidad de que se elabore un relato estratégico con la información obtenida, ya sea en beneficio de la FNE, quien querrá probar su acusación, o para el delator, quien buscará eximir/reducir su responsabilidad a costa de los demás imputados. En este orden cosas, urge la pregunta de si debiera existir algún modo de asegurar la fiabilidad de la información recabada.

## 2. *La eficacia probatoria de la delación compensada según la jurisprudencia.*

La incorporación del programa de clemencia a nuestra legislación de competencia estuvo precedida por el caso *Farmacias* (C-184-08), de gran atención mediática, donde tuvo lugar un acuerdo de conciliación entre la FNE y uno de los requeridos (Farmacias Ahumada S.A. o

<sup>36</sup> *Ibíd.*, pp. 239-240

<sup>37</sup> *Ibíd.*, p. 241

FASA), el cual, fue favorecido con una rebaja de su multa por haber cooperado con la confesión de la conducta colusoria que se le imputaba. Dicho acuerdo de conciliación fue aceptado tanto por el TDLC (sentencia N° 119/2012) como la CS (Rol N° 2578-2012).

*“Que de esta forma, a juicio de este Tribunal, los correos electrónicos acompañados, junto a la prueba aportada por FASA –su **confesión**–, el conjunto de la prueba testimonial hasta aquí referida, así como los datos analizados de precios de venta a público, son prueba fehaciente del acuerdo de las tres cadenas de farmacias en orden a alzar los precios de algunos de sus medicamentos, del mecanismo de alzas utilizado, del rol de intermediarios de los laboratorios y del monitoreo de su cumplimiento. Por lo mismo, permite descartar las hipótesis alternativas planteadas por las requeridas;”<sup>38</sup>*

A su vez, la Corte Suprema estableció, a raíz del mismo caso, los criterios a considerar para valorar una confesión de este tipo, que apunta al resto de los co-participantes de un acuerdo colusorio, diciendo:

*“1.- El reconocimiento del implicado debe proporcionar antecedentes precisos acerca de la existencia de los elementos de la colusión. Así, deberá entregar datos respecto del origen del acuerdo de colusión, la época de gestación, la forma que adoptó el mecanismo de colusión, los medios de comunicación, entre otros elementos.*

*2.- El relato del confesante debe ser suficientemente detallado en cuanto a la intervención que correspondió a los demás responsables.*

*3.- Debería evitar razonablemente al órgano persecutor la carga de probar la colusión.*

*4.- Los antecedentes de que da cuenta deben ser verificables y corroborados con el resto de los elementos probatorios que obran en el proceso”<sup>39</sup>.*

<sup>38</sup> TDLC, sentencia 119/2012, considerando centésimo trigésimo segundo. Las negritas son mías.

<sup>39</sup> CS, sentencia Rol N° 2578-2012, considerando vigésimo segundo.

Desde entonces, la jurisprudencia no ha tomado una posición clara respecto a la eficacia que tendría la totalidad de la evidencia recabada a través de la delación compensada, sin perjuicio del análisis relativo a la prueba testimonial que la Corte Suprema ha realizado<sup>40</sup>.

En relación con lo anterior, las declaraciones —consideradas en ocasiones como confesiones o testimonios— efectuadas por los delatores —representantes de una firma o sus trabajadores subordinados— ha sido el escenario que más ha suscitado atención, atendiendo que es de los principales antecedentes que se ofrece a la FNE para lograr eximir o reducir la responsabilidad por haber participado en una colusión.

Podemos encontrar en la jurisprudencia oportunidades en que se le ha otorgado cierto *privilegio* probatorio a la confesión de uno de los agentes. Ejemplo de lo anterior sería tomando lo reflexionado por el TDLC en el caso *Farmacias*, y posteriormente reafirmado en otras sentencias, al sostener que:

*“(...) la confesión de un miembro del cartel constituye una **prueba directa** del acuerdo y que, desde un punto de vista procesal, cuando es usada contra los demás demandados, ha de otorgársele el **valor de prueba testimonial**”<sup>41</sup>.*

Por otro lado, vemos un razonamiento distinto en, por ejemplo, la sentencia del TDLC sobre el caso *Buses (Ruta Santiago-Cartagena)*, cuando dice al respecto de las actas que contienen las declaraciones hechas ante la FNE en la etapa de investigación que:

<sup>40</sup> Ver sentencia de la Corte Suprema rol 1531 – 2018. Al respecto la Corte señaló: *“(...) para que el tribunal pueda emplear sus testimonios en el juzgamiento de las conductas pesquisadas, esto es, en la sentencia propiamente dicha, debe develar su identidad, señalando los datos necesarios para que los intervinientes tengan suficiente conocimiento de sus datos personales, pues de lo contrario se estaría vulnerando el derecho a defensa de las partes, quienes no sólo ignorarían la identidad del deponente, sino que, además, no estarían en condiciones de examinarlo y contrainterrogarlo en debida forma, pues al desconocer tal antecedente estrategias requeridas por la defensa de los intereses de su parte carecen de los elementos mínimos e indispensables para entender su vinculación con los hechos y, a partir de tal premisa, poder construir las estrategias requeridas por la defensa de los intereses de su parte (...)”* (Considerando cuadragésimo octavo).

<sup>41</sup> Ver sentencias del TDLC N° 119/2012 (considerando sexagésimo cuarto); y N° 122/2012 (considerando vigésimo quinto). La frase originalmente viene tomada del informe en derecho elaborado el Centro de Regulación y Competencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (Véase GRUNBERG, Jorge y MONTT, Santiago. Informe en Derecho Prueba de la Colusión. Santiago, 2011, p. 66. Disponible en: <http://www.derecho.uchile.cl/u/download.jsp?document=133229&property=attachment&index=1&content=application/pdf>). Las negritas son mías.

*“(…) asimismo, es de toda lógica que estas actas puedan servir de indicio, en conjunto con otros medios de prueba, para acreditar una conducta colusoria. Con todo, la pregunta relevante para este caso es **si dichas actas son suficientes por sí solas para generar la convicción necesaria en este Tribunal de haber existido una colusión**; Que, al respecto, a juicio de este **Tribunal existen buenas razones para entender que ello no es así**. En primer término, debe indicarse que los reconocimientos que puedan hacer las empresas en sus declaraciones ante la FNE **no tienen el carácter de confesión** y, por tanto, **no pueden ser consideradas como “una prueba directa del acuerdo [en contra del declarante]** y que (...) usada contra los demás demandados, ha de otorgársele el valor de prueba testimonial” (Sentencias N° 119, N° 122 y N° 124). En efecto, la propia Sentencia N° 33 ya señaló que tales actas no constituyen una confesión en perjuicio del declarante (consideración décimo tercera);”<sup>42</sup>.*

En el siguiente capítulo analizaremos que la principal “buena razón” para entender que estas declaraciones extrajudiciales no pueden constituir prueba confesional o testimonial —ni menos “directa” o suficiente— para probar un acuerdo colusorio es el impacto de la protección de identidad del delator y su consideración como regla contra-epistémica, esto es, que dificulta la averiguación de la verdad en el proceso.

<sup>42</sup> TDLC, sentencia 136/2014, considerandos centésimo vigésimo tercero y centésimo vigésimo cuarto. Las negritas son mías.

## II. LA DECLARACIÓN DEL DELATOR Y SU CONFIDENCIALIDAD.

### A. LAS DECLARACIONES DEL DELATOR.

#### 1. *El expediente administrativo de investigación de la FNE y su judicialización.*

El expediente de investigación, sobre el cual la FNE funda su requerimiento, se puede conceptualizar como un acto administrativo de naturaleza investigativa y cuyo contenido es reservado y/o confidencial. Esto es así entendiendo que está conformado por una serie de actos conducentes a decidir si existen antecedentes suficientes que permitan construir un relato sobre la hipótesis que se plantea, esto es, la existencia de un ilícito de colusión. De estimarse que existan o no antecedentes suficientes, la administración —en este caso la FNE— decidirá discrecionalmente si debe interponerse un requerimiento ante el TDLC o no<sup>43</sup>.

Con lo anterior, dentro de los antecedentes que conforman el expediente de investigación, podremos encontrar aquellos que fueron recabados en virtud de una delación compensada. Esta institución, a su vez, consta de una serie de pasos dirigidos a recibir la información que un participante de la colusión entrega para así postular a los beneficios —de exención o reducción— respecto de las sanciones que la FNE solicite al TDLC al momento de interponer el requerimiento.

Así las cosas, el mecanismo de delación compensada consta de un procedimiento en cual el *Postulante* —persona natural o jurídica interesada— inicia al requerirle a la Fiscalía que le indique, por medio de un documento denominado *Indicador de Postulación*, si puede participar por los beneficios de exención o reducción de multas y sanciones administrativas y penales. Lo anterior dependerá de si se han o no adelantado otras partes del acuerdo colusivo a obtener dichos beneficios del programa de clemencia, y/o si los antecedentes que han sido presentados son desconocidos por la FNE<sup>44</sup>.

De ser posible postular a los beneficios señalados —reservándose así un lugar—, el *Postulante* deberá, dentro de un plazo fijado por la FNE, acompañar los antecedentes que

<sup>43</sup> Sobre la conceptualización del acto administrativo como una decisión administrativa véase a VALDIVIDA, JM. *Manual de derecho administrativo*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 188-189.

<sup>44</sup> FNE. Guía Interna sobre la Delación Compensada en casos de colusión. 2017. [Disponible en: [http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/03/Guia\\_Delacion\\_Compensada.pdf](http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/03/Guia_Delacion_Compensada.pdf)].

corrobores la colusión en una solicitud formal para optar a los beneficios de exención o reducción (*Solicitud de Beneficios*)<sup>45</sup>.

Posteriormente, de estimar la Fiscalía que el *Postulante* cumple con los requisitos de proporcionar antecedentes *precisos, veraces y comprobables* —además de comprometerse a no divulgar la solicitud de beneficios como de poner fin a la conducta colusiva—, la Fiscalía, mediante el *Oficio de Conformidad*, otorgará el beneficio solicitado provisoriamente (*Beneficio Provisorio*) y fijará los demás requisitos para obtener el *Beneficio Definitivo*, el cual se concederá una vez interpuesto el requerimiento ante el TLDC<sup>46</sup>.

Todos los antecedentes aportados integrarán el expediente administrativo de investigación que la Fiscalía más adelante usará como material probatorio para respaldar su teoría del caso. Dentro de estos antecedentes usualmente se encuentran: i) las declaraciones transcritas de los ejecutivos, ii) de los trabajadores, iii) de los asesores y/o mandatarios del *Postulante*, así como iv) la solicitud formal de beneficios que realiza el agente económico que accede al beneficio, ya sea éste una persona jurídica o natural.

Para que los antecedentes contenidos en el expediente puedan ser usados como material probatorio este ha de ser *judicializado* de dos modos posibles. El primero es que sea acompañado en el requerimiento efectuado por la FNE al iniciar el proceso. El segundo modo es que las partes soliciten la exhibición del expediente investigación el cual es mantenido en reserva por la FNE. Para esto, la Fiscalía levantará un acta al momento de presentar el expediente bajo el formato de un documento electrónico (en virtud del art. 348 bis CPC), confiriéndole un plazo a las partes para que estas puedan revisar los antecedentes exhibidos.

## 2. *La ratificación en juicio de las declaraciones de ejecutivos, representantes o personas naturales rendidas ante la FNE.*

Estas declaraciones transcritas son presentadas como instrumentos en que las personas naturales, ejecutivos, representantes o agentes de los Solicitantes (delatores) reconocen ante el TDLC que dicha declaración es auténtica (de acuerdo con el art. 346 N°1 CPC). De acuerdo con artículo 22 del decreto ley, en conjunto con las normas supletorias del CPC, dicho

<sup>45</sup> *Ibíd.*

<sup>46</sup> *Ibíd.*

reconocimiento ha de ser efectuado ante un miembro del TDLC designado para tales efectos, sin perjuicio de que pueda limitarse esta última actividad únicamente a ratificar las firmas de los declarantes, lo cual se ha practicado o ante un Ministro designado para esos fines o —más comúnmente— ante el Ministro de fe habilitado en el Tribunal.

En este caso, el instrumento en cuestión —las declaraciones transcritas provenientes del expediente de investigación— vendrían a ser, según la terminología empleada por el CPC y considerando como se ha pronunciado el TDLC al respecto, un instrumento privado<sup>47</sup>.

Los delatores podrán entonces ratificar el contenido de aquellas actas del expediente que contienen sus declaraciones tomadas en la etapa de investigación por la FNE. Con este acto se establece que un delator en particular fue el emisor de la declaración transcrita en cuestión. De este modo, los delatores pasan a ser *testigos* o *confesores*.

Ahora bien, la situación descrita es distinta al interferir la protección de identidad que pasaremos a explicar en la sección siguiente. Una vez que analicemos esta institución contenida en el DL 211, podremos explicar porqué las declaraciones transcritas ratificadas por los delatores no pueden considerarse como prueba testimonial o confesional en atención a la imposibilidad de efectuar un control de errores mediante la contra interrogación, así como un chequeo de fiabilidad a partir de la persona del co-imputado.

## B. LA PROTECCIÓN DE IDENTIDAD.

### 1. *Reserva o confidencialidad en los procesos de libre competencia.*

La reserva o confidencialidad de ciertos instrumentos o informaciones está regulada por los artículos 22 y 39 literal a) del DL 211. Como veremos, tanto el TDLC como la FNE tienen la facultad de declarar que ciertos instrumentos, antecedentes o evidencias que conformen el expediente tengan el carácter de reservado o confidencial.

<sup>47</sup> Así lo ha resuelto el TDLC al señalar que “una segunda cuestión de carácter general que debe dilucidarse es el valor probatorio que tendrían las actas en las que la Fiscalía Nacional Económica funda su requerimiento. **Si bien dichas actas no constituyen instrumentos públicos y los funcionarios de dicho organismo no son Ministros de Fe** [el destacado es mío], a juicio de este Tribunal, el contenido de tales actas, ponderadas de acuerdo a las reglas de la sana crítica, constituyen indicios importantes que pueden servir de base a las conclusiones a que arribe” (TDLC, sentencia N°33/2005, considerando décimo tercero y sentencia N° 136/2014, considerando centésimo vigésimo primero).

El Auto Acordado N°16/2017 dictado por el TDLC establece como han de operar las excepciones al principio general de publicidad sobre los actos, resoluciones y antecedentes que integran el expediente del proceso.

Por un lado, la razón que esgrime el Tribunal para quitarle el carácter público a dichos instrumentos es evitar afectar el desenvolvimiento competitivo de una parte, ya sea revelando datos sensibles o estratégicos a las demás partes o a terceros ajenos al proceso. En relación con lo anterior, el inciso noveno del artículo 22 dice:

*“(..). A solicitud de parte, el Tribunal podrá decretar reserva respecto de terceros ajenos al proceso o confidencialidad incluso respecto de las demás partes, de aquellos instrumentos que contengan **fórmulas, estrategias o secretos comerciales o cualquier otro elemento cuya revelación pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular (...)**”*

Por otro lado, el Tribunal también señala que también deben “mantenerse la reserva la reserva o confidencialidad de los documentos declarados como tales por la Fiscalía Nacional Económica en virtud de lo dispuesto en el artículo 39 letra a)”<sup>48</sup>. Lo anterior tiene relación con lo prescrito también en el inciso noveno del artículo 22, que asimismo señala:

*“(..). Los instrumentos que tengan el carácter de reservado o confidencial en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo de la letra a) del artículo 39, deberán presentarse siempre en tal carácter por la Fiscalía Nacional Económica, y el Tribunal deberá mantener la reserva o confidencialidad de los mismos (...)”*

Por su parte, el artículo 39 del DL 211 dispone:

*“(..). Serán atribuciones del Fiscal Nacional Económico:*

<sup>48</sup> Auto Acordado N°16/2017 sobre Reserva o Confidencialidad de la Información de los Procesos, p. 1.

a) Instruir las investigaciones que estime procedentes para comprobar las infracciones a esta ley, dando noticia de su inicio al afectado. Con conocimiento del Presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, la Dirección General de la Policía de Investigaciones de Chile deberá poner a disposición del Fiscal Nacional Económico el personal que éste requiera para el cumplimiento del cometido indicado en esta letra o ejecutar las diligencias específicas que le solicite con el mismo objeto.

*El Fiscal Nacional Económico, con conocimiento del Presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, podrá disponer que las investigaciones que se instruyan de oficio o en virtud de denuncias tengan el carácter de reservadas.*

*Asimismo, el Fiscal Nacional Económico podrá disponer de oficio o a petición del interesado, **que ciertas piezas del expediente sean reservadas o confidenciales**, siempre que tengan por objeto **proteger la identidad de quienes hayan efectuado declaraciones o aportado antecedentes en conformidad al artículo 39 bis**, o que contengan fórmulas, estrategias o secretos comerciales o cualquier otro elemento cuya revelación pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular, o resguardar la eficacia de investigaciones de la Fiscalía.(...)*

Sobre este punto, la FNE ha dicho que:

*“En resguardo de la eficacia de sus investigaciones, la FNE mantendrá en confidencialidad la existencia de la Solicitud de Beneficios. Dicha confidencialidad cesará al presentarse un requerimiento, en cuyo caso se **protegerá la identidad de quienes hayan efectuado declaraciones o aportado antecedentes en el***

***marco de la Solicitud de Beneficios y todos aquellos antecedentes que puedan afectar el desenvolvimiento competitivo de su titular.”<sup>49</sup>***

Como fluye de lo enunciado en los pasajes reproducidos, el Fiscal Nacional Económico tiene la facultad de proteger o reservar la identidad de los delatores que participan en un programa de clemencia.

2. *El sentido de la protección de identidad del delator y de las personas naturales que intervienen en el procedimiento ante la FNE.*

La decisión de delatar al resto puede llegar a ser muy gravosa para el delator y las personas naturales que intervienen durante el proceso de delación (en adelante “el delator”). De acuerdo con Callahan y Dworkin, un informante o *whistleblower* no le bastará con librarse de las sanciones que el proceso ha de poder aplicarle de hallarlo culpable, sino que también de aquellas “sanciones privadas” con que la sociedad o rubro donde se desempeña pudieran querer perjudicarlo a modo de represalia o castigo por revelar un secreto<sup>50</sup>.

En este sentido, con la reserva de la identidad del delator se busca proteger la confianza y tranquilidad de este para así despejar la posibilidad de que sea coaccionado por las otras partes interesadas en el litigio.

Lo anterior nos lleva a entender que el fundamento de la protección de identidad es el resguardo de la eficacia de la delación compensada. Mientras menos amenazada se vea la posición del delator es esperable que mejor sea la información con que este esté dispuesto a colaborar, ya que será menor el riesgo con el que tenga que lidiar. De este modo, podemos notar que la credibilidad es, a su vez, el soporte estructural de la delación compensada.

Con todo, la protección de la credibilidad del *whistleblower* colisiona al momento del juicio de colusión con la capacidad que el resto de los co-acusados tiene para controlar la

<sup>49</sup> Fiscalía Nacional Económica. Guía Interna sobre la Delación Compensada en casos de colusión. 2017. [Disponible en: [http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/03/Guia\\_Delacion\\_Compensada.pdf](http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/03/Guia_Delacion_Compensada.pdf)]. p. 27. Las negritas son mías.

<sup>50</sup> CALLAHAN, Elletta S. And DWORKIN, Terry M., “Do Good and Get Rich: Financial Incentives for Whistleblowing and the False Claims Act”, 37 Villanova Law Review 273. 1992, p. 314.

información que se maneja ahora en su contra. Lo anterior se explica porque con la reserva de la identidad se ven imposibilitados de confrontar a quien formula un relato que los incrimina.

Esta situación plantea una interrogante que ya fue introducida en el primer capítulo, esto es, ¿cómo nos aseguramos de que la declaración del delator sea un elemento de juicio verdaderamente fiable y no más bien un relato estratégico del cual se sirve la FNE para respaldar su teoría del caso? Pareciera ser que el razonamiento para afirmar que se trata de lo primero y no lo segundo viene avalado por la creencia de que nadie se querría acusar de algo que no hizo.

En lo que sigue de esta memoria buscaremos dar cuenta de cómo la contradicción, más allá de ser una regla formal del proceso, es un supuesto cognoscitivo que impacta de lleno en determinar el grado de contrastación que una declaración posee para corroborar una hipótesis de hecho. Con lo anterior, explicaremos porqué la calificación de prueba testimonial o confesional es incorrecta en estos casos.

## C. EL VALOR DE LA CONTRADICCIÓN.

### 1. *Ni prueba testimonial o confesional.*

A partir de todo lo expuesto hasta ahora en este capítulo podemos afirmar dos cosas.

Por un lado, tenemos que el expediente de investigación como tal, es un acto administrativo ejecutado por la FNE en función de su potestad administrativa para realizar una investigación (art 39 DL 211), en base a la cual se decidirá si debe o no interponerse un requerimiento.

Por otro, se puede afirmar que las actas con declaraciones transcritas —contenidas en el expediente de investigación— tienen efectos probatorios en tanto constituyen un tipo de evidencia que puede ser empleada para corroborar una hipótesis. Estamos pensando precisamente en aquellas declaraciones que alguno de los co-imputados, amparado por la delación compensada, presta a la Fiscalía en la fase de investigación que esta dirige antes de decidir si existen antecedentes suficientes para interponer un requerimiento ante el TDLC. Como vimos, lo común será que la identidad de quien declara sea más tarde reservada en el

juicio de colusión por la Fiscalía, de modo que así se pueda garantizar la credibilidad del delator, quien no quiere verse amenazado por el resto de las partes a quienes su declaración perjudica.

Ahora bien, lo anterior, a juicio de esta tesis, se confunde con afirmar que dichas declaraciones tienen un valor probatorio más allá del que se le pudiera atribuir al común de las evidencias, o más bien, que poseen una calidad probatoria que, por razones institucionales, es superior. En este sentido, la caracterización de una evidencia como un testimonio o confesión importa una mayor aptitud probatoria para corroborar una hipótesis de hecho. Lo anterior no es el caso de las declaraciones transcritas ratificadas por un emisor —cuya identidad es inaccesible para la contraparte— ante el tribunal.

Para esclarecer este punto debemos preguntarnos primero lo siguiente: ¿qué prueba el hecho de que el emisor (desconocido) ratifique la declaración transcrita *a espaldas de los otros requeridos*?

Sostenemos que únicamente permite corroborar que aquella persona *emitió* dicha declaración, lo que no significa que por aquel hecho —la ratificación— la declaración se *transforme* en prueba testimonial o confesional.

Ahora bien, ¿qué diferencia supone esto para los efectos de una valoración de la prueba conforme a la sana crítica? Justamente lo que se expuso más arriba, la cual, si bien es una diferencia más bien *marginal*, puede ser significativamente incidente en el posterior resultado del juicio. La caracterización de una prueba como testimonial o confesional comporta una calificación institucional, la cual sugiere una mayor capacidad de corroboración en comparación a cualquier otra evidencia *común*.

¿Y cómo es que el carácter institucional de testimonio o confesión implica una mayor capacidad de corroboración?

Lo anterior debido a que una prueba testimonial, o confesional, supone la posibilidad de ser contrainterrogada por la contraparte —los otros requeridos en este caso—, lo cual eleva sus avales epistémicos, ya que implica la existencia de un mayor control de errores. En este sentido, creemos que el TDLC ha razonado correctamente al afirmar:

“Que, en efecto, el derecho a contrainterrogar no solo forma parte de una debida comprensión del derecho de defensa, **sino que además permite al sentenciador llegar a una decisión de mejor calidad toda vez que, como se ha dicho en doctrina, “la contra interrogación es el mejor motor jurídico que se haya inventado para descubrir la verdad”** (Wigmore, John Henry, Evidence, Vol V, Ed. Boston-Toronto, 1984, página 32. Traducción libre)”<sup>51</sup>.

Lo apuntado suscita una especial importancia en un proceso como el sancionatorio de libre competencia, ya que la FNE no opera bajo un principio de objetividad, por lo que existe una diferencia de intereses —en el resultado del juicio— con las demás partes requeridas. Es decir, la FNE persigue condenar el ilícito colusorio. No se compromete, en cambio, con la finalidad de aportar elementos de juicio para un eventual descargo a favor del imputado.

Es más, y como bien ha afirmado el mismo TDLC, la FNE incurre en un actuar oportunista al aprovecharse de este tipo de situaciones, ya que, de este modo, se permite que la Fiscalía pueda elaborar un relato estratégico con la información recabada en la delación compensada, el cual no podrá ser controlado ni confrontado por la contraparte.

*“Que, en consecuencia, pretender favorecer la consistencia de una declaración de una declaración por medio de acompañar su transcripción en lugar de presentar al declarante como testigo, constituye una suerte de decisión estratégica u oportunista destinada a favorecer su posición y a debilitar la posibilidad de confrontación intensa de la prueba de cargo por parte de la defensa, cuestión que no puede ser admisible, atendida las funciones que cumple el derecho a **contra interrogar;**”<sup>52</sup>.*

Yendo más allá, al no existir tampoco control en el momento en que la FNE toma las declaraciones *extrajudicialmente*, la confianza respecto a su fiabilidad debería ser menor. ¿Qué nos garantiza que el emisor esté declarando libre de presiones externas? ¿Un abogado

<sup>51</sup> TDLC, sentencia N°136/2014, considerando centésimo vigésima novena. Las negritas son mías.

<sup>52</sup> TDLC, sentencia N°136/2014, Considerando centésimo vigésimo octavo. Las negritas son mías.

defensor *estratégicamente audaz* dejaría acaso pasar esta oportunidad para controlar el relato que uno de los ejecutivos de la empresa coludida contara ante la FNE? El dueño de la empresa, ¿no buscaría controlar a sus subordinados para así lograr conseguir la exención de la sanción a costa de sus competidores, quienes incluso podrían terminar retirándose del mercado por consecuencia de aquello?

## 2. *El derecho al debido proceso.*

El argumento del cual se ha servido en ocasiones la jurisprudencia para explicar la improcedencia de calificar como prueba confesional o testimonial a las declaraciones prestadas a la FNE por delatores cuya identidad se esconde, dice relación con la vulneración a principios del debido proceso, en particular, a los derechos de defensa y de la prueba<sup>53</sup>.

Jordi Ferrer explica el derecho a la prueba distinguiendo los elementos que la constituyen, los cuales serían: a) el derecho a utilizar todas las pruebas de que se dispone para demostrar la verdad de los hechos que fundan la pretensión; b) el derecho a que las pruebas sean practicadas en el proceso; c) el derecho a una valoración racional de las pruebas practicadas; y d) la obligación de motivar las decisiones judiciales<sup>54</sup>.

Con lo anterior, podemos apreciar que el problema que presenta esta memoria está relacionado con el segundo de los elementos mencionados, esto es, el derecho a que las pruebas sean practicadas en el proceso. En este sentido, Ferrer explica que

*“(...) una concepción robusta del derecho a la prueba no puede conformarse con cualquier forma de práctica de la prueba en el proceso. En este sentido, deberá maximizarse la participación de las partes a través del **principio de contradicción, dando en todo momento a cada parte la oportunidad de contra-probar lo alegado por la parte contraria.**”<sup>55</sup>*

<sup>53</sup> Respecto a esta distinción entre derecho a la defensa y derecho a la prueba, Maturana y Montero exponen lo siguiente: “*En doctrina se reconoce la existencia de un verdadero derecho a la prueba, el que ya sea que lo concibamos formando parte del derecho de defensa o con una entidad independiente, no cabe duda que será uno los contenidos esenciales que deben concurrir para que nos encontremos ante un debido proceso de ley.*” Véase MATURANA C. y MONTERO R. *Derecho Procesal Penal*. Tomo II. Santiago, Legal Publishing, 2010, p. 792.

<sup>54</sup> FERRER, Jordi. Op. Cit., pp. 54 a 59.

<sup>55</sup> *Ibíd.*, p. 56. Las negritas son mías.

Siguiendo con esta línea, el TDLC puso de relieve este argumento en el caso *Buses (Ruta Santiago-Cartagena)* cuando dijo que

*“ (...) en todo caso, las principales razones para descartar que estas actas por sí solas puedan ser consideradas como prueba suficiente de un acuerdo colusorio dicen **relación con argumentos de debido proceso, de derecho de defensa y, en particular, con el derecho de cualquier requerida de poder contradecir la prueba producida en su contra**; Que, en efecto, no parece ajustado a un racional y justo procedimiento que la FNE pretenda que se castigue a las requeridas sobre la única base de declaraciones tomadas por y ante ella. Como se ha dicho, dichas actas no pueden por sí solas constituir prueba suficiente para acreditar un supuesto cartel, puesto que se trataría de un medio de prueba respecto del cual las requeridas tienen **menos posibilidades de confrontar y depurar su calidad mediante contra interrogaciones**; Que en este sentido debe subrayarse que el derecho a confrontar a los testigos es considerado como un **elemento central del debido proceso** en los sistemas procesales contemporáneos y constituye, **además, una de las principales manifestaciones del derecho a defensa de los acusados**, tal como ha sido ampliamente reconocido tanto en tratados internacionales (por ejemplo en los artículos 8.2 letra f) de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14.3 letra e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), como en nuestro propio ordenamiento jurídico (por ejemplo, en el artículo 19°, número 3, de la Constitución Política de la República);”*<sup>56</sup>.

De lo anterior se pueden desprender que los derechos o principios específicos en cuestión serían i) de bilateralidad de la audiencia o principio de contradicción; ii) de igualdad de armas; y iii) de presentar e impugnar pruebas.

<sup>56</sup> TDLC, sentencia N° 136/2014, considerandos centésimo vigésimo sexto y centésimo vigésimo séptimo. Las negritas son mías.

Pensamos en este trabajo que la sola alusión a los principios del debido proceso no logra a explicar completamente el problema que este tipo de evidencias suscitan, dejándonos solo con una comprensión superficial del asunto. Sostenemos que hace falta detenerse en cuáles son los efectos epistémicos que el impedimento de contradecir o confrontar la prueba suponen sobre ella.

### 3. *El control de errores y la protección de identidad como regla contra epistémica.*

El reconocido epistemólogo norteamericano Larry Laudan dice que los sistemas de justicia penal —de los cuáles podemos establecer una analogía con el proceso sancionatorio de libre competencia— están gobernados por tres clases de valores, de los cuales, dos de ellas están dentro del núcleo de la epistemología jurídica y la restante bajo una categoría a que se refiere como *extra-epistémica*<sup>57</sup>.

El primero de estos conjuntos de valores, que él llama *núcleo duro de la epistemología jurídica*, es aquel interesado en reducir la probabilidad de un juicio erróneo o falso, es decir, hacer improbable el incurrimento de errores Tipo I o Tipo II. Esta clase de valores es la que está directamente relacionada con el control de errores, entendiendo por tal aquella dimensión del proceso comprometida con averiguar la verdad o disminuir la incertidumbre<sup>58</sup>. Como vimos en el primer capítulo, dicho compromiso se encuentra recogido por los primeros momentos de la actividad probatoria, o sea, la inclusión del material probatorio y la valoración de este<sup>59</sup>.

El segundo, o *núcleo blando de la epistemología jurídica*, dice relación con una categoría *quasi-epistémica*, entendiéndola como aquella cuyos motivos “no derivan de su relación con la verdad ni con la reducción del error sino de una decisión política según la cual cierto tipo de errores son peores, menos aceptables, que otros”. Estamos entonces ante la operación de distribuir errores —tercer momento de la actividad probatoria—, la cual, como vimos anteriormente está formulada por una regla que solemos designar como estándar de prueba<sup>60</sup>.

<sup>57</sup> LAUDAN, Larry. *Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar*. DOXA, 28, 2005, pp. 1-3.

<sup>58</sup> Jonatan Valenzuela describe al proceso judicial como un *rito contra la incertidumbre*. Véase VALENZUELA, J. Op. Cit., p. 17.

<sup>59</sup> Laudan, Larry. Op. Cit.

<sup>60</sup> *Ibíd.*

Por su parte, la tercera clase de valores, aquella que no es propia de la epistemología jurídica, está comprometida con otros asuntos también importantes para el buen desempeño del proceso *aparte del error*. Aquí podemos encontrar intereses diversos como, por ejemplo, los derechos de los acusados o los principios del debido proceso<sup>61</sup>. En este sentido, Valenzuela explica que en los procesos judiciales también está integrado por reglas contra epistémicas, las cuales

*“obedecen a valores diversos a la averiguación de la verdad. Pensemos por ejemplo en las reglas sobre plazos, sobre exclusiones de prueba por obtención de la evidencia con inobservancia de garantías fundamentales, entre otras. Todas las reglas de este tipo tienden a la protección de valores en el derecho respecto de los cuales el proceso manifiesta la disposición de la comunidad para provocar incluso una falsa absolución”<sup>62</sup>.*

A partir de esta explicación, podemos deducir que la regla de protección de identidad se sitúa dentro del conjunto de valores extra-epistémicos. No tiene un compromiso con la averiguación de la verdad, sino que, más bien, dificulta este propósito del proceso: es una regla contra epistémica. Su razón de ser va ligada con resguardar la eficacia del programa de clemencia, pues de lo contrario se le estaría facilitando al resto de los participantes del acuerdo monitorear a sus socios. Como dijimos antes, no basta solamente con ofrecer una exención o reducción de multa, ya que también puede verse objeto de *sanciones privadas*, ejecutadas, naturalmente, por los demás responsables de la colusión.

Así entonces, tenemos que en el momento dirigido a reducir los errores en el proceso sancionatorio es afectado por esta regla contra epistémica. Como vimos anteriormente, se produce una situación de asimetría entre la FNE y el resto de los requeridos respecto al control de la información que los elementos de juicio entregan en el proceso.

Como es obvio, esta asimetría de control beneficia a la Fiscalía y perjudica a la defensa. Ella es consecuencia de que la regla de protección de identidad no es soportada igualmente por ambas partes, permitiendo así que a la Fiscalía le sea más fácil elaborar un relato sobre

<sup>61</sup> LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso pena*. Barcelona, Marcial Pons, 2013, p. 22.

<sup>62</sup> VALENZUELA, Jonatan. Op. Cit. pp. 128-129.

los hechos del caso compatible con la afirmación de la responsabilidad de quien acusa y de este modo logre condenarlo. Por el contrario, a la defensa solo le queda verse resignada ante el mayor poder de la Fiscalía, que gozaría de un privilegio procesal.

Si aceptamos que estas evidencias puedan valorarse como prueba testimonial o confesional encubrimos esta situación. Como ya señalamos antes, dichas calificaciones comportan una mayor capacidad de corroboración, ya que suponen una mayor capacidad de confrontación, lo cual permite un mayor control de errores, o, en otras palabras, demuestran una mayor aproximación a la verdad.

La pregunta que surge entonces es ¿qué razón podríamos aducir para permitir que esto ocurra, o bien, omitir que ocurre?

La respuesta a esta interrogante pareciera venir de una máxima de la experiencia que ya apuntamos anteriormente: *Nadie se acusa a sí mismo de algo que no hizo*. El delator al decidir cooperar con la FNE estaría también incriminándose de la conducta que les imputa a sus pares, por lo que, aparentemente, también estarían poniendo “*de su pellejo en juego*”. En otras palabras, el juez estaría pensando que quién colabora en la delación compensada estaría “garantizando” la veracidad de su relato, ya que no tendría sentido que acusara falsamente a sus pares toda vez que él/ella también terminaría, a fin de cuentas, perjudicándose.

Las máximas de las experiencias funcionan, de acuerdo con González Lagier, como inferencias probatorias epistémicas —generalizaciones— que sirven de aval para establecer una conexión —enlace— entre una evidencia y el enunciado de hecho pertinente al caso. En este sentido, la “fuerza” de la inferencia vendrá determinada por la “solidez del argumento inductivo en el que descansan”<sup>63</sup>.

Pues bien, existen buenas razones para entender que esto no tiene porqué ser necesariamente así. Es decir, el argumento de que *nadie se acusaría de algo que no hizo* en realidad es poco sólido por no decir ingenuo. Es más, pueden existir diversos motivos para desconfiar de quien se pretende beneficiar a costa de sus socios clandestinos (eliminarlos

<sup>63</sup> GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Hechos y conceptos. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, 15 (Dedicado a: XXI Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, "Problemas actuales de la Filosofía del Derecho", Universidad de Alcalá, 28, 29 y 30 de marzo de 2007), 2007, p.1.

como competencia sería de los primeros). Además, como ya venimos diciendo, la FNE mira a ganar el caso condenando a quienes presuntamente se coludieron y no le importa averiguar si son inocentes, por lo que obviamente ocupará esta situación a su favor y en perjuicio de la defensa que, contrario a lo que se querría, *no podrá defenderse*.

Todo lo anterior nos lleva a dar cuenta sobre el impacto de que no se pueda realizar por la defensa, a través de la contra interrogación, un chequeo de fiabilidad. En otras palabras, la importancia de contra interrogar en este caso es que permite al juzgador ponderar mejor el valor de las delaciones con las circunstancias concretas que envuelven la declaración del coimputado, las cuales no pueden ser apuntadas por la defensa en razón de la protección de identidad.

#### 4. *La necesidad de un chequeo de fiabilidad y credibilidad.*

Con lo analizado previamente surge la necesidad de detenernos en los criterios en función de los cuales han de valorarse las declaraciones efectuadas en el marco de un mecanismo de colaboración como la delación compensada. A partir de lo que reflexionemos respecto a estos criterios, podremos tener mejores luces sobre el tratamiento que debiera darse al tipo de evidencias que venimos tratando, considerando como influyen los hechos de que sean practicadas en la fase de investigación e interferidas por una protección de identidad.

De acuerdo con Fernández López, debe ponerse atención sobre dos tipos de parámetros para valorar pruebas de carácter declarativas: la credibilidad de la persona del declarante y la fiabilidad de su declaración. Cabe notar, de acuerdo con la autora, que estos son criterios que vienen a ayudar la motivación de la decisión judicial, pero jamás a predeterminedarla, entendiendo que nos movemos dentro de un contexto de libre valoración y no de uno de *prueba legal y tasada*.<sup>64</sup> Al respecto, López Fernández nos señala que debemos tener presentes dos ideas:

*“La primera es que se trata de requisitos que, aisladamente considerados, no permiten concluir por sí solos la atendibilidad de la declaración como suficiente prueba de cargo, sino que se trata de*

<sup>64</sup> LÓPEZ FERNÁNDEZ, Mercedes. *Eficacia procesal de las declaraciones obtenidas en procedimientos de colaboración*. Revista Derecho & Sociedad, 50, 2018, p. 267.

*elementos que han de presentarse de manera conjunta, y ni siquiera así se garantiza plenamente la veracidad del testimonio. Por ello, a mayor presencia de los mismos, mayor credibilidad del declarante y atendibilidad de su declaración. Hay que tener en cuenta que la credibilidad de la fuente de prueba no garantiza por sí sola la verosimilitud de su declaración (aunque se convierta en un dato, que, sin duda, la avala) y, al contrario, la falta de credibilidad del declarante no excluye necesariamente la atendibilidad de su declaración. La segunda idea, directamente vinculada con la anterior es la de los límites que presentan estas reglas. No puede esperarse de ellas que garanticen la veracidad de la declaración, pero sin duda contribuyen, al menos a minimizar las posibilidades de error en su valoración”* <sup>65</sup>.

Siguiendo a Fernández López, el examen de credibilidad de un declarante —que declara como coimputado— dice relación con “revelar las motivaciones ocultas detrás de su voluntad de declarar”. La revisión de estas circunstancias permite dar un “juicio preliminar” sobre la fiabilidad de la información que después se desprenda de su declaración. Así entonces, y particularmente en el caso del delator, tendremos presentes las relaciones previas de este con las otras partes a quien su declaración venga a afectar, de modo así ir verificando o descartando móviles como la venganza, la autoexculpación o la obediencia debida. Dichas motivaciones habrán de chequearse junto a las “características propias de la personalidad del declarante”, las cuales, en el caso del coimputado, estarán ligadas a factores como, por ejemplo, el rol y posición dentro del grupo o su conocimiento de las actividades ilícitas<sup>66</sup>.

Por su parte, el examen de la fiabilidad sobre la declaración dice relación con tres exigencias. En primer lugar, se requiere que lo relatado por el declarante resulte verosímil, esto es, que no peque de fantasiosa o presente contradicciones entre sus distintas partes. La segunda exigencia que la declaración se mantenga firme durante el procedimiento, concretamente, por lo que es importante que, por ejemplo, no existan retractaciones<sup>67</sup>.

<sup>65</sup> LÓPEZ FERNÁNDEZ, Miranda. *La valoración judicial de las pruebas declarativas*. Jueces para la Democracia, 64, 2009, p. 105.

<sup>66</sup> LÓPEZ FERNÁNDEZ, Miranda. *Eficacia procesal (...)*. Op. Cit., p. 268.

<sup>67</sup> LÓPEZ FERNÁNDEZ, Miranda. *La valoración (...)*. Op. Cit., p. 110.

La tercera exigencia es considerada la más importante y es que la declaración esté corroborada por datos objetivos. Como nos señala Fernández López:

*“La manera de minimizar la posibilidad de error judicial al valorarlo [la declaración] es asegurar que su contenido se encuentre respaldado por otras pruebas, **especialmente en aquellos casos en los que el testimonio prestado no se ha sometido a contradicción** o, como consecuencia del estatuto del declarante (en el caso de los coimputados), las posibilidades de contradicción se hayan visto seriamente comprometidas”<sup>68</sup>.*

Consideramos en esta memoria que los argumentos presentados en esta sección dan cuenta definitivamente porqué la protección de identidad que perjudica a la defensa, como es en el caso de las declaraciones analizadas, no puede ser jamás omitida en la valoración que el sentenciador efectúe sobre la prueba. Si el chequeo de fiabilidad no puede ser completado con el papel que juega la contraparte al contra interrogar, entonces aquella declaración necesitará corroborarse con otras evidencias, por lo que no debería considerarse como prueba testimonial o confesional ni menos como una “prueba directa”, lo cual pasaremos a analizar a continuación.

#### D. TIPO DE PRUEBA.

##### 1. *Ni prueba directa o indirecta.*

El problema explicado hasta ahora se alinea con otro relacionado al mal uso de conceptos que suelen emplear tanto el TDLC como la CS al valorar este tipo de evidencias. Nos referimos específicamente a las categorías de *prueba directa e indirecta (o circunstancial)*.

Pensamos en esta memoria que esta distinción peca de artificiosa, opaca, además de polémica. Hasta la fecha no se ha podido consensuar una manera de leer los términos *prueba directa e indirecta*, dificultando su comprensión a la hora de aplicarla para valorar la prueba. Así entonces, se han hecho diversas reconstrucciones de la misma tornándola cada vez más indeterminada e imprecisa.

<sup>68</sup> LÓPEZ FERNÁNDEZ, Mirada. *Eficacia procesal (...)*. Op. Cit., p. 269. Los corchetes y negritas son mías.

Según Carlos de Miranda, podemos encontrar a lo menos tres explicaciones sobre qué debemos entender por *prueba directa e indirecta*. Así entonces, tenemos, por una parte, la distinción dice relación con el contacto, personal o no, que tendría el juzgador a la hora de analizar una evidencia durante el proceso. En este sentido, los medios de pruebas como instrumentos y testigos serían siempre *indirectos* porque se interpondrían entre el sentenciador y aquello que se quiere probar. En cambio, solo constituiría una auténtica prueba directa el reconocimiento judicial<sup>69</sup>.

Luego, nos encontramos con que la distinción también puede hacer referencia a si la prueba tiene por objeto “un hecho que forme parte del supuesto fáctico de la norma jurídica implicada o, por el contrario, un hecho de los denominados secundarios”. Así, prueba directa tendría que ver con el primer caso e indirecta con el segundo<sup>70</sup>.

Michele Taruffo ofreció alguna vez una explicación similar a esta lectura. Explicaba que la clave de la distinción estaba en “la conexión entre los hechos principales en litigio y el hecho que constituye el objeto material inmediato del medio de prueba”. De este modo,

*“(…) Cuando los dos enunciados tienen que ver con el mismo hecho, las pruebas son directas, **puesto que atañen directamente a un hecho relevante o principal: el enunciado acerca de ese hecho es el objeto inmediato de la prueba.** Cuando, por el contrario, los medios versan sobre un enunciado acerca de un hecho diferente, **a partir del cual se puede extraer razonablemente una inferencia acerca de un hecho relevante, entonces las pruebas son indirectas o circunstanciales.** En este caso, en realidad, las pruebas ofrecen al juzgador información que sólo podrá utilizar como premisa de una inferencia que tenga como conclusión un hecho relevante del caso (...).”<sup>71</sup>*

<sup>69</sup> DE MIRANDA, Carlos. *Prueba directa vs. Prueba indirecta (un conflicto inexistente)*. DOXA, 38, 2015, p. 76.

<sup>70</sup> *Ibíd.*, p. 77.

<sup>71</sup> TARUFFO, Michele. *La prueba*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2008, p. 60. Las negritas son mías.

Como si no fuera poco, de Miranda nos da un tercer enfoque posible, aparentemente *más sencillo*. Aquí nos dice que podemos concebir la *prueba directa* como aquella que le da al juzgador una “proyección, más o menos, homogénea de la realidad”, dando como ejemplos la “fotografía, una proyección audiovisual o la narración de un testigo”. En cambio, señala el autor, “en la prueba indirecta la información que se proporciona al órgano jurisdiccional no guarda el menor parecido con la realidad”, por lo que se debe establecer un “vínculo racional asociativo”<sup>72</sup>.

A nuestro juicio, el problema esta distinción es que, justamente, no distingue aquello que pretende distinguir de manera precisa. Por lo contrario, este tipo de diferenciación adolece de una ambigüedad que dificulta el control intersubjetivo de las partes sobre la decisión del juez.

Como dice Marina Gascón, “desde el punto de vista del razonamiento no hay ninguna distinción esencial entre la llamada prueba directa e indirecta, pues

*“(...) en ambos casos están presentes inferencias de la misma clase (inductivas, por cierto), y en consecuencia, tan ‘teñida de subjetividad’ puede estar la primera como la segunda”*<sup>73</sup>.

En este sentido, no podemos afirmar que existen en rigor pruebas directas, ya que siempre mediará el razonamiento del juez entre la evidencia y el enunciado sobre el hecho que se pretende probar. En otras palabras, la evidencia nunca se conectará “directamente” con el enunciado sobre el hecho objeto de prueba.

## 2. Toma de posición.

El razonamiento expuesto hasta ahora permite justificar las tres premisas que sostienen este trabajo: i) Las declaraciones transcritas en el expediente de la FNE nunca pueden considerarse prueba testimonial o confesional una vez incorporadas en juicio si atendemos a que no pueden ser confrontadas por la defensa; ii) Este tipo de declaraciones

<sup>72</sup> DE MIRANDA, Carlos. Op. Cit. p. 77.

<sup>73</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Módulo prueba y verdad en el derecho*. Área modular jurídico-política, México, Instituto Federal Electoral, 2004, p. 65.

por sí solas no permiten afirmar —superando el estándar de *prueba clara y convincente*— una hipótesis de colusión, por lo que deben ser corroboradas por otras evidencias; iii) Para poder valorarlas correctamente se debe superar la distinción de *prueba directa e indirecta*.

Con lo anterior, para que este trabajo pueda ser útil las premisas i) y iii) requieren ser contestada con alguna propuesta que ayude el día de mañana a optimizar la decisión del sentenciador. Respecto a la premisa ii) basta simplemente con apuntar la importancia de corroborar las declaraciones transcritas con otro tipo de evidencias, siguiendo el razonamiento expuesto en la sección II.C.4.

Queda entonces responder las siguientes interrogantes. Primero, entendiendo que dichas declaraciones transcritas no pueden ser consideradas como prueba testimonial/confesional, ¿qué tipo de calificación entonces debieran poseer? En segundo lugar, de no hacer caso al binomio de *prueba directa e indirecta*, ¿cuáles otras categorías podrían ayudar a valorar estas evidencias con mayor precisión?

Respecto a la primera de las interrogantes, pensamos en este trabajo que la categoría que mejor representa este tipo de evidencias —declaraciones transcritas en el expediente investigación cuyo emisor es desconocido para la defensa— sería la de prueba documental o instrumental, entendiendo eso sí que, como afirmamos en la sección II.A.2, estamos ante un documento privado.

La segunda interrogante creemos que la podemos responder citando a la doctrina procesal más moderna. Pensamos que una alternativa es el esquema hexagonal que propone Michele Taruffo, el cual distingue seis situaciones probatorias en que puede caer un enunciado sobre un hecho:

- i) Que exista prueba suficiente sobre la verdad del enunciado.
- ii) Que exista prueba débil o insuficiente sobre la verdad del enunciado.
- iii) Que no exista prueba sobre la verdad del enunciado.
- iv) Que haya prueba suficiente sobre la falsedad del enunciado.
- v) Que haya prueba débil o insuficiente sobre la falsedad del enunciado.
- vi) Que no exista prueba sobre la falsedad del enunciado<sup>74</sup>.

<sup>74</sup> Véase TARUFFO, Michele. *Las situaciones probatorias. Aspectos lógicos de la decisión sobre hechos*. Revista Jueces para la Democracia, 77, 2013, pp. 73-79.

Considerando este esquema, pensamos que las declaraciones analizadas solo pueden considerarse como prueba débil o insuficiente sobre la verdad o falsedad de un enunciado (ej: que A celebros un acuerdo colusorio con B y C).

En este sentido, dicha situación probatoria es, siguiendo con la propuesta de Taruffo, compatible con otras tres, ya que, puede i) haber evidencia débil de la verdad de un enunciado y a su vez prueba fuerte sobre su falsedad (entendiendo que ninguna prueba puede alcanzar un estado de *certidumbre* y siempre podrán haber espacios para dudas en contra de una “prueba fuerte”); ii) pueden existir prueba débil sobre la verdad del enunciado y otra débil sobre el mismo; iii) puede existir prueba débil sobre la verdad del enunciado y falta de prueba de la falsedad del mismo enunciado. Asimismo, también pueden existir “compatibilidades externas” con enunciados sobre otros hechos (que pertenezcan al mismo contexto). En aquellos casos deberá atenderse si aquellos enunciados son o no contradictorios entre sí. Por ejemplo, si X e Y son enunciados sobre hechos contradictorios, puede producirse que exista prueba débil sobre la verdad de X y prueba fuerte sobre la verdad de Y (considerándose, de nuevo, que no puede alcanzarse un estado de certeza, por lo que habrá siempre espacios para dudas)<sup>75</sup>.

Así entonces, volviendo a la evidencia objeto de esta memoria, al considerarse esta como una débil, no podrá por sí sola ser suficiente para satisfacer un estándar de “prueba clara y convincente” como el que se suele aplicar en el procedimiento sancionatorio de libre competencia. Por lo mismo, debemos considerar dicho elemento de juicio como uno de alcances humildes, que quizás confiera alguna información que ayude a contextualizar algún hecho, o bien, que permita introducir espacios para dudas en contra de una prueba fuerte.

<sup>75</sup> *Ibíd.*

### III. ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA:

Sentencia del TDLC N° 171/2019: Caso *Navieras*.

El 27 de enero del 2015 la FNE interpuso un requerimiento en contra de 6 empresas dedicadas al giro de transporte marítimo de automóviles *deep sea* con destino a Chile (Rutas Europa, América y Asia), acusándolas de celebrar acuerdos, entre los años 2000 a 2012, para asignarse cuotas de mercados. Dichos acuerdos consistían en evitar competir en los procesos de contratación que celebraran con los fabricantes o consignatarios de distintas marcas de vehículos a través del “respeto de cuentas”, esto es, absteniéndose de participar —u ofreciendo precios más altos— en nuevas instancias de contratación. De este modo, la naviera titular de una cuenta —contrato entre esta y fabricante o consignatario— vería “protegida” su relación contractual al tener la seguridad de que sus competidores no harían ofertas de prestación de servicios más atractivas.

Las navieras implicadas eran: Compañía Marítima Chilena S.A (“CMC”); Compañía Sudamericana De Vapores S.A (“CSAV”); Eukor Car Carriers Inc. (“Eukor”); Kawasaki Kisen Kaisha Ltd. (“K Line”); Mitsui O.S.K Lines Ltd. (“MOL”); y Nippon Yusen Kabushiki Kaisha (“NYK”).

De las antes mencionadas, CSAV y NYK se acercaron a la FNE a mediados del 2012 para obtener los respectivos *beneficios de exención y reducción* de multas. Los antecedentes aportados por ambas empresas deladoras fueron incorporadas a la investigación de la Fiscalía Rol FNE N° 2132.

En relación con Chile, fueron 18 las cuentas en rutas dirigidas al país que provocaron efectos anticompetitivos, toda vez que fueron ejecutadas a través de contratos de transporte marítimo de vehículos (“pure car carrier”) con orígenes en Norte América (4 cuentas), Europa (4 cuentas) y Asia (10 cuentas), y destino a Chile<sup>7677</sup>. Para lo anterior, la Fiscalía pidió al Tribunal multar a las compañías involucradas por una suma total de 90 mil Unidades Tributarias Anuales (cercano a las US\$ 75 millones en ese entonces) considerando en dicho cálculo la multa solicitada para todas las requeridas en todas las rutas, exceptuando eso sí, a

<sup>76</sup> Para efectos de este trabajo solo nos avocaremos a analizar algunos de los acuerdos que la FNE les imputó a las compañías en cuestión y que dicen relación con el valor probatorio de la delación compensada, y en particular, con la declaración extrajudicial proveniente de esta.

<sup>77</sup> De las 18 cuentas, 6 fueron objeto de acuerdos de respeto solamente entre CSAV y NYK.

CSAV —quien fue eximida al ser la primera delatora— y NYK —cuya multa fue reducida—, en su calidad de segunda delatora.

Cabe mencionar que, al respecto, solo NYK y CSAV no contradijeron los hechos contenidos en la acusación de la FNE, salvo en cuanto a los períodos indicados en el Requerimiento, los cuales fueron precisados, detallados y/o corregidos por CSAV a lo largo del procedimiento. Las partes restantes —CMC, MOL, K Line y Eukor— solicitaron su rechazo aduciendo no haber participado de los acuerdos que la Fiscalía les imputaba, y en su caso, indicando que ellos se encontraban prescritos.

En relación el tema de esta memoria, vemos como a lo largo de toda la sentencia se cita como fuente el *“Cuaderno de documentos alzamiento de confidencialidad de la FNE”*, el cual da cuenta de las versiones públicas del expediente administrativo de investigación que fueron acompañadas al expediente. Como se lee en el mismo fallo en el visto 10.8 (página 24), bajo el título de prueba documental, se señalan las oportunidades en que la FNE, a solicitud de alguna de las partes, “exhibió” el expediente de investigación. Luego, dentro del considerando primero letra b) (página 29 del fallo), se indica el *“Índice del expediente de investigación de la FNE”*, en donde se mencionan las delaciones de CSAV y NYK, y la distinción entre los antecedentes públicos y confidenciales acompañados en soportes electrónico y físico.

A su vez, el considerando décimo indica que la prueba documental fue *“transcrita de las versiones públicas acompañadas al expediente para efectos de resguardar la confidencialidad o reserva de ciertos instrumentos decretada en el proceso. Lo anterior por cuanto esas versiones públicas constituyen antecedentes suficientes para fallar esta causa (...).”* Con lo anterior, señala que el símbolo “[X]” y la expresión “[Ejecutivo N° X]” apuntan cuando una información fue tachada en dichas versiones públicas, para así resguardar la confidencialidad.

Así las cosas, gran parte de las evidencias que la FNE usó para intentar probar su caso fueron las declaraciones extrajudiciales prestadas por ejecutivos de CSAV con 6 declaraciones y NYK con 3 declaraciones. De estas, solo 4 fueron ratificadas ante el TDLC, siendo todas ellas de ejecutivos de CSAV.

En el momento en que dichas declaraciones fueran ratificadas, el TDLC pronunciándose sobre una reposición, dijo lo siguiente:

*“(…)3) Que la eventual ratificación en juicio de una declaración consignada en un instrumento es un acto que procede incluso con ocasión de la rendición de la prueba testimonial. Esta regla es también aplicable respecto de un instrumento que ha sido declarado confidencial por este Tribunal;*

*4) Que la ratificación en una audiencia testimonial de una declaración contenida en un instrumento confidencial puede hacerse con o sin alzamiento de la confidencialidad de dicho instrumento;*

*5) Que, en el primer caso, decretado el alzamiento y ratificada la declaración, las partes pueden formular repreguntas y contrainterrogar al testigo;*

*6) Que, en el segundo caso, **dicha ratificación no constituiría una prueba testimonial**, por lo que el contenido del instrumento, de ser necesario para fallar la causa, será apreciado de acuerdo con las reglas de la sana crítica, debiendo en este caso alzarse su confidencialidad, en su oportunidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 del D.L. N° 211;<sup>78</sup>”.*

De acuerdo con el profesor Raúl Núñez, lo anterior “permite concluir que no estamos frente a una prueba testimonial cuando en una audiencia de reconocimiento se ratifica un documento confidencial (que protege la identidad de esa persona), y esa confidencialidad no se alza”<sup>79</sup>. Lo anterior, nos lleva a afirmar, siguiendo a Núñez, de que estamos ante una prueba documental.

Luego, como vemos en el fallo, el TDLC hace presente que el reconocimiento de haber participado en el acuerdo colusorio debe corroborarse con otras evidencias rendidas en el juicio para que puedan ser usado en contra otra parte. Esto puede apreciarse en algunas partes de la sentencia como, por ejemplo, en el presunto respeto de cuenta que MOL le habría concedido a NYK en relación con la carga de vehículos Toyota<sup>80</sup>:

<sup>78</sup> Resolución del 15 de diciembre de 2016, a fojas 2092 de la causa Rol 292-15.

<sup>79</sup> NÚÑEZ OJEDA, Raúl. *Informe en Derecho: Debido Proceso y Confidencialidad: Aplicación en el procedimiento contencioso de libre competencia en relación a la ratificación de documentos privados en audiencias de reconocimiento*. Santiago, 6 de noviembre de 2018, p.25.

<sup>80</sup> Considerandos sexagésimo cuarto y siguientes de la sentencia.

**Octogésimo primero:** *Que, por último, MOL arguye que las declaraciones de los ejecutivos de NYK en la FNE, en particular la del Ejecutivo N° 3, no constituyen antecedentes que puedan ser considerados como prueba **porque no tuvo la posibilidad de contrainterrogarlos como testigos**, además de no ser claras y precisas. Sin embargo, como ya se ha señalado, en un procedimiento en el que la prueba se aprecia de acuerdo con las reglas de la sana crítica y **en el que cualquier indicio o antecedente puede ser apto para establecer los hechos pertinentes, la evidencia allegada al proceso debe ser analizada necesariamente de manera holística, de acuerdo con las reglas de la lógica, de la experiencia y de los conocimientos científicamente asentados**. Por lo anterior, las declaraciones del Ejecutivo N° 3 de NYK, que se han citado y analizado con anterioridad, **no serán descartadas, sin perjuicio de lo que en definitiva se tendrá por probado** [el destacado es mío];*

Si bien esta parte del requerimiento terminó siendo acogida por el Tribunal (gracias a la incidencia de a otro tipo de evidencias), debe tenerse presente lo dicho por el voto en contra del ministro Hermann, quien manifestó su opinión en contra arguyendo que no existen “antecedentes claros y concluyentes de que las conductas acusadas permitan formar convicción necesaria para condenar”<sup>81</sup>. Señala que en los presuntos acuerdos entre MOL y NYK en las licitaciones del 2010 y 2011 la declaración del Ejecutivo N°3 “contiene preguntas inductivas realizadas por la FNE y el testigo no fue interrogado en sede judicial por las partes demandadas”<sup>82</sup>.

Con lo anterior, el caso de la cuenta Toyota resulta ejemplar para dar ilustrar cómo debiera tratarse la declaración extrajudicial transcrita de un delator no identificado. Primero, vemos que si bien da cuenta de su defecto de imposibilitar la contra interrogación, no descarta que tenga alguna incidencia para ayudar al esclarecimiento de los hechos, por lo que el Tribunal señala que pudiera servir como “indicio”<sup>83</sup>. Luego, es relevante destacar la observación del ministro Hermann, ya que visualiza el riesgo de que la Fiscalía pueda elaborar

<sup>81</sup> Página 118 de la sentencia.

<sup>82</sup> Página 119 y 120 de la sentencia.

<sup>83</sup> Es decir, un tipo de “prueba indirecta”. Si bien ya dijimos que este tipo de expresiones suelen pecar de ambiguas, podemos pensar que aquí se usa para denotar una prueba débil.

un relato estratégico con aquella información que la defensa no puede controlar, por ejemplo, realizando “preguntas inductivas” que terminen por conducir al delator que responda de un modo determinado.

Junto a lo anterior, notamos que la sentencia acierta al calificar, desde el principio, la naturaleza de la declaración extrajudicial como una “documental” (a pesar de que en el voto del ministro Hermann se hayan referido al Ejecutivo N°3 como “testigo”).

Finalmente, esta sentencia también presenta otros puntos interesantes en relación a la delación compensada como prueba en su conjunto. Uno de ellos fue lo razonado por el Tribunal sobre el presunto respeto que NYK, K Line, CSAV y CMC le habrían conferido a la cuenta de Eukor con General Motors<sup>84</sup>. En esta parte vemos que las delaciones (“solicitudes”) de CSAV y NYK el Tribunal las estima como contradictorias, no permitiendo de este modo que se pueda acreditar el hecho que la FNE apuntaba y, en consecuencia, les disminuye su valor probatorio y rechaza el requerimiento en lo concerniente a dicha acusación.

Lo anterior es relevante, ya que deja de lado aquel modo de concebir a la delación compensada como una suerte de prueba privilegiada frente a otras para corroborar una hipótesis de colusión. En este sentido, el fallo puede leerse como una advertencia para aumentar nuestro grado de escepticismo sobre el contenido específico de las evidencias que sean aportadas mediante este mecanismo, llamando la atención de que sean analizadas y ponderadas en concreto.

<sup>84</sup> Considerandos centésimo sexagésimo octavo y siguientes.

#### IV. CONCLUSIONES.

A lo largo de este trabajo analizamos la declaración extrajudicial proveniente de la delación compensada y reflexionamos sobre cómo debe ponderarse su valoración en el caso de verse interferida por la protección de identidad del artículo 39 del DL 211.

Como vimos, el momento de la valoración de los elementos de juicio es uno comprometido con la operación de reducir la probabilidad de error en la decisión del Tribunal. En este sentido, analizamos la regla de protección de identidad y dijimos que es una institución que persigue resguardar una clase de valores distinta que al de aproximarse a la verdad, estando esta relacionada con resguardar la confidencialidad y credibilidad del mecanismo de delación compensada.

Con lo anterior, buscamos explicar porqué este tipo de declaraciones no debiera calificarse jamás como un testimonio o confesión atendiendo a que no permiten ser contra interrogadas por la defensa, lo cual imposibilita efectuar un mayor control de errores (lo cual es propio de dichas calificaciones). En sintonía con esta idea, explicamos que este tipo de prueba, por sí sola, no basta para acreditar la hipótesis de una colusión en atención a lo mencionado en el punto anterior; y a lo reflexionado respecto a la necesidad de efectuar un chequeo de fiabilidad sobre la persona del declarante (lo cual suele ser justamente producto del rol que juega la defensa al contra interrogar). Además, señalamos que este tipo de asimetría de control sobre las evidencias genera el riesgo de que la Fiscalía pueda elaborar un relato estratégico con la información recabada mediante la delación compensada, lo cual irá en perjuicio de la defensa, quien no podrá defenderse debidamente.

Luego, señalamos cómo el binomio de *prueba directa e indirecta* dificulta más el problema por su ambigüedad conceptual y que, por lo mismo debiera dejarse de lado para efectuar una más precisa valoración. Así, propusimos que una mejor alternativa era el modelo hexagonal que ofrece Michele Taruffo y que, aplicado a este caso, daría como resultado una prueba débil de la verdad o falsedad del enunciado con que se quisiera enlazar.

Por último, a partir de lo analizado en el caso *Navieras* pudimos observar cómo se manifiesta en la práctica lo descrito en los capítulos anteriores. Además, dimos cuenta de algunos avances positivos que la jurisprudencia ha experimentado al ponderar el valor de las

evidencias provenientes de la delación compensada, apartándose de aquella tendencia que la sobrevaloraba en atención a su posición institucional. Por último, dimos cuenta que este fallo significa un avance en el modo de valorar específicamente la declaración extrajudicial i) al considerarla una prueba documental; ii) que debe ser apreciada en conjunto con el resto de las otras pruebas; iii) y —atendiendo al voto en contra del ministro Hermann— poniendo de relieve que su imposibilidad de confrontación por la defensa puede derivar en una ventaja estratégica para la Fiscalía.

## BIBLIOGRAFÍA

### Doctrina:

AGOSTINI, Claudio. *Institucionalidad e incentivos para la libre competencia*. Revista en foco, 99, 2007.

CALLAHAN, Elletta S. And DWORKIN, Terry M. *Do Good and Get Rich: Financial Incentives for Whistleblowing and the False Claims Act*. 37 Villanova Law Review 273, 1992.

CARBONELL BELLOLIO, Flavia. *Sana crítica y razonamiento judicial*. En: BENFELD, J. y LARROUCAU J. (Eds.). *La sana crítica bajo sospecha*. Santiago: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2018

DE MIRANDA, Carlos. *Prueba directa vs. Prueba indirecta (un conflicto inexistente)*. DOXA, 38, 2015.

FERRER, Jordi. *La prueba es libertad, pero no tanto: Una teoría de la prueba Cuasi-Benthamiana*. Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo, IX (18), 2017.

FERRER, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Editorial Marcial Pons, 2007.

FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. *Guía Interna sobre la Delación Compensada en casos de colusión*. 2017. [Disponible en: [http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/03/Guia\\_Delacion\\_Compensada.pdf](http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/03/Guia_Delacion_Compensada.pdf)].

GÁRATE MAUDIER, Óscar. *El ilícito anticompetitivo de colusión: un análisis crítico a la institucionalidad en la lucha contra de la colusión*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Santiago, Chile, Universidad de Chile, 2014.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Módulo prueba y verdad en el derecho*. Área modular jurídico-política, México, Instituto Federal Electoral, 2004.

GONZÁLEZ, Aldo. *Concepto y aplicación de la delación compensada en la persecución de carteles*. Revista en foco, 100, 2007.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. *Hechos y conceptos*. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, 15 (Dedicado a: XXI Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, "Problemas actuales de la Filosofía del Derecho", Universidad de Alcalá, 28, 29 y 30 de Marzo de 2007), 2007.

GRUNBERG, Jorge y MONTT, Santiago. Informe en Derecho: *Prueba de la Colusión*. Santiago, 2011, [Disponible en: <http://www.derecho.uchile.cl/u/download.jsp?document=133229&property=attachment&index=1&content=application/pdf>].

HAMILTON, María. *Estándar probatorio en los procesos sancionatorios en libre competencia, y rol de la Corte Suprema*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Santiago, Chile, Universidad de Chile, 2018.

LAUDAN, Larry. *Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar*. DOXA, 28, 2005.

LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso pena*. Barcelona, Marcial Pons, 2013.

LÓPEZ FERNÁNDEZ, Mercedes. *Eficacia procesal de las declaraciones obtenidas en procedimientos de colaboración*. Revista Derecho & Sociedad, 50, 2018.

LÓPEZ FERNÁNDEZ, Miranda. *La valoración judicial de las pruebas declarativas*. Jueces para la Democracia, 64, 2009.

MATURANA, Cristián y MONTERO, Raúl. MATURANA C. y MATURANA R. *Derecho Procesal Penal*. Tomo II. Santiago, Legal Publishing, 2010.

NÚÑEZ OJEDA, Raúl. *Informe en Derecho: Debido Proceso y Confidencialidad: Aplicación en el procedimiento contencioso de libre competencia en relación a la ratificación de documentos privados en audiencias de reconocimiento*. Santiago, 6 de noviembre de 2018.

OECD. *Policy Roundtables. Leniency for Subsequent Applicants*, 2012, [Disponible en: <http://www.oecd.org/competition/Leniencyforsubsequentapplicants2012.pdf>].

SEPÚLVEDA E., Lukas. *Diseño Institucional y Revisión en sede de Libre Competencia*. Memoria para optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Chile, Universidad de Chile, 2017. [Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/146261/Diseño-institucional-y-revisión-judicial-en-sede-de-libre-competencia.pdf?sequence=1>].

TARUFFO, Michele. *La prueba*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2008.

TARUFFO, Michele. *Las situaciones probatorias. Aspectos lógicos de la decisión sobre hechos*. Revista Jueces Para La Democracia, 77, 2013.

VALDIVIA, José Miguel. *Manual de derecho administrativo*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

VALENZUELA, Jonatan. *Hechos, Pena y Proceso. Ensayo sobre racionalidad y prueba en el derecho procesal penal chileno*. Santiago, Rubicón Editores, 2017.

### **Jurisprudencia TDLC:**

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sentencia N°33/2005.

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sentencia N°119/2012.

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sentencia N° 122/2012.

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sentencia N° 133/2014.

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sentencia N° 136/2014.

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sentencia N° 160/2017.

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sentencia N° 171/2019.

**Jurisprudencia Corte Suprema:**

Corte Suprema, sentencia rol n° 2.578/2012.

Corte Suprema, sentencia rol n° 19.086/2014.

Corte Suprema, sentencia rol n° 5.128/2016.

Corte Suprema, sentencia rol n° 1531/2018.

Corte Suprema, sentencia rol n° 1660/2018.

**Legislación y otras normas utilizadas:**

TDLC, Auto Acordado N°16/2017 sobre Reserva o Confidencialidad de la Información de los Procesos.

CHILE, Ministerio de Justicia. 1902. Ley N° 1.552, que establece el Código de Procedimiento Civil, publicada el 30 de agosto de 1902.

CHILE, Ministerio de Justicia. 2000. Ley N° 19.696, que establece el Código Procesal Penal, publicada el 12 de octubre de 2000.

CHILE, Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. 2005. Decreto Ley N° 211, que fija las normas para la Defensa de la Libre Competencia, publicado en el Diario Oficial el 22 de diciembre de 1973.

CHILE. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. 2009. Ley N° 20.361, que modifica el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2005, sobre Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.