

DOCTRINA

## El valor probatorio de la declaración extrajudicial proveniente de la delación compensada y la protección de identidad

*The probative value of extrajudicial declaration under leniency program  
and identity protection*

Lucas Orezza Viejo 

*Universidad de Chile*

**RESUMEN** Este trabajo analiza 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, en el contexto de la delación compensada, la protección de identidad señalada en el artículo 39 literal a) del DL 211.

**PALABRAS CLAVE** Delación compensada, protección de identidad, declaración extrajudicial, expediente de investigación, colusión.

**ABSTRACT** This paper analyzes the probative value in trial of extrajudicial statements made in administrative pre-trial proceedings conducted by the Chilean Antitrust Prosecutor, in the context of cartel investigations, under leniency program and identity protection according to letter a) of Article 39 of DL 211.

**KEYWORDS** Leniency program, identity protection, extrajudicial statement, investigation case file, cartel.

### Introducción

Hasta la fecha, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) ha conocido un número relevante 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.

La colusión es la conducta anticompetitiva más grave que persigue el proceso sancionatorio de libre competencia debido al impacto negativo que dicha práctica conlleva al bienestar social que una economía de mercado anhela 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>1</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 (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 de esta institución dice relación con su eficacia para desarticular carteles.<sup>2</sup> Con respecto a lo anterior, la delación compensada permite 1) prevenir que se celebren carteles; 2) detectar carteles existentes; 3) obtener evidencias que corroboren la existencia de ellos.

De los antecedentes más relevantes que aportan 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.

---

1. 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 esta 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 Gárate (2014: 186-195).

2. «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». Véase la sentencia de Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 160/2017, 28 de diciembre de 2017, considerando centésimo octogésimo noveno.

Así las cosas, solo la Fiscalía y el Tribunal —y no los demás requeridos— conocen la identidad del delator en caso de que se requiera su ratificación 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>3</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 declarante, 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. En otras palabras, la protección de identidad por un lado disminuye el control de errores al impedir que la defensa dirija preguntas al delator que cuestionen el contenido de su declaración y, por otro, imposibilita 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>4</sup>

Lo anterior puede agravarse aún más si consideramos la sobrevaloración que los tribunales han hecho de la evidencia obtenida mediante la delación compensada. La jurisprudencia no ha tomado una posición suficientemente clara respecto a su eficacia, pecando en ocasiones por depositar una confianza injustificada sobre ella.

Así las cosas, el objetivo central de este trabajo será explicar por qué las delaciones transcritas en la fase administrativa de investigación, donde las identidades de sus emisores se desconocen, 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>5</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.

---

3. Situación denunciada, por ejemplo, en el caso de *FNE con CMPC Tissue S.A y SCA*, C-299-2015, fojas 6.601 y ss.

4. Véase las sentencias del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 122/2012, 14 de junio de 2012, considerando 25.º y 133/2014, 15 de enero de 2014, considerando 117.º.

5. Véase la sentencia de la Corte Suprema, 6 de enero de 2020, rol 1.531-2018, considerando 48.º.

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>6</sup>

## La prueba en el proceso sancionatorio de libre competencia

Los momentos de la actividad probatoria en el proceso sancionatorio de libre competencia (PSLC)

De acuerdo con la teoría racionalista de la prueba, podemos distinguir tres momentos, lógicamente sucesivos, que conforman la actividad probatoria en todo proceso judicial: 1) la inclusión del material probatorio o conformación de los elementos de juicio; 2) la valoración del material probatorio; 3) la decisión sobre los hechos que se consideren probados según una regla de estándar de prueba (Ferrer, 2007: 41-47).

Con lo anterior, las dos primeras etapas —inclusión y valoración— están comprometidas con la operación de *reducir* la probabilidad de error en la decisión judicial. Por su parte, la tercera etapa —decisión conforme a un estándar de prueba— se compromete con dos funciones: primero, fijar el umbral mínimo a partir del cual se aceptará una hipótesis como probada; y segundo, distribuir la probabilidad de una decisión errónea entre falsos positivos (o falsa condena) y falsos negativos (o falsa absolución) (Valenzuela, 2017: 20).

En el contexto del PSLC, encontramos dentro del Decreto Ley 211 reglas que se corresponden claramente con los dos primeros momentos.

La primera etapa está regida por el artículo 21 inciso 2, el cual nos dice que «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». Con lo anterior, entendemos que rige el principio de libertad de prueba, conforme al cual toda información que se estime como relevante o útil para la determinación de un hecho puede ser usado.<sup>7</sup>

---

6. Véase el caso de *FNE contra CCNI y otras*, C-292-2015. Específicamente, la sección Requerimiento FNE contra CCNI y otras.

7. 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 Código de Procedimiento Civil —instrumentos, testigos, confesión de parte, inspección personal del Tribunal, informe de peritos y presunciones— los cuales operan 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.

Luego, vemos que la segunda etapa se identifica en el artículo 22 inciso final, el cual prescribe: «El Tribunal apreciará la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica». Vale decir, el sentenciador puede apreciar con libertad la prueba, aunque — y así lo ha entendido la jurisprudencia—<sup>8</sup> sujeto a los principios de la lógica, máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.<sup>9</sup>

De acuerdo con Jordi Ferrer (2017: 156-157), estamos ante un sistema de valoración *libre* en tanto no se «sujeta a normas jurídicas que predeterminen el resultado de la valoración». El objetivo entonces será «evaluar el apoyo empírico que un conjunto de elementos de juicio aporta a una determinada hipótesis o a su contraria», apoyándose para esto en los controles propios de la racionalidad. Hemos de tener en cuenta eso sí que nos sometemos a un razonamiento de tipo probabilístico, lo cual descarta que el apoyo empírico sobre una hipótesis en particular logre calificarla como *cierta*. En este sentido, Ferrer (2017: 163) 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».

Lamentablemente, respecto de esta última etapa el legislador todavía no ha fijado una regla expresa. En consecuencia, la jurisprudencia (TDLC y Corte Suprema) ha intentado subsanar el vacío utilizando un estándar de «prueba clara y concluyente», ubicándose así entre medio de la duda razonable y la prueba preponderante.<sup>10</sup>

---

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.

8. Por ejemplo, la Corte Suprema en el requerimiento de la *FNE contra Caster y otros*. Ver sentencia del 20 de enero de 2015, rol 21.536-2014.

9. Es discutible si los mencionados principios deben entenderse como «limitaciones» a los que el juez debe sujetar su razonamiento (Grungberg y Montt, 2011: 57). Al respecto Flavia Carbonell propone ver dichos criterios 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*]» (Carbonell, 2018: 38-40).

10. Así lo ha sostenido la Corte Suprema. Ver sentencias roles 19.086-2014 (considerando 90.º); 2.578-2012 (considerando 110.º); y 5.128-2016 (considerando 90.º). Esta posición no ha estado exenta de cuestionamientos. Principalmente si consideramos la discusión suscitada por la sentencia del requerimiento de la FNE en contra de las empresas CMPC Tissue S.A y SCA Chile S.A. En esta, los ministros Tapia y Arancibia señalaron en una prevención que el estándar adecuado debiera ser el de «balance de probabilidades» (mismo usado en litigios civiles, típicamente en asuntos contractuales). Para una reflexión más desarrollada sobre esta materia, véase a Becerra (2020) y Hamilton (2018).

## Los problemas de la delación compensada como mecanismo de prueba

Podemos describir a la delación compensada como aquel «sistema de incentivos dirigido a motivar la denuncia de los propios agentes involucrados en los acuerdos colusorios» (Gárate, 2014: 236).<sup>11</sup>

Con lo anterior, tenemos que este mecanismo persigue a lo menos tres objetivos: 1) prevenir acuerdos colusorios; 2) detectar acuerdos colusorios; 3) obtener evidencia de los mismos (Gárate, 2014: 239-240).

Respecto al tercer objetivo, vemos que la delación compensada permite la obtención de información que más tarde la FNE podrá usar como evidencia para acreditar la hipótesis de existencia de un acuerdo. Esto tiene una gran relevancia, ya que los agentes involucrados en acuerdos colusivos suelen operar bajo extremo secretismo, lo que dificulta otra manera de conseguir la evidencia necesaria para corroborar el ilícito anticompetitivo. Por lo mismo, el mecanismo de delación compensada suele ser la principal arma que sirve a la FNE para probar su teoría del caso.

Este mecanismo se enmarca en un procedimiento administrativo, cuya revisión primeramente corresponde al TDLC y luego a la Corte Suprema,<sup>12</sup> quienes pueden calificar si se han cumplido los requisitos para su otorgamiento. En este sentido es importante notar que, probatoriamente, la delación compensada, como cualquier otra evidencia, puede inducir a conclusiones erróneas, considerando particularmente que uno, la delación compensada se materializa en una solicitud de beneficios<sup>13</sup> y una serie de anexos que son parte de ella y que contienen minutas, declaraciones de ejecutivos, etcétera; y dos, la diversidad de material probatorio puede arrojar que su contrastación sea difusa y por consiguiente, que un enunciado X que contenga la

---

11. Aldo González (2007: 5) la explica más detalladamente como «un mecanismo que busca inducir la deserción 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».

12. El recurso de reclamación ante la Corte Suprema se puede caracterizar como una «apelación extraordinaria», ya que se pueden revisar tanto elementos jurídicos como fácticos (Sepúlveda, 2017: 57). Sin perjuicio de lo anterior, la Corte Suprema ha llegado incluso a revocar de oficio pronunciamientos del TDLC (ver, por ejemplo, la sentencia rol 1.660-2018). Esto es algo claramente problemático, principalmente porque la Corte Suprema debiera tener una especial deferencia hacia el TDLC en el control de los hechos que establezca este último, considerando su carácter de Tribunal especial, como la naturaleza técnica y científica de los contenidos que regula el DL 211 (Grungberg y Montt, 2011: 58).

13. El artículo 39 *bis* del DL 211 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.

solicitud de beneficios o no tenga relación con lo enunciado o lo contradiga o sencillamente no tenga respaldo adicional.

Además, 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, —que querrá probar su acusación— o para el delator, quien buscará eximir o reducir su responsabilidad a costa de los demás imputados. Lo anterior es especialmente cierto con las declaraciones que efectúan los delatores —representantes de una firma o sus trabajadores subordinados— y que más tarde se intentarán convertir en confesiones o testimonios dentro del PSLC.

En este orden de cosas, resulta fundamental que la evidencia presentada por la parte acusadora pueda ser confrontada por la defensa, lo cual hará principalmente mediante la contrainterrogación de aquel confesor o testigo. Sin embargo, aquello la mayoría de las veces no será posible ya que, como analizaremos a continuación, una de las principales instituciones dentro de la delación compensada es reservar información y con ello, proteger la identidad del declarante.

Surge entonces la pregunta de cuán eficaz ha de considerarse la delación compensada como mecanismo de prueba, lo cual obviamente obliga a cuestionar la principal evidencia que suele conllevar: la declaración del delator. Respecto a esto último, la jurisprudencia ha ido variando su opinión. En algunos casos otorgando cierto privilegio probatorio a lo declarado por uno de los agentes concertados<sup>14</sup>, y en otros negándole aquel carácter.<sup>15</sup> El cambio de opinión viene, por supuesto, al considerar el impacto de la regla de protección de identidad, su naturaleza contra epistémica y la indefensión que provoca en la contraparte.

---

14. Ejemplo de lo anterior es lo reflexionado por el TDLC en el caso *Farmacias*, y posteriormente reafirmado en otras sentencias, donde ha sostenido 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». Ver sentencias del Tribunal de Defensa de Libre Competencia números 119/2012, considerando 64.º; y 122/2012, considerando 25.º.

15. Por ejemplo, la sentencia del caso *Buses*: «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 119, 122 y 124). En efecto, la propia sentencia 33 ya señaló que tales actas no constituyen una confesión en perjuicio del declarante (consideración décimo tercera)». Ver sentencia del Tribunal de Defensa de Libre Competencia, 136/2014, considerando 23.º y 24.º.

## La declaración del delator y su confidencialidad

### Las declaraciones del delator

#### *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 o confidencial. Esto es así entendiendo que está conformado por una serie de actos conducentes a decidir si existen antecedentes suficientes para 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.<sup>16</sup>

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

Así, el mecanismo de delación compensada consta de un procedimiento en el cual al inicio el *postulante* —persona natural o jurídica interesada— requiere 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 o si los antecedentes que han sido presentados son desconocidos por la FNE.<sup>17</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 corroboren la colusión en una solicitud formal para optar a los beneficios de exención o reducción (*solicitud de beneficios*).<sup>18</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 co-

---

16. Sobre la conceptualización del acto administrativo como una decisión administrativa, véase a Valdivia (2018: 188 y 189).

17. «Guía interna sobre la Delación Compensada en casos de colusión», Fiscalía Nacional Económica, 2017, disponible en [bit.ly/3fZl8RP](https://bit.ly/3fZl8RP).

18. «Guía interna sobre la Delación Compensada en casos de colusión», Fiscalía Nacional Económica, 2017, disponible en [bit.ly/3fZl8RP](https://bit.ly/3fZl8RP).

lusiva— 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>19</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: 1) las declaraciones transcritas de los ejecutivos, 2) de los trabajadores, 3) de los asesores y/o mandatarios del *postulante*, así como 4) la solicitud formal de beneficios que realiza el agente económico que accede al beneficio, ya sea este una persona jurídica o natural.

Luego, 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 de investigación que 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 artículo 348 *bis* del Código de Procedimiento Civil) confiriéndole un plazo a las partes para que estas puedan revisar los antecedentes exhibidos.

### *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 artículo 346 núm. 1 CPC). De acuerdo con artículo 22 del decreto ley, en conjunto con las normas supletorias del CPC, dicho 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. Esto se ha hecho 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>20</sup>

---

19. Guía Interna sobre la Delación Compensada en casos de colusión”, Fiscalía Nacional Económica, 2017, disponible en [bit.ly/3fZl8RP](https://bit.ly/3fZl8RP).

20. Así lo ha resuelto el TDLC al señalar que «una segunda cuestión de carácter general que debe

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 por qué 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 conainterrogación, así como un chequeo de fiabilidad a partir de la persona del coimputado.

## La protección de identidad

### *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.

El Auto Acordado 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* (destacado es nuestro).

---

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* (destacado del autor), 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». Véase la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 33/2005, 8 de noviembre de 2005, considerando décimo tercero; y 136/2014, 8 de mayo de 2014, considerando 121.º.

Por otro lado, el Tribunal señala que también debe «mantenerse 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>21</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, que enumera las atribuciones y deberes del fiscal nacional económico, dispone en su letra a):

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 (destacado es nuestro).

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 (destacado es nuestro). <sup>22</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.

---

21. Auto Acordado 16 /2017, p.1, sobre Reserva o confidencialidad de la información de los procesos.

22. Guía Interna sobre la Delación Compensada en casos de colusión, Fiscalía Nacional Económica, 2017, p. 27, disponible en [bit.ly/3fZl8RP](https://bit.ly/3fZl8RP).

*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 (delator). De acuerdo con Callahan y Dworkin (1992: 314), a un informante o *whistleblower* —para este caso, una figura que puede asimilarse al delator—<sup>23</sup> no le bastará con librarse de las sanciones que han de aplicarle de hallarlo culpable, sino que también de aquellas «sanciones privadas» con que la sociedad o rubro donde se desempeña pudieran perjudicarlo a modo de represalia o castigo por revelar un secreto.

En este sentido, con la reserva de la identidad del delator se busca proteger su confianza y tranquilidad 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 se espera que la información con que esté dispuesto a colaborar sea mejor, 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 coacusados tiene para controlar la información que se maneja 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 este trabajo buscaremos dar cuenta de porqué la contradicción, más allá de ser una regla formal del proceso, es un supuesto cognoscitivo que impacta de lleno al determinarse 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.

---

23. Dice Pedro Rencoret (2020: 3) respecto a la similitud entre la figura del denunciante reservado (*whistleblower*), el cual hasta la fecha no ha sido incorporada en nuestro sistema de libre competencia, y el delator protegido: «Es interesante notar que actualmente la figura del denunciante reservado *en los hechos ya existe*, porque la FNE históricamente ha mantenido bajo estricta confidencialidad la identidad de los denunciantes que así se lo solicitan».

## El valor de la contradicción

### *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 (artículo 39 DL 211), sobre la base de la cual se decidirá si debe o no interponerse un requerimiento.

Por otro, se afirma 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 coimputados, amparado por la delación compensada presta a la Fiscalía en la fase de investigación 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 por la Fiscalía en el juicio de colusión, 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.

Lo anterior, a juicio de este autor, 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 y que 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 que 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 concontrinterrogada 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 concontrinterrogar 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, 1984: 32) (destacado es nuestro).<sup>24</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 elabore 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 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 *concontrinterrogar* (destacado es nuestro).<sup>25</sup>

De un modo similar ha razonado la Corte Suprema al reflexionar sobre la prueba testimonial.

[...] 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 vulne-

---

24. Autor citado en la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 136/2014, 8 de mayo de 2014, considerando 129.º.

25. Véase la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 136/2014, 8 de mayo de 2014, considerando 128.º.

rando el derecho a defensa de las partes, quienes no solo ignorarían la identidad del deponente, sino que, además, no estarían en condiciones de examinarlo y contrainterrogarlo en debida forma, pues al desconocer tal antecedente 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 (...)»<sup>26</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 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?

### *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 a la prueba.<sup>27</sup>

Jordi Ferrer (2007: 54-59) explica el derecho a la prueba distinguiendo los elementos que la constituyen, los cuales serían: 1) el derecho a utilizar todas las pruebas de que se dispone para demostrar la verdad de los hechos que fundan la pretensión; 2) el derecho a que las pruebas sean practicadas en el proceso; 3) el derecho a una valoración racional de las pruebas practicadas; y 4) la obligación de motivar las decisiones judiciales.

Con lo anterior, podemos apreciar que el problema que presenta este trabajo 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 (2007: 56) 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 maxi-

---

26. Véase la sentencia de la Corte Suprema, 6 de enero del 2020, rol 1.531-2018, considerando 46.º.

27. Respecto a esta distinción entre derecho a la defensa y derecho a la prueba, Maturana y Montero (2010: 792) 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».

mizarse la participación de las partes a través del *principio de contradicción*, dando en todo momento a cada parte la oportunidad de contraprobar lo alegado por la parte contraria» (destacado es nuestro).

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) (destacado es nuestro).<sup>28</sup>

De lo anterior se pueden desprender que los derechos o principios específicos en cuestión serían 1) de bilateralidad de la audiencia o principio de contradicción; 2) de igualdad de armas; y 3) de presentar e impugnar pruebas.

Pensamos en este trabajo que la sola alusión a los principios del debido proceso no logra 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. Solo de este modo se puede comprender mejor los alcances de la asimetría de poder que goza la FNE en perjuicio de la defensa, a raíz de su capacidad para reservar información y sus efectos en la valoración de la prueba proveniente de la delación compensada.

---

28. Véase la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 136/2014, 8 de mayo de 2014, considerando 126.º y 127.º.

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

El reconocido epistemólogo norteamericano Larry Laudan (2005: 1-3) dice que los sistemas de justicia penal —de los cuáles podemos establecer una analogía con el PSLC— están gobernados por tres clases de valores, de los cuales, dos de ellos están dentro del núcleo de la epistemología jurídica y el restante bajo una categoría a la que se refiere como *extraepistémica*.

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 incurrimiento 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>29</sup> Como vimos anteriormente, 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 (Laudan, 2005: 1-3).<sup>30</sup>

El segundo, o *núcleo blando de la epistemología jurídica*, se relaciona con una categoría *cuasiepistémica*, 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 (Laudan, 2005: 1-3).

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 (Laudan, 2013: 22). En este sentido, Valenzuela (2017: 128-129) explica que los procesos judiciales también están integrados 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.

A partir de esta explicación, podemos deducir que la regla de protección de iden-

---

29. Jonatan Valenzuela describe al proceso judicial como un *rito contra la incertidumbre*. Véase Valenzuela (2017: 17).

30. Sobre la relación teleológica entre prueba y verdad, véase a Ferrer (2005).

tividad se sitúa dentro del conjunto de valores extraepistémicos. 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 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 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, dichas calificaciones comportan una mayor capacidad de corroboración pues suponen más confrontación lo que 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 ocurra?

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 le imputa a sus pares, por lo que, aparentemente, también estaría poniendo «su pellejo en juego». En otras palabras, el juez podría pensar 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» (González Lagier, 2007: 1).

Pues bien, existen buenas razones para entender que esto no tiene por qué 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 de la competencia sería de los primeros).<sup>31</sup> Además, como ya venimos diciendo, la FNE, al no estar sujeta a un principio de objetividad, 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, acá la importancia de contrainterrogar 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 debido a la protección de identidad.

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

Con lo analizado surge la necesidad de detenernos en los criterios para valorar 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, tendremos mejores luces sobre el tratamiento que debiera darse al tipo de evidencias que venimos tratando al considerar 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 (2018: 267), 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 hacer notar, de acuerdo con la autora, que estos criterios ayudan en la motivación de la decisión judicial, pero jamás la predeterminan, entendiendo que nos movemos dentro de un contexto de libre valoración y no de uno de *prueba legal y tasada*. Al respecto, Fernández López (2009: 105) nos señala que debemos tener presentes dos ideas:

---

31. Dicen Juppet y Morales (2018: 112): «Si bien es cierto que el establecimiento de beneficios como la delación compensada implica un mejoramiento de las pruebas que potencialmente pueden ser producidas en juicio para lograr sanciones efectivas, existen estudios empíricos que muestran que la existencia de estos beneficios no sólo logran este objetivo, sino que generan un incentivo para que empresas se coludan y luego busquen el beneficio acusando a los mismos competidores con los que se unieron en la comisión de la conducta ilícita, perjudicando de esta forma a sus competidores directos, quienes deberán asumir los costos de las multas y sanciones impuestas por la jurisdicción de libre competencia» (destacado es nuestro). Respecto a la evidencia empírica, los autores citan a Catarina Marvao (2016).

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 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.

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 da 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 de verificar o descartar 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 (Fernández López, 2018: 268).

Por su parte, el examen de la fiabilidad sobre la declaración se relaciona con tres exigencias. En primer lugar, se requiere que lo relatado por el declarante resulte verosímil, esto es, que no padezca de fantástico o presente contradicciones entre sus distintas partes. La segunda exigencia es que la declaración se mantenga firme durante el procedimiento por lo que no debiesen existir retractaciones (Fernández López, 2009: 110).

La tercera exigencia —que la declaración esté corroborada por datos objetivos— es la más importante como nos señala Fernández López (2018: 269):

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 (corchetes y destacados nuestros).

Consideramos que los argumentos presentados en esta sección dan cuenta defini-

tivamente 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 por 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.

## Tipo de prueba

### *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 Corte Suprema al valorar este tipo de evidencias. Nos referimos específicamente a las categorías de *prueba directa e indirecta (o circunstancial)*.

Pensamos 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.

Según Carlos De Miranda, podemos encontrar a lo menos tres explicaciones sobre qué debemos entender por *prueba directa e indirecta*. 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 (De Miranda, 2015: 76).<sup>32</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 se-

---

32. De acuerdo con Michele Taruffo (2005: 454), esta manera de entender la distinción proviene de Francesco Carnelutti, quien «pone especialmente el acento en la *percepción* del juez en relación con el hecho a probar, distinguiendo en función de que el juez perciba directamente ese hecho o perciba otro del que se pueda obtener el primero; sobre la base de este criterio sitúa entre las pruebas directas la declaración testifical y el documento y, entre las pruebas indirectas, las presunciones y los indicios. Sin embargo, esta distinción es vaga y poco atendible: es vaga porque se basa en algo genérico e indeterminado como la "percepción" del juez; es poco atendible porque no es verdad que el juez tenga la "percepción directa" del hecho a probar escuchando una declaración testifical o leyendo un documento; en realidad, una prueba directa en este sentido se produce solo en el caso del reconocimiento judicial, pero entonces la distinción resulta casi inútil y deja en la vaguedad a todas las demás pruebas» (destacado es nuestro).

cundarios». Así, prueba directa tendría que ver con el primer caso e indirecta con el segundo (De Miranda, 2015: 77).

Michele Taruffo (2008: 60) explicó, de manera similar a esta lectura, 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:

Quando 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 (destacado es nuestro).

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» (De Miranda, 2015: 77).

A nuestro juicio, el problema de esta distinción es que, justamente, no diferencia 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 (2004: 65), 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». Así, nos explica esta autora (2012: 47-48) que «esta distinción no resulta aceptable, pues se funda en una acrítica percepción de la prueba directa. Analizada rigurosamente, la declaración del testigo T: “Vi a A disparar a B y a este caer muerto”, lo único que prueba es que T dice que vio a A disparar a B y a este caer muerto. La declaración de T probará que A mató a B solo si T dice la verdad. Pero este dato (si T dice la verdad) es el resultado de una inferencia del mismo tipo que la que define la prueba indirecta».

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.

## *Toma de posición*

El razonamiento expuesto hasta ahora permite justificar las tres premisas que sostienen este trabajo: 1) 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; 2) Este tipo de declaraciones 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; 3) 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 1) y 3) requieren ser contestadas con alguna propuesta que ayude el día de mañana a optimizar la decisión del sentenciador. Respecto a la premisa 2) basta simplemente con apuntar la importancia de corroborar las declaraciones transcritas con otro tipo de evidencias, siguiendo el razonamiento expuesto más arriba.

Queda entonces responder las siguientes interrogantes. Primero, entendiendo que dichas declaraciones transcritas no pueden ser consideradas como prueba testimonial o 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 ya afirmamos estamos ante un documento privado.

La segunda interrogante la podemos responder citando a la doctrina procesal más moderna. Pensamos que una alternativa es el esquema hexagonal que propone Michele Taruffo (2013: 73-79), el cual distingue seis situaciones probatorias en que puede caer un enunciado sobre un hecho:

- Que exista prueba suficiente sobre la verdad del enunciado.
- Que exista prueba débil o insuficiente sobre la verdad del enunciado.
- Que no exista prueba sobre la verdad del enunciado.
- Que haya prueba suficiente sobre la falsedad del enunciado.
- Que haya prueba débil o insuficiente sobre la falsedad del enunciado.
- Que no exista prueba sobre la falsedad del enunciado.

Considerando este esquema, pensamos que las declaraciones analizadas solo pueden considerarse como prueba débil o insuficiente sobre la verdad o falsedad de un enunciado (ejemplo: 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 1) 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»); 2) pueden haber prueba débil sobre la verdad del enunciado y otra débil sobre el mismo; 3) puede existir prueba débil sobre la verdad del enunciado y falta de prueba de la falsedad del mismo enunciado. Asimismo, también pueden encontrarse «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) (Michele Taruffo, 2013: 73-79).

Así entonces, volviendo a la evidencia objeto de este trabajo, 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.

## **Análisis de jurisprudencia**

### Sentencia del TDLC 171/2019: Caso *Navieras*

El 27 de enero del 2015 la FNE interpuso un requerimiento en contra de seis 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 el 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 Ltda. (K Line); Mitsui O.S.K Lines Ltda. (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 2.132.

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 (cuatro cuentas), Europa (cuatro cuentas) y Asia (diez cuentas) y con destino a Chile.<sup>33 34</sup> Para lo anterior, la Fiscalía pidió al Tribunal multar a las compañías involucradas por una suma de 90 mil Unidades Tributarias Anuales (cerca a los 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 CSAV —quien fue eximida al ser la primera deladora— y NYK —cuya multa fue reducida— en su calidad de segunda deladora.

Cabe mencionar que 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 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 con nuestro tema, vemos como a lo largo de toda la sentencia se cita como fuente el *Cuaderno de documentos alzamiento de confidencialidad de la FNE*, que da cuenta de las versiones públicas del expediente administrativo de investigación. 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 de una tijera entre corchetes y

---

33. 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.

34. De las 18 cuentas, 6 fueron objeto de acuerdos de respeto solamente entre CSAV y NYK.

la expresión «[Ejecutivo 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 seis declaraciones y NYK con tres declaraciones. De estas, solo cuatro 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 (destacado en el original).<sup>35</sup>

De acuerdo con el profesor Raúl Núñez (2018: 25), 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». Lo anterior, nos lleva a afirmar, siguiendo a Núñez, 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.<sup>36</sup> 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:

Octogésimo primero: Que, por último, MOL arguye que las declaraciones de los ejecutivos de NYK en la FNE, en particular la del Ejecutivo núm. 3, no constituyen

35. Resolución del 15 de diciembre de 2016, a fojas 2.092 de la causa rol 292-15.

36. Considerandos 64.º y siguientes de la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 171/2019, 24 de abril del 2019.

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* (destacado es nuestro).

Si bien esta parte del requerimiento terminó siendo acogida por el Tribunal (gracias a la incidencia de 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>37</sup>. Señala que en los presuntos acuerdos entre MOL y NYK en las licitaciones del 2010 y 2011 la declaración del Ejecutivo núm. 3 «contiene preguntas inductivas realizadas por la FNE y el testigo no fue interrogado en sede judicial por las partes demandadas».<sup>38</sup>

Con lo anterior, el caso de la cuenta Toyota resulta ejemplar para ilustrar como 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>39</sup> Luego, es relevante destacar la observación del ministro Hermann, ya que visualiza el riesgo de que la Fiscalía pueda elaborar 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 núm. 3 como «testigo»).

Finalmente, esta sentencia también presenta otros puntos interesantes en relación con 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

---

37. Sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 171/2019, p.118, 24 de abril del 2019.

38. Sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 171/2019, pp.119 y 120, 24 de abril del 2019.

39. 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.

habrían conferido a la cuenta de Eukor con General Motors.<sup>40</sup> En esta parte vemos que el Tribunal estima las delaciones («solicitudes») de CSAV y NYK 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.

## Conclusiones

La delación compensada es una herramienta fundamental en la lucha contra los cárteles, ya que, entre otros objetivos, facilita a la obtención de evidencia que sirva más tarde para probar la conducta anticompetitiva ante el TDLC. Con todo, la información proveniente de este mecanismo debe ser analizada y valorada en concreto por el sentenciador del mismo modo que lo haría con cualquier otra.

Dentro de los tipos de evidencias que se aportan con este mecanismo, las declaraciones prestadas extrajudicialmente por los delatores y que quedarán transcritas en el expediente de investigación de la FNE, para así más tarde ser ratificadas ante el TDLC, son una pieza clave.<sup>41</sup> Principalmente ya que después del acto de ratificación adquieren el carácter de prueba testimonial o confesional, permitiéndoles gozar así de una mayor aptitud probatoria conforme a la sana crítica.

Lo anterior, sin embargo, no puede ser en caso de operar también la protección de identidad sobre dichas declaraciones. Esto debido a que dicha institución, al funcionar como regla contra epistémica, impedirá a la defensa confrontar la evidencia mediante la conainterrogación (de lo contrario, se genera una situación de injustificada desigualdad que beneficia a la FNE y perjudica a la defensa). Por tanto, no es apropiado valorarlas como testimonios o confesiones, ya que no comportan la mis-

---

40. Sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 171/2019, 24 de abril del 2019, considerando 168.º y siguientes.

41. Es importante notar que, como señala Benjamín Grebe, si bien es cierto que herramientas como la delación compensada han ayudado a reducir las infracciones a la libre competencia, también han provocado que sea más difícil probarlos, ya que «han hecho que quienes hoy en día se coluden, no lo hagan a través de cartas, correos electrónicos, mensajería instantánea ni teléfonos registrados, lo que hace que la prueba de los mismos sea cada día más difícil» (Grebe, 2020: 1). En este sentido, puede ser perfectamente el caso que una delación compensada contenga solamente declaraciones del tipo que venimos analizando.

ma capacidad de corroboración que estas categorías institucionales sugieren tener. Como se explicó, la clasificación que les corresponde es de un instrumento privado.

De este modo, no resulta jamás procedente aceptar como probada la hipótesis de colusión —superando así el estándar de prueba clara y convincente— exclusivamente sobre la base de declaraciones emitidas por un delator protegido. Para lograr esta meta, será necesario que otras evidencias las corroboren.

Además, para superar definitivamente este problema de valoración probatoria es necesario abandonar la distinción de prueba directa e indirecta. Como vimos, ante su falta de determinación conceptual y simplificación, dicho binomio no permite distinguir claramente aquello que pretende. En su remplazo, una alternativa sería usar el modelo hexagonal diseñado por Michele Taruffo, como se señaló. De acuerdo con este esquema, las evidencias en cuestión solo cabría valorarlas como una prueba débil sobre la verdad o falsedad de un enunciado.

Por último, todo lo expuesto sugiere que debe abandonarse aquella noción que concibe a la delación compensada como una prueba que, debido a su posición institucional, se sitúa en un nivel superior de eficacia frente al resto. Considerándola desde el punto de vista de la principal evidencia que entrega —la declaración del delator—, afirmar aquello pone un peligro a la libre competencia si atendemos los usos a que puede prestarse. Incluso puede ser leído por las empresas como un incentivo para coludirse, ya que, gracias a la protección de identidad, lograrán salir impunes a costa de sus competidores.

## Referencias

- BECERRA, Daniela (2020). *Hacia la construcción de estándares de prueba en el procedimiento sancionatorio de libre competencia chileno*. Trabajo final de máster en razonamiento probatorio. Girona: Universitat de Girona. Disponible en [bit.ly/3syU43P](https://bit.ly/3syU43P).
- CALLAHAN, Elletta S. y Terry M. Dworkin (1992). «Do Good and Get Rich: Financial Incentives for Whistleblowing and the False Claims Act». *Villanova Law Review* 37 (2): 273-336. Disponible en [bit.ly/3iyfKqG](https://bit.ly/3iyfKqG).
- CARBONELL BELLOLIO, Flavia (2018). «Sana crítica y razonamiento judicial». En Johann Benfeld y Jorge Larroucau (editores), *La sana crítica bajo sospecha* (pp. 35-47). Santiago: Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- DE MIRANDA, Carlos (2015). «Prueba directa vs. Prueba indirecta (un conflicto inexistente)». *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (38): 73-100. Disponible en [bit.ly/3iG4oRH](https://bit.ly/3iG4oRH).
- FERRER, Jordi (2005). *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- . (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- . (2017). «La prueba es libertad, pero no tanto: Una teoría de la prueba Cuasi-

- Benthamiana». *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 9 (18): 150-169. Disponible en [bit.ly/31EOY96](https://bit.ly/31EOY96).
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes (2009). *La valoración judicial de las pruebas declarativas. Jueces para la Democracia*, 64: 95-116. Disponible en <https://bit.ly/3mzZc5W>.
- . (2018). «Eficacia procesal de las declaraciones obtenidas en procedimientos de colaboración». *Revista Derecho & Sociedad*, (50): 261-276. Disponible en [bit.ly/2DU7JgT](https://bit.ly/2DU7JgT).
- GÁRATE MAUDIER, Óscar (2014). *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. Santiago: Universidad de Chile.
- GASCÓN, Marina (2004). *Módulo prueba y verdad en el derecho. Área modular jurídico-política*. México: Instituto Federal Electoral. Disponible en <https://bit.ly/3ExeWNp>.
- . (2012). *Cuestiones probatorias*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- GONZÁLEZ, Aldo (2007). «Concepto y aplicación de la delación compensada en la persecución de carteles». *En foco*, (100): 1-17. Disponible en <https://bit.ly/2EsriU3>.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel (2007). «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»*). Alcalá: Universidad de Alcalá.
- GREBE LIRA, Benjamín (2020). «Hacia una delación compensada 2.0». Investigaciones Centro Competencia. Disponible en [bit.ly/2WerwRI](https://bit.ly/2WerwRI).
- GRUNBERG, Jorge y Santiago Montt (2011). *Informe en derecho: Prueba de la colusión*. Santiago: Universidad de Chile. Disponible en [bit.ly/2FVYq5A](https://bit.ly/2FVYq5A).
- HAMILTON ECHAVARRI, María (2018). *Estándar probatorio en los procesos sancionatorios de libre competencia, y rol de la Corte Suprema*. Memoria para optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago: Universidad de Chile. Disponible en [bit.ly/3mxZoFe](https://bit.ly/3mxZoFe).
- JUPPET EWING, María Fernanda y Joaquín Morales Godoy (2018). *La colusión en Chile. Análisis doctrinario y jurisprudencial*. Santiago: Thomson Reuters.
- LAUDAN, Larry (2005). «Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar». *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (28): 95-113. Disponible en [bit.ly/32AkdTi](https://bit.ly/32AkdTi).
- . (2013). *Verdad, error y proceso pena*. Barcelona: Marcial Pons.
- MARVAO, Catarina (2016). «The EU leniency programme and recidivism». *Review of Industrial Organization*, 48: 1-27. Disponible en <https://bit.ly/3er6dlc>.
- MATURANA, Cristián y Raúl Montero (2010). *Derecho procesal penal*. Tomo 2. Santiago: Legal Publishing.

- NÚÑEZ OJEDA, Raúl (2018). *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.
- RENCORET, Pedro (2020). «El denunciante reservado». Programa UC Libre Competencia: Antitrust Resarch Lab (2), Disponible en [bit.ly/3mgoPqd](https://bit.ly/3mgoPqd).
- SEPÚLVEDA, Pedro (2017). *Diseño institucional y revisión en sede de libre competencia*. Memoria para optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago: Universidad de Chile. Disponible en [bit.ly/3ydZjXT](https://bit.ly/3ydZjXT).
- TARUFFO, Michele (2005). *La prueba de los hechos*. Madrid: Editorial Trotta.
- . (2008). *La prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- . (2013). «Las situaciones probatorias. Aspectos lógicos de la decisión sobre hechos». *Jueces Para La Democracia*, 77: 73-79. Disponible en <https://bit.ly/31os6oi>.
- VALDIVIA, José Miguel (2018). *Manual de derecho administrativo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- VALENZUELA, Jonatan (2017). *Hechos, pena y proceso. Ensayo sobre racionalidad y prueba en el derecho procesal penal chileno*. Santiago: Rubicón.
- WIGMORE, John Henry (1984). *Evidence*, 5: 32. Toronto: Editorial Boston. Traducción libre.

## Reconocimiento

Este trabajo es una versión posterior de otro que fue elaborado como memoria para optar a la Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Este último formó parte del proyecto Fondecyt Regular 2019, núm. 1.191.634, Error y proceso judicial (profesores Flavia Carbonell Bellolio y Jonatan Valenzuela Saldías).

Agradezco a Óscar Gárate, Jonatan Valenzuela, Juan Pablo Gutiérrez, Danae Fenner, Juan Francisco Sánchez y Nicolás Orezzoli por su apoyo para publicar este trabajo.

## Sobre el autor

LUCAS OREZZOLI VIEJO es egresado de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile y ayudante del Centro de Regulación y Competencia de la misma casa de estudio. Su correo electrónico es [lucasurezzoli@gmail.com](mailto:lucasurezzoli@gmail.com).  <https://orcid.org/0000-0002-4128-8931>.

La *Revista de Estudios de la Justicia* es publicada, desde 2002, dos veces al año por el Centro de Estudios de la Justicia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Su propósito es contribuir a enriquecer el debate jurídico en el plano teórico y empírico, poniendo a disposición de la comunidad científica el trabajo desarrollado tanto por los académicos de nuestra Facultad como de otras casas de estudio nacionales y extranjeras.

DIRECTOR

Álvaro Castro

([acastro@derecho.uchile.cl](mailto:acastro@derecho.uchile.cl))

SITIO WEB

[rej.uchile.cl](http://rej.uchile.cl)

CORREO ELECTRÓNICO

[cej@derecho.uchile.cl](mailto:cej@derecho.uchile.cl)

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial  
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo  
estuvieron a cargo de Tipografía  
([www.tipografica.io](http://www.tipografica.io))