CAPÍTULO 9

Comentario Sentencias Destacadas

# Absolución de Posiciones y Garantía de No Autoincriminación en eL TDLC

Sentencia Tribunal Constitucional, Rol N° 15.768-24

Felipe Bravo Alliende

## RESUMEN

Este trabajo comenta la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 15.768-24 (caso "Transporte de Valores") que rechazó el requerimiento de inaplicabilidad de un ejecutivo citado a absolver posiciones ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia bajo los apercibimientos de los artículos 393 y 394 del Código de Procedimiento Civil. La mayoría del Tribunal resolvió el caso sobre la base de un precedente no idóneo, la sentencia Rol N° 2381, del caso "Pollos", el cual se construyó para una persona jurídica sin riesgo penal y reservó expresamente la vía del artículo 19 N° 3 de la Constitución para supuestos como el actual. Desde la reintroducción del delito de colusión en 2016, la sentencia condenatoria del TDLC es condición de procesabilidad de la querella de la FNE, lo que acerca el procedimiento infraccional a un antejuicio de lo criminal. Este trabajo sostiene que dicho procedimiento es materialmente sancionatorio y que la confesión ficta invierte la carga de la prueba. Asimismo, sostiene que los argumentos de la "paradoja" y del "beneficio" del artículo 64 del DL 211 confunden planos, y que, conforme a la jurisprudencia europea, la lesión del derecho a no autoincriminarse se produce con la coacción misma y no con el uso posterior de lo declarado. Finalmente, analizamos cómo el TDLC reconoció en la misma causa el derecho a guardar silencio de una testigo, pero se lo negó a los requeridos, y cómo luego sometió la confesión ficta a la sana crítica, una solución que atenúa el problema del valor probatorio del silencio, pero no el de la coacción.

**Palabras clave:** libre competencia; colusión; absolución de posiciones; confesión ficta; no autoincriminación; Tribunal Constitucional; debido proceso.

**Indice:** I. Introducción. II. El Tribunal Constitucional y el derecho de la competencia. III. El caso y la sentencia. IV. Una crítica a la sentencia del Tribunal Constitucional. V. Efectos de la sentencia en el procedimiento ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN

La reintroducción del delito de colusión por la Ley N° 20.945, de 2016, dejó planteada una pregunta que la doctrina venía anunciando desde su tramitación legislativa[1]: si la condena del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) es condición para la querella de la Fiscalía Nacional Económica (FNE), ¿debe regir ya en sede infraccional el derecho a no declarar contra sí mismo?

La discusión más reciente sobre esta cuestión ha sido la decisión de la FNE, en el juicio seguido contra las principales empresas de transporte de valores y sus ejecutivos (denominado como el caso "Transporte de Valores"), de citar a cinco ejecutivos requeridos a absolver posiciones bajo juramento, bajo los apercibimientos de los artículos 393 y 394 del Código de Procedimiento Civil (CPC), que incluyen la confesión ficta respecto de los hechos categóricamente afirmados, multas o arrestos de hasta treinta días. El Tribunal Constitucional, en la sentencia Rol N° 15.768-24, rechazó el requerimiento de inaplicabilidad deducido por uno de los ejecutivos que alegaba la inconstitucionalidad de la confesión ficta en el procedimiento de libre competencia[2].

En este comentario sostendremos que la mayoría resolvió el caso con un precedente (la sentencia Rol N° 2381, en el caso "Pollos") que no era idóneo, porque se construyó sobre un supuesto distinto y, más aún, reservó expresamente la vía del artículo 19 N° 3 de la Constitución para un caso como el que ahora se presentaba. Asimismo, señalaremos que los dos argumentos originales del fallo, el de la "paradoja" y el del "beneficio" del artículo 64 del Decreto Ley N° 211, de 1973[3], confunden planos y se apartan de la solución que el derecho comparado da a los procedimientos paralelos. Finalmente, revisaremos cómo la controversia no terminó en el Tribunal Constitucional,

[1] Nehme y Gorab (2015) pp.11-13.

[2] En rigor fueron cuatro las sentencias del TC a este respecto, resolviendo acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad interpuestas por Cristián Catalán Jerez (Rol N° 15.768), Rui Sanches Da Silva (Rol N° 15.770, Martín Matos Pardo (Rol N° 15.886) y Marco Malverde Muñoz (Rol N° 15.888). Este comentario revisa la primera de ellas, aunque las cuatro son idénticas y fueron dictadas el mismo 21 de agosto de 2025.

[3] Para facilitar la lectura, aunque en adelante haremos referencias legales al DL 211, de 1973, ellas deben entenderse realizadas al DFL N° 1, del Ministerio de Economía, de 2004, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, de 1973.

sino que el propio TDLC, al hacer efectiva la confesión ficta, la sometió a la sana crítica, cuando pocos meses antes había reconocido a una testigo el derecho a guardar silencio que negó a los requeridos.

## II. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Desde 1999 que el Tribunal Constitucional ha emitido diversos pronunciamientos relacionados con el derecho de la competencia, en que el objeto del contRol es un precepto del Decreto Ley N° 211, de 1973, una norma procesal aplicada en un juicio ante el TDLC o una disposición que confiere atribuciones a las autoridades de competencia. El rasgo dominante de estas decisiones ha sido la deferencia del Tribunal Constitucional hacia el sistema de libre competencia. En efecto, con muy pocas excepciones, el Tribunal ha validado el diseño institucional y procesal del DL 211 y ha remitido a la Corte Suprema los reproches dirigidos contra la forma en que el TDLC o la FNE aplican la ley.

La deferencia del TC al sistema de libre competencia se apoya en dos argumentos que el Tribunal ha ido precisando con los años: en primer lugar, que el sistema se legitima por la especialidad y la naturaleza jurisdiccional del órgano que decide; y, en segundo término, que el procedimiento ante el TDLC es autónomo respecto del proceso penal y, por tanto, no queda sujeto a las garantías propias de la causa criminal. La sentencia que comentamos pone a prueba, precisamente, ese segundo argumento.

### 1. La legitimación por especialidad y por jurisdicción

La primera línea de la jurisprudencia constitucional es institucional. En 2006, al rechazar la impugnación de una licitación portuaria monooperadora, el TC describió al TDLC como el "órgano jurisdiccional a quien precisamente se encarga la custodia de dicho bien jurídico" y una de cuyas finalidades es "salvaguardar la libertad de todos los sujetos que participan en la actividad económica, en igualdad de condiciones, beneficiándose de este modo a toda la colectividad, interesada esta última en que se produzcan más y mejores bienes y servicios a precios más reducidos"[4].

Sobre esa base, el Tribunal Constitucional ha tolerado rasgos del sistema que en otros regímenes sancionatorios le han parecido inadmisibles. Así, por ejemplo, en el contRol preventivo de la Ley N° 19.911, de 2003, que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, el TC validó la potestad de dictar instrucciones de carácter general como "una atribución del Tribunal necesaria para el cumplimiento de su misión de promoción y defensa de la libre competencia en los mercados", en el entendido de que queda sometida al contRol de la Corte Suprema[5], descartando la invasión a la reserva legal de dicha potestad.

[4] Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 467, considerando 29°.

[5] Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 391, considerandos 13° y 14°.

Sin embargo, el caso más claro de deferencia es la que el TC ha tenido con el sistema de multas en libre competencia. En la sentencia Rol N° 2658, el Tribunal rechazó el reproche contra la (entonces) escala única del artículo 26 letra c), que no distingue entre ilícitos de lesión y de peligro, porque el "peligro de excesos e imprevisibilidad" se "conjura" por "la circunstancia de que la potestad punitiva se radique en un único órgano jurisdiccional, colegiado y especializado" como es el TDLC, obligado a fundar sus decisiones en razones de hecho, de derecho y económicas, revisables además por la Corte Suprema[6]. El mismo estándar le sirvió al TC para declarar inaplicables, en cambio, las multas que la antigua Superintendencia de Valores y Seguros podía imponer a su elección, sin criterios legales claros[7]. En la sentencia Rol N° 13.054, de 2023, el Tribunal Constitucional confirmó la constitucionalidad de las medidas del artículo 26 del DL 211 luego de la modificación que introdujo la Ley N° 20.945, señalando que dicha norma contiene parámetros de graduación de las medidas y que quien sanciona finalmente es un tribunal, no una autoridad administrativa[8].

El argumento del Tribunal Constitucional para ser deferente con el sistema de libre competencia, en suma, es de legitimación por especialidad y por jurisdicción. La apertura del tipo del artículo 3°, la amplitud del margen sancionatorio y la flexibilidad del procedimiento se aceptan porque las administra un tribunal técnico, colegiado y sometido a la superintendencia de la Corte Suprema. Este punto es decisivo para entender lo que viene después, ya que la calificación del TDLC como órgano jurisdiccional y no como administración sancionadora, es la premisa de la que el Tribunal deriva el estatuto de garantías aplicable ante él.

## 2. Las garantías procesales y la frontera con lo penal

La segunda línea jurisprudencial del TC se refiere al estatuto de garantías del procedimiento ante el TDLC y es la que interesa directamente para este comentario. Su punto de partida, aunque rara vez se recuerde, es una sentencia que va en el sentido contrario. En el contRol preventivo de la Ley N° 19.610, de 1999, que fortalece las atribuciones de la FNE, el Tribunal declaró inconstitucional el delito que sancionaba con presidio menor en su grado mínimo (y en caso de funcionarios públicos, además, con la pérdida del empleo) a quien "continuare entorpeciendo la investigación [que instruya la Fiscalía Nacional Económica] o se rehusare a proporcionar antecedentes que conozca o que obren en su poder"[9], porque la conducta no estaba expresamente descrita y esa figura podía "erosionar seriamente las

[6] Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 2658, considerando 14°.

[7] A modo de ejemplo, Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 2922, considerando 43°.

[8] Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 13.054, considerando 24°.

[9] Proyecto de ley Boletín N° 2105-03, artículo 30A, incisos primero y segundo.

garantías del imputado", en particular la del artículo 19 N° 7 letra f)[10]. En ese momento, entonces, cuando una investigación en materias de competencia se conectaba con una sanción penal, el Tribunal aplicó sin duda el estándar penal para proteger a las personas investigadas y eventualmente imputadas.

A diferencia de dicho precedente de 1999, la doctrina que hoy domina al Tribunal Constitucional se fijó en el caso "Pollos", de 2013[11]. En dicha causa, Empresas Ariztía impugnó la aplicación supletoria del artículo 385 del Código de Procedimiento Civil en el procedimiento contencioso de libre competencia, que obliga a absolver posiciones bajo juramento, por infringir la prohibición de autoincriminación. El Tribunal Constitucional, en una decisión unánime[12], rechazó el requerimiento en esa oportunidad con un razonamiento en dos pasos. Primero, la garantía del artículo 19 N° 7 literal f) de la Constitución exige cuatro supuestos (causa criminal, imputado o acusado, declaración bajo juramento y hecho propio) y protege a "quien encuentra amenazada su libertad personal o seguridad individual en el curso de una causa criminal"[13]. Segundo, el TDLC no ejerce una potestad punitiva administrativa, sino una función jurisdiccional, de modo que "se somete al régimen de garantías de procedimiento generales y no a las que la doctrina discute debiesen aplicarse en el ejercicio del derecho administrativo sancionador"[14]. Con ello, la jurisprudencia que admite la aplicación "con matices" de los principios penales al derecho administrativo sancionador, iniciada en la sentencia Rol N° 244 –siguiendo en esto a la letra el modelo español de la STC 18/1981–, quedó fuera del procedimiento de libre competencia.

La calificación del TDLC como el ejercicio de una función "jurisdiccional", opuesta a "punitiva", se ha replicado en casi todos los frentes en que se ha discutido el carácter del sistema ante el Tribunal Constitucional. De esta manera, la solidaridad de directores y administradores en el pago de la multa "no constituye sanción", sino una garantía de pago[15]; asimismo, el arresto como apremio por no pago de la multa carece de naturaleza penal y deriva de la facultad de imperio del tribunal[16], y el requerimiento de la FNE "no es una medida sancionadora administrativa ni penal" y, por tanto, "resulta abstracta la sola invocación de derechos o garantías aplicables al ámbito administrativo sancionador o penal al área de la libre

[10] Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 286, considerando 6°.

[11] Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 2381, de 20 de agosto de 2013.

[12] Votaron por el rechazo los ministros Hernán Vodanovic, Marisol Peña, Francisco Fernández, Carlos Carmona, Iván Aróstica, Gonzalo García, María Luisa Brahm y el suplente de ministro Alan Bronfman. Aunque la decisión fue unánime, el ministro Aróstica previno que no compartía las afirmaciones de la sentencia sobre la excepcionalidad del reconocimiento de derechos fundamentales para personas jurídicas.

[13] Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 2381, considerandos 9° y 10°.

[14] Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 2381, considerando 17°.

[15] Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 9469, considerando 16°.

[16] Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 13.047, considerando 10°.

competencia". En efecto, "[p]ara estimar que es posible hallar fundamentos plausibles en esta especie de requerimientos, es necesario acotar los motivos de aplicación de los principios invocados al área en que se plantea que tienen vigencia, además de ser perentorio determinar su precisa configuración y efectos en ésta, todo a la luz de la aplicación de la norma legal impugnada"[17].

Cada una de las calificaciones que ha realizado el Tribunal Constitucional es defendible por separado. En conjunto, sin embargo, no responden al argumento funcional de la naturaleza del procedimiento ante el TDLC, ya que el sistema de libre competencia persigue la disuasión mediante consecuencias patrimoniales tremendamente severas sobre personas naturales y, desde 2016, también mediante penas privativas de libertad.

### 3. Los límites de la deferencia del TC con el sistema de libre competencia

La deferencia del Tribunal Constitucional, aunque amplia, ha tenido ciertos límites, y conviene identificarlos porque revelan cuándo la legitimación por especialidad deja de ser suficiente para dicha magistratura. El único ámbito en que la jurisprudencia constitucional ha tenido movimiento es en el caso del derecho al recurso. En 2010, el Tribunal rechazó por unanimidad el reproche contra el artículo 31 del DL 211, que no permitía reclamar de los informes del TDLC por tratarse de actos administrativos habilitantes y porque la configuración de los recursos corresponde al legislador[18]. En 2019, el artículo 27 estuvo a un voto de ser declarado inaplicable respecto de lo resuelto en la etapa de cumplimiento, en un empate 5-5 que enfrentó la tesis de que la única instancia solo es tolerable si la compensan garantías orgánicas con el argumento de que el problema era de mera legalidad[19]. En 2022, por 6-4 y en tres sentencias idénticas, el Tribunal declaró inaplicable el artículo 31 frente a informes del TDLC que, en el caso concreto, "zanja[ban] de forma definitiva" la cuestión sometida a su conocimiento[20], ya que cuando una decisión del TDLC queda sin revisión de la Corte Suprema, la especialidad del tribunal ya no compensa la ausencia de garantías.

Por el otro lado, el borde de la deferencia del Tribunal Constitucional es la mera legalidad, que opera como un filtro cada vez más usado por dicha magistratura. Diez de las veintiséis inaplicabilidades contra el DL 211 no superaron el examen de admisibilidad y en buena parte de ellas la razón fue que el reproche se dirigía contra la interpretación del juez del fondo y no contra la ley. Así, por ejemplo, ocurrió con la impugnación de la conciliación, los acuerdos extrajudiciales,

[17] Tribunal Constitucional, Primera Sala, resolución de inadmisibilidad Rol N° 12.745, considerando 15°.

[18] Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 1448, considerandos 33° y 42°.

[19] Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 6019.

[20] Tribunal Constitucional, sentencias Roles N° 9559, 9847 y 10.246, considerando 12°.

las condiciones fijadas en una consulta, las instrucciones generales y la intervención de terceros[21]. Ese filtro, que se justifica en el carácter concreto de la inaplicabilidad, refuerza la posición de la Corte Suprema como intérprete final del DL 211 y reduce el espacio del Tribunal Constitucional a las cuestiones genuinamente estructurales, en que –a nuestro parecer– se incluye el problema de la autoincriminación en el proceso de libre competencia.

## 4. La criminalización de la colusión y el problema de la sentencia Rol N° 15.768

En 2016, la Ley N° 20.945 reintrodujo el delito de colusión en el DL 211 y lo conectó con el procedimiento de libre competencia haciendo que la investigación penal solo pueda iniciarse por querella de la FNE y esta querella, a su vez, solo puede interponerse después de que la existencia del acuerdo haya sido establecida por sentencia definitiva ejecutoriada del TDLC[22]. La reforma pasó por el contRol preventivo sin que el Tribunal examinara el fondo de esa conexión porque la mayoría del TC calificó el delito, la delación compensada penal y la querella exclusiva, como materias de ley simple[23]. La pregunta, entonces, quedó diferida al contRol concreto de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad y ya en 2022 una empresa requerida por colusión advirtió la disminución de garantías procesales ante el TDLC[24]. En 2023, la Ley N° 21.595, de delitos económicos, incorporó la colusión al catálogo de dichos delitos, lo que acentúa la gravedad de la consecuencia penal asociada a la condena infraccional.

Esa es la pregunta que resuelve la sentencia Rol N° 15.768 que comentamos en este trabajo. El caso reproduce el planteamiento de la sentencia Rol N° 2381 (en el caso "Pollos") con dos diferencias que el fallo reconoce como relevantes: 1) el requirente es una persona natural, y 2) entre ambos fallos, el legislador convirtió la conducta en delito. Si la condena del TDLC es requisito de procesabilidad de la acción penal, cabe preguntarse si el procedimiento infraccional sigue siendo ajeno a la "causa criminal" que protege el artículo 19 N° 7 letra f), o si se ha convertido, como sostuvo la minoría, en "una suerte de antejuicio de lo criminal"[25].

[21] Tribunal Constitucional, resoluciones de inadmisibilidad recaídas en los Roles N° 1416, 2046 y 5412, 7064, 13.949 y 17.314, respectivamente.

[22] Artículo 64, DL 211, de 1973.

[23] Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 3130, considerandos 36° a 43°.

[24] Tribunal Constitucional, Rol N° 12.745.

[25] Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 15.768, considerando 7° de la disidencia por acoger de los ministros Fernández, Mera y Mery.

## III. EL CASO Y LA SENTENCIA

### 1. Antecedentes

El 7 de octubre de 2021, la FNE interpuso un requerimiento ante el TDLC contra las empresas Brink's Chile S.A., Juncadella Prosegur Group Andina S.A. y Wagner Seguridad Custodia y Transporte de Valores SpA (Loomis), por un presunto acuerdo para fijar precios del transporte de valores y servicios conexos (atención de cajeros automáticos, tesorería y pago de remuneraciones y prestaciones sociales) durante los años 2017 y 2018[26]. El requerimiento se dirigió también contra seis ejecutivos de esas empresas, respecto de quienes se solicitaron multas personales, con excepción de una ejecutiva de Brink's que obtuvo el beneficio de exención de multa por delación compensada del artículo 39 bis del DL 211. Las multas solicitadas van desde 8.314 a 39.325 UTA para las personas jurídicas ($5.271.940.656 a $24.936.139.800 al tiempo del requerimiento), y de 114 a 174 UTA para las personas naturales ($72.287.856 a $110.334.096).

Durante el término probatorio, la FNE solicitó citar a los ejecutivos requeridos, en cuanto personas naturales, para absolver posiciones sobre hechos propios y no propios bajo juramento y con los apercibimientos de los artículos 393 y 394 del CPC[27]. El TDLC, por resolución de 4 de septiembre de 2024, citó a los señores Marco Antonio Malverde Muñoz, Martín Matos Pardo, Cristián Alejandro Catalán Jerez, Rui António Soares Sanches Da Silva y Alberto Bálsamo Barreiro a la audiencia de absolución de posiciones del 21 de noviembre de 2024. Los señores Catalán y Sanches repusieron esa resolución, aduciendo argumentos de legalidad y de vulneración del debido proceso[28], y el señor Catalán dedujo, el 13 de septiembre de 2024, el requerimiento de inaplicabilidad que dio origen a la sentencia comentada, respecto de los artículos 385 inciso primero, 390, 393 y 394 incisos primero y segundo del CPC. El Tribunal Constitucional suspendió el procedimiento (con algo de polémica, debido a la solicitud de aclaración del TDLC para precisar la extensión de los efectos de dicha suspensión en el proceso de libre competencia)[29]; luego, la vista de la causa se realizó el 15 de mayo de 2025, el acuerdo se adoptó el 12 de junio y la sentencia se dictó el 21 de agosto de 2025.

El requirente planteó ante el TC su situación como una elección forzada entre alternativas, todas lesivas para sus derechos: 1) declarar bajo juramento

[26] Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, causa Rol C-430-2021.

[27] Escrito de la FNE de 31 de mayo de 2024, fs. 699, causa Rol C-430-2021.

[28] Reposiciones presentadas por los señores Cristián Catalán Jerez y Rui Sanches Da Silva, de 10 de septiembre de 2024, causa Rol C-430-2021.

[29] Tribunal Constitucional, Primera Sala, resolución de 23 de octubre de 2024, que señala que: "Proveyendo derechamente a fojas 856 y 858, respecto a la solicitud de aclaración del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, se resuelve: que la suspensión del procedimiento decretada a fojas 81 sólo alcanza a la audiencia de absolución de posiciones fijada en el expediente sub lite para el día 21 de noviembre de 2024 y sólo respecto del requirente de inaplicabilidad en autos, señor Cristián Catalán Jerez".

sobre hechos que configuran a la vez el ilícito infraccional del artículo 3°, primer inciso, letra a) (es decir, colusión), y el tipo penal del artículo 62; 2) callar y ser tenido por confeso, construyendo con su silencio el presupuesto de su propia persecución penal; o 3) no comparecer y soportar apremios sobre su patrimonio y libertad personal.

## 2. El voto de mayoría

El Tribunal Constitucional rechazó el requerimiento por seis votos contra tres, en una sentencia redactada por su entonces presidenta, la ministra Daniela Marzi. En primer lugar, los ministros de la mayoría (ministras Marzi, Silva, Lagos, Precht y el ministro Gómez[30]) descartaron pronunciarse sobre la compatibilidad entre la prueba confesional del CPC y el procedimiento ante el TDLC, porque determinar el alcance de la aplicación supletoria prevista en el artículo 29 del DL 211 "es estrictamente un problema de interpretación legal" ajeno a su competencia[31]. Dicho artículo señala que "[l]as normas contenidas en los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil se aplicarán supletoriamente al procedimiento mencionado en los artículos precedentes, en todo aquello que no sean incompatibles con él". El punto no es menor, ya que la FNE había hecho suyo el voto de las ministras Marzi y Yáñez contrario a la admisibilidad, según el cual lo impugnado no era un precepto legal, sino una eventual interpretación del TDLC[32]. Con todo, para continuar su razonamiento, la sentencia asumió que las normas impugnadas pueden tener carácter decisivo en la gestión pendiente[33].

A continuación, el Tribunal reiteró la doctrina de la sentencia Rol N° 2381, recordando que el debido proceso es una garantía de configuración principalmente legislativa y que el juez constitucional no puede imponer al legislador garantías que el propio constituyente quiso reservar para un tipo específico de procedimiento[34]. Asimismo, la sentencia añadió que la garantía de no autoincriminación protege a quien ve amenazada su libertad personal en las causas criminales, que su contenido esencial consiste en "la prohibición de forzar una declaración contra sí mismo en un procedimiento que amenaza la libertad de una persona que ha sido acusada de un delito[35]" y que, como el TDLC ejerce una función jurisdiccional y no una potestad sancionadora administrativa, no corresponde aplicarle, ni siquiera con matices, el estatuto propio

[30] La ministra Marcela Peredo, aunque votó por el rechazo del requerimiento, lo hizo por las razones que detalla en su prevención, que reseñaremos más adelante.

[31] Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 15.768, considerando 4°.

[32] Tribunal Constitucional, Rol N° 15.768, Primera Sala, resolución de 14 de octubre de 2024, voto por la inadmisibilidad del requerimiento de las ministras Marzi y Yáñez.

[33] Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 15.768, considerando 5°.

[34] Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 15.768, considerando 5°.

[35] Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 15.768, considerando 6°, reiterando lo señalado en la sentencia Rol N° 2381, considerando 11°.

del *ius puniendi* estatal[36]. De ello el Tribunal deduce la autonomía del procedimiento de libre competencia respecto del penal y agrega que el hecho de que la FNE sea un órgano público dotado de facultades intrusivas no basta para trasladar las garantías penales, puesto que otros órganos, como el SERNAC o la Superintendencia del Medio Ambiente, también litigan con aplicación supletoria del CPC[37]. El fallo reconoció, sin embargo, que la tipificación posterior del delito de colusión obliga a examinar el problema y "razonar sobre las consecuencias jurídicas que implica el funcionamiento concurrente de ambas jurisdicciones en torno a un mismo material fáctico y sobre si ello podría suponer una transgresión a las garantías invocadas"[38].

Para hacerse cargo de la introducción del nuevo delito de colusión en el DL 211 y su relación con la autoincriminación ante el TDLC, la sentencia citó a distintos autores para sostener que la confesión ficta tiene una justificación razonable, pues constituye una respuesta del sistema a la inercia de una parte, que debe soportar el costo de su propia inactividad[39]. El Tribunal afirmó, además, que dotar de valor a la inacción no es una técnica anacrónica, ya que reformas recientes, como la que introdujo el artículo 453 N° 3 del Código del Trabajo, permiten al juez estimar como tácitamente admitidos los hechos cuando el demandado no contestare la demanda, o, de hacerlo, no negare en ella algunos de los hechos contenidos en la demanda[40].

La sentencia luego precisó que la carga procesal consiste en "absolver posiciones" y no en confesar, de modo que el absolvente puede responder sin admitir hechos que lo perjudiquen, y que, como el TDLC valora la prueba conforme a la sana crítica (artículo 22 del DL 211), "la drasticidad del apercibimiento deberá armonizarse con un sistema que exige una mayor fundamentación en torno a por qué un determinado medio de prueba produjo convicción o no en el juzgador respecto de cierto hecho a probar"[41].

El Tribunal afirmó que unos mismos hechos pueden ser investigados paralelamente en sedes distintas y que el requisito de procesabilidad del artículo 64 del DL 211 restringe el acceso a la jurisdicción penal y "en nada

[36] Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 15.768, considerando 6°, reiterando lo señalado en la sentencia Rol N° 2381, considerando 17°, y curiosamente, citando una frase de una prevención de los ministros Javier Tapia y Jaime Arancibia a la sentencia N° 160/2017 del TDLC (en el caso "Tissue"), que señala que: "el derecho de la libre competencia aplicable en este caso es parte del derecho regulatorio administrativo, cuyas sanciones no se rigen por el *ius puniendi* de castigo estatal sino por principios y finalidades propios vinculados a la corrección y disuasión de conductas mediante la imposición de obligaciones de dar, hacer o no hacer".

[37] Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 15.768, considerando 7°.

[38] Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 15.768, considerando 8°.

[39] Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 15.768, considerandos 9° y 10°.

[40] Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 15.768, considerando 11°.

[41] Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 15.768, considerando 12°.

perjudica –antes al contrario– a los eventuales imputados"[42]. Por ello, la sentencia señaló que de acogerse el requerimiento se produciría "un evidente contrasentido", pues los investigados por colusión quedarían exentos de declarar, a diferencia de otros sujetos pasivos, precisamente porque el legislador consideró su conducta más grave al tipificarla como delito, lo que reforzaría aún más la restricción a la jurisdicción penal[43]. El Tribunal cerró este punto afirmando que el requirente "se encuentra en mejor posición que cualquier otra persona que formare parte de un procedimiento que verse sobre hechos que podrían ser constitutivos de delito", sujeta a la regla general del artículo 166 del Código Procesal Penal[44].

La sentencia, además, calificó de "completamente hipotética" la premisa del requirente, en cuanto descansa en un juicio penal futuro e incierto, y le reprocha confundir los estándares de ambas sedes, ya que en materia penal rigen la presunción de inocencia, la declaración del imputado como medio de defensa y la regla según la cual nadie puede ser condenado con el solo mérito de su propia declaración (artículos 4, 98 y 340 del Código Procesal Penal). Por ello consideró "un argumento falaz" sostener que la confesión ficta del CPC vincule al juez penal y añade que "la confesión ficta no es siquiera un apercibimiento obligatorio de aplicar" para el TDLC, dada la sana crítica[45].

En lo relativo al debido proceso, el Tribunal reiteró que el legislador dispone de un margen amplio para configurar procedimientos racionales y justos, incluido el régimen probatorio[46], y consideró que las normas impugnadas superan el examen de racionalidad, toda vez que el apercibimiento solo se concreta tras el incumplimiento de una carga procesal y persigue asegurar la comparecencia del citado, evitar conductas dilatorias y permitir el avance del proceso, objetivo especialmente relevante frente a un ilícito que afecta a la sociedad en su conjunto[47]. Asimismo, destacó que el requirente litiga ante un tribunal independiente e imparcial, cuenta con defensa letrada, puede rendir prueba y podrá recurrir de la decisión final, y reiteró, con cita del caso "Pollos", que el juramento no constituye un apremio prohibido, sino "una solemnidad necesaria para asentar el valor probatorio de la declaración de una parte en el proceso"[48].

### 3. Prevención de la ministra Peredo

La ministra Marcela Peredo concurrió al rechazo con fundamentos propios. Su voto, en rigor, es el análisis histórico-dogmático más elaborado del

[42] Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 15.768, considerando 13°.
[43] Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 15.768, considerando 15°.
[44] Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 15.768, considerando 19°.
[45] Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 15.768, considerando 16°.
[46] Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 15.768, considerando 17°.
[47] Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 15.768, considerando 18°.
[48] Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 15.768, considerando 18°.

fallo, aunque descansa enteramente en el artículo 19 N° 7 literal f) y no se hace cargo de la vía del artículo 19 N° 3, que fue la que los disidentes estimaron decisiva. El voto de la ministra Peredo distingue entre la autoincriminación que la Constitución prohíbe y la absolución de posiciones como medio de prueba lícito[49]. A partir de las sesiones 110ª a 115ª de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución y de la tradición constitucional chilena desde 1818, sostiene que la garantía se circunscribe a los juicios criminales[50], y retoma el test de cuatro requisitos fijado en el caso "Pollos": causa criminal, obligación que recae en un imputado o acusado, declaración bajo juramento y hecho propio[51]. La ministra concluye que el requirente no tiene la calidad de imputado ni de acusado y carece, por tanto, de legitimación para invocar la garantía[52], y que la obligación de declarar bajo juramento no es coacción, sino una exigencia orientada a obtener la leal colaboración con la función jurisdiccional[53].

### 4. Disidencia y voto particular del ministro Fernández

Los ministros Miguel Ángel Fernández, Raúl Mera y Héctor Mery estuvieron por acoger parcialmente el requerimiento, declarando inaplicable únicamente el artículo 394 del CPC. La disidencia deja abierta la cuestión de la constitucionalidad en abstracto de esa norma y centra su análisis en el efecto que produce en el caso concreto[54]. En primer lugar, el voto disidente parte de la premisa de que la gestión pendiente es un procedimiento infraccional, y no civil, en el que se ejerce el *ius puniendi* estatal[55], y sostiene que, si bien las garantías penales se comunican "con matices" a los procedimientos sancionadores, el derecho a no autoincriminarse "no puede atenuarse ni matizarse: o existe o no existe", porque su fundamento es el mismo en ambas sedes: "nadie tiene por qué contribuir a que lo sancionen"[56].

El problema, según los disidentes, se agrava por la sanción de disolución que contempla el artículo 26, propia del estatuto penal de las personas jurídicas, y por la casi identidad entre la conducta infraccional del artículo

[49] Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 15.768, voto por rechazar de la ministra Peredo, considerando 2°.

[50] Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 15.768, voto por rechazar de la ministra Peredo, considerandos 3° a 5°.

[51] Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 15.768, voto por rechazar de la ministra Peredo, considerandos 6° y 7°.

[52] Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 15.768, voto por rechazar de la ministra Peredo, considerando 11°.

[53] Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 15.768, voto por rechazar de la ministra Peredo, considerando 12°.

[54] Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 15.768, disidencia de los ministros Fernández, Mera y Mery, considerando 1°.

[55] Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 15.768, disidencia de los ministros Fernández, Mera y Mery, considerandos 2° y 3°.

[56] Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 15.768, disidencia de los ministros Fernández, Mera y Mery, considerando 4°.

3°, primer inciso, literal a), y la conducta delictiva del artículo 62 del DL 211[57]. El artículo 64 transforma el proceso ante el TDLC en "una suerte de antejuicio de lo criminal" respecto de un delito que puede llevar aparejada pena de crimen[58]. Que la FNE no esté obligada a querellarse no resuelve el problema, porque el derecho al silencio protege frente al riesgo de una condena y no solo frente a su certeza; en efecto, también el imputado penal goza de él desde la investigación, aunque quizá nunca sea acusado[59].

Para los disidentes tampoco basta que la confesión pueda ser excluida después como prueba en sede penal, pues "la cuestión es anterior a la valoración (o exclusión) de la prueba": nadie puede ser obligado "a facultar al Estado a iniciar en su contra un juicio penal"[60].

Finalmente, la disidencia rechaza que el artículo 64 del DL 211 pueda presentarse como un beneficio, ya que ello equivaldría a permitir que el Estado, mediante un diseño procesal adoptado libremente, anule "todas las garantías procesales que, de no mediar el procedimiento especial, pertenecerían indudablemente a los investigados"[61]. Por tanto, exigir la absolución de posiciones en estas condiciones atenta contra la racionalidad misma del procedimiento que asegura el artículo 19 N° 3 de la Constitución[62].

El ministro Fernández, aunque suscribe la disidencia, va más allá en un voto particular: aun cuando no existiera un proceso penal posterior, el artículo 394 del CPC sería contrario al derecho a defensa y a un procedimiento racional y justo (artículo 19 N° 3, incisos segundo y sexto), porque la libertad de configuración del legislador no es irrestricta[63]. Citando al profesor Andrés Bordalí, el ministro Fernández afirma que la "finalidad autoinculpatoria" de la confesión no puede constituir un objetivo legítimo en ningún tipo de procedimiento[64].

[57] Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 15.768, disidencia de los ministros Fernández, Mera y Mery, considerando 5°.

[58] Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 15.768, disidencia de los ministros Fernández, Mera y Mery, considerando 7°.

[59] Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 15.768, disidencia de los ministros Fernández, Mera y Mery, considerando 8°.

[60] Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 15.768, disidencia de los ministros Fernández, Mera y Mery, considerando 9°.

[61] Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 15.768, disidencia de los ministros Fernández, Mera y Mery, considerando 10°.

[62] Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 15.768, disidencia de los ministros Fernández, Mera y Mery, considerando 11°.

[63] Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 15.768, voto particular del ministro Fernández, considerandos 1° y 2°.

[64] Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 15.768, voto particular del ministro Fernández, considerando 5°.

## IV. UNA CRÍTICA A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Antes de las críticas, comencemos señalando que la sentencia tiene dos aciertos importantes. En primer lugar, acierta al remitir al juez del fondo la cuestión de la compatibilidad del procedimiento de libre competencia con las normas de los libros I y II del CPC, contenida en el artículo 29 del DL 211. El TDLC puede (y debe) modular la aplicación supletoria de los arts. 393 y 394 del Código de Procedimiento Civil sin necesidad de un pronunciamiento del TC, tal como ha modulado otras instituciones del Código de Procedimiento Civil incompatibles con un procedimiento regido por la sana crítica[65].

El segundo punto que acierta el TC es la observación de que la confesión ficta carece de valor tasado ante el TDLC. Esta afirmación es fundamental, ya que en un sistema de sana crítica, una confesión ficta construida sobre el silencio de quien alega un privilegio difícilmente podría, por sí sola, satisfacer el estándar de prueba "clara y concluyente" que la Corte Suprema ha exigido para condenas por colusión desde el caso "Farmacias"[66]. Este segundo acierto, sin embargo, resuelve un problema de valoración y no el de la coacción, ya que los apremios del inciso segundo del artículo 394 (multas y arrestos) operan con independencia del valor que después se asigne al silencio, y la coerción que ejercen es anterior al ejercicio de sana crítica.

Como veremos más adelante, estos dos puntos –la determinación de la compatibilidad de la prueba confesional con el procedimiento de libre competencia y el valor de la confesión ficta– fueron tratados por el TDLC en la gestión pendiente de la sentencia que comentamos.

### 1. El caso "Pollos" no era un precedente idóneo

La sentencia funda una parte importante de su decisión en la sentencia Rol N° 2381, del caso "Pollos", cuando ella no era un precedente idóneo para resolver este caso. En dicha causa, el absolvente era una persona jurídica (Empresas Ariztía), que declaraba por medio de su representante sobre hechos ajenos, y no existía el delito de colusión del artículo 62 del DL 211, que fue incorporado en 2016. Asimismo, dicha sentencia señala expresamente que la razón del rechazo fue que la libertad personal y la seguridad individual del artículo 19 N° 7 "no pueden reconocerse a personas jurídicas sin introducir modificaciones en el contenido esencial tutelado"[67], argumento que, por definición, no alcanza a una persona natural. Más aún, el mismo fallo dejó abierta la extensión de la garantía, admitiendo que, "por motivos calificados", la prohibición pudiera

[65] Sobre este punto, véase a Carrasco, Palma y Seguel (2025) pp. 164 y siguientes.

[66] Corte Suprema, 7 de septiembre de 2012, Rol N° 2.578-2012, considerando 11; reiterado, entre otras, en Corte Suprema, 29 de octubre de 2015, Rol N° 27.181-2014 ("Pollos"), confirmando la Sentencia TDLC N° 139/2014.

[67] Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 2381, considerando 24°.

ser "extensible a situaciones distintas en cumplimiento del mandato del numeral 3° del artículo 19"[68], sosteniendo que "la garantía de no autoincriminación podría extenderse a otros procedimientos, cuando estos afecten la libertad personal o seguridad individual de una persona de un modo equiparable a la afectación derivada de causa criminal, y también podría cubrir supuestos en que la declaración no se exige bajo juramento"[69], para finalizar señalando que "[l]a garantía de no autoincriminación tiene aplicación en las causas criminales **y podría aplicarse en otros procedimientos jurisdiccionales** en tanto los órganos de contRol de constitucionalidad la consideren **parte de la garantía del debido proceso del numeral 3° del artículo 19 constitucional**, en los casos y circunstancias en que proceda"[70].

De esta manera, la mayoría del TC del 2025 invocó, como fundamento de un rechazo, una sentencia de 2013 que había reservado expresamente la vía del artículo 19 N° 3 para el caso que ahora se le presentaba. Todos los supuestos que planteó la sentencia del caso "Pollos" concurrían: una persona natural, interrogada sobre hechos propios, en un procedimiento cuya sentencia condenatoria es la llave de un proceso penal por un delito con pena de hasta presidio mayor en su grado mínimo, que enfrenta una afectación potencial de su libertad "equiparable" a la de una causa criminal. La mayoría, por tanto, extendió un precedente construido para un supuesto débil –la persona jurídica sin riesgo penal– al supuesto fuerte –la persona natural bajo riesgo penal–.

Por otra parte, tampoco el tenor del artículo 19 N° 7 literal f) de la Constitución opera como obstáculo. Esa disposición fija un estándar mínimo de protección en sede penal y debe leerse en sentido positivo, no excluyente; en cambio, el derecho general a no autoincriminarse, en cuanto derivación de la presunción de inocencia y del derecho a defensa, se aloja en el artículo 19 N° 3[71].

### 2. La naturaleza materialmente sancionatoria del procedimiento y la carga de la prueba

El TC estimó que el TDLC, en el procedimiento contencioso de libre competencia, no ejerce una potestad punitiva, lo que nos parece un error. Más allá de sus etiquetas, el procedimiento contencioso del DL 211 es materialmente sancionatorio y la carga de la prueba del requerimiento pesa sobre la FNE, de modo que la absolución de posiciones puede operar como un mecanismo de elusión de esa carga.

[68] Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 2381, considerando 9°.

[69] Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 2381, considerando 15°.

[70] Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 2381, considerando 17°. El destacado es nuestro.

[71] Hernández Basualto (2015) pp. 219 y ss. Una crítica a la postura del TC en la sentencia del caso "Pollos" se encuentra en Escobar Veas (2022) p. 302.

El error proviene de tomar como decisiva la distinción orgánica, que separa la potestad sancionadora de la Administración de la jurisdicción infraccional de un tribunal especial. Esa distinción, sin embargo, no es la que determina qué garantías deben aplicarse a dicho procedimiento.

Desde la sentencia Rol N° 244, el propio TC ha sostenido que los principios inspiradores del orden penal rigen, "con matices", el derecho administrativo sancionador, porque ambos son manifestaciones del *ius puniendi* del Estado. Lo relevante para activar las garantías es, entonces, el contenido aflictivo de la consecuencia jurídica que se persigue y no la naturaleza del órgano que la impone. De otra forma, sería incomprensible que un procedimiento que concluye con la imposición de una sanción ofreciera menos garantías por el solo hecho de que la sanción la aplica un tribunal y no la Administración.

En Europa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) fijó tres criterios para determinar la naturaleza penal de un procedimiento en el caso *Engel y otros c. Países Bajos*, de 1976[72], y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea los adoptó en *Bonda*, de 2012[73], y *Åkerberg Fransson*, de 2013[74]. Los tres criterios son: 1) la calificación jurídica de la infracción en el derecho interno, 2) la naturaleza (o alcance) de la infracción, y 3) el grado de severidad de la sanción que puede imponerse. El primer criterio tiene un valor solo indicativo, ya que bastaría con que el legislador denominara una sanción como "administrativa" o "infraccional" para sustraerla de las garantías del proceso penal. En cambio, el segundo y el tercer criterio son alternativos y basta que concurra uno de ellos para que exista "materia penal" en sentido convencional europeo, y solo cuando el análisis separado no permite una conclusión clara procede una apreciación conjunta[75]. Con base a estos criterios, la naturaleza de la infracción se aprecia analizando si la norma se dirige a la generalidad de los ciudadanos y no a un grupo con estatuto especial, y si la sanción persigue fines punitivos y disuasivos.

En el caso concreto, ambas condiciones concurren en el ilícito anticompetitivo en Chile, que tutela un bien jurídico de interés general, puede ser cometido por cualquier agente económico y donde las multas son de hasta el treinta por ciento de las ventas o el doble del beneficio económico e incluso la disolución de la persona jurídica del artículo 26. Por tanto, las multas personales solicitadas contra los ejecutivos sitúan al procedimiento en la "materia penal" en el sentido convencional europeo. Por lo demás,

[72] Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Pleno), *Engel y otros c. Países Bajos*, 8 de junio de 1976, párrafo 82.

[73] Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), *Procureur général près la Cour d'appel de Bialystok c. Łukasz Marcin Bonda*, 5 de junio de 2012, párrafo 37.

[74] Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, 26 de febrero de 2013, párrafo 35.

[75] Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), *Jussila c. Finlandia*, 23 de noviembre de 2006, párrafos 30 y 31.

así lo declaró el TEDH respecto de las multas de competencia en *A. Menarini Diagnostics S.r.l. c. Italia*, en 2011[76], y lo reiteró en otros ámbitos de la regulación económica en *Grande Stevens y otros c. Italia*, en 2014[77].

Por otra parte, la finalidad de las sanciones impuestas por el TDLC es retributiva y disuasiva, no reparatoria. El artículo 26 ordena considerar, para determinar la multa, el beneficio económico obtenido, la gravedad de la conducta, el efecto disuasivo y la calidad de reincidente, todos ellos criterios propios de la determinación de una pena y ajenos a la lógica indemnizatoria, que está reservada a la acción del artículo 30 del DL 211. El argumento que la mayoría toma de una prevención del TDLC, según el cual las sanciones de competencia "no se rigen por el *ius puniendi* de castigo estatal"[78], es difícil de conciliar con un sistema que, desde 2016, conecta la condena infraccional con una pena privativa de libertad. El procedimiento funciona, entonces, como una antesala necesaria del proceso penal y los hechos que en él se tengan por acreditados son el antecedente sobre el cual la FNE decide querellarse. En un diseño de esa naturaleza resulta artificioso negar el carácter punitivo de la sede infraccional y, sobre la base de ese argumento, las garantías que se omitan en el procedimiento ante el TDLC pueden terminar comprometiendo la posición del mismo ejecutivo en el proceso penal posterior.

Si la presunción de inocencia exige que la autoridad acredite los hechos de la imputación, resulta contradictorio afirmar esa carga y permitir a la vez que la misma autoridad cite al requerido a revelar bajo juramento cuanto sabe sobre los hechos imputados, bajo apercibimiento de multa o arresto, o de tenerlo por confeso. En materia infraccional, la presunción de inocencia cumple precisamente la función de determinar a quién corresponde la carga de la prueba e impone el rechazo del requerimiento si no se alcanza el umbral de suficiencia; en cambio, la confesión ficta del artículo 394 del Código de Procedimiento Civil invierte esa lógica, transformando el silencio del requerido en prueba de los hechos que el pliego afirma categóricamente, de modo que la FNE puede tener por acreditada la imputación sin haberla probado. Lo que el diseño de la carga probatoria asigna a quien acusa termina siendo soportado por el acusado, que debe elegir entre declarar contra sí mismo o tolerar que su silencio se tenga por confesión.

La jurisprudencia europea permite precisar el alcance de esta objeción. En *Saunders c. Reino Unido*, el TEDH señaló que el derecho a guardar silencio y el derecho a no autoincriminarse son normas internacionales generalmente reconocidas que constituyen el núcleo de la noción de un

[76] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *A. Menarini Diagnostics S.r.l. c. Italia*, 27 de septiembre de 2011, párrafo 42.

[77] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Grande Stevens y otros c. Italia, 4 de marzo de 2014, párrafo 101.

[78] Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 15.768, considerando 6°.

*"fair procedure"* (racional y justo procedimiento, en nuestro derecho), y que "su fundamento radica, entre otras cosas, en la protección del acusado frente a la coacción indebida de las autoridades. De esta manera, el derecho a no autoincriminarse, en particular, presupone que la acusación en un **proceso penal** busque probar su caso contra el acusado sin recurrir a pruebas obtenidas mediante métodos de coacción u opresión en contra de la voluntad del acusado[79]. (…) [Con todo,] el derecho a no autoincriminarse se refiere principalmente a respetar la voluntad del acusado de permanecer en silencio"[80].

La sentencia del caso *Saunders* aclara, entonces, que el derecho a no autoincriminarse se refiere primariamente al respeto de la voluntad del acusado de guardar silencio, pero no se extiende a la prueba que se puede obtener con independencia de esa voluntad, como los documentos obtenidos en virtud de una orden judicial[81]. La distinción es relevante para el caso que comentamos, ya que las facultades de requerimiento de información de la FNE del artículo 39 recaen en general sobre antecedentes preexistentes, mientras que la absolución de posiciones, en cambio, es la forma de obtener prueba testimonial bajo coacción, buscando precisamente arrancar del requerido un relato (o confesión) sobre los hechos que permita aplicar una sanción.

Parte de la literatura ha defendido, con base a argumentos de eficiencia, un alcance restringido del privilegio en el *enforcement* de competencia, sobre todo respecto de personas jurídicas[82]. Sin embargo, aun quien acepte ese planteamiento difícilmente podrá extenderlo a la declaración jurada de personas naturales a quienes se pide una multa personal y que, conforme a las normas en vigor desde 2016, pueden enfrentar después una persecución penal por los mismos hechos[83].

La situación chilena es, con todo, más grave que la examinada en el derecho comparado, ya que el problema no es solo que las respuestas del requerido puedan migrar al proceso penal, sino de que, conforme al artículo 64 del DL 211, la sentencia del procedimiento en que se le fuerza a declarar

[79] El destacado de "proceso penal" es nuestro para recordar que, como señalamos previamente, para el TEDH el "proceso penal" tiene un carácter autónomo, y su definición como tal no depende de la clasificación que le otorgue el derecho interno del Estado demandado, sino que se aplicarán los criterios del caso *Engel* que mencionamos precedentemente.

[80] Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), *Saunders c. Reino Unido*, 17 de diciembre de 1996, párrafos 68 y 69.

[81] Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), *Saunders c. Reino Unido*, 17 de diciembre de 1996, párrafo 69.

[82] Por todos, Wils (2003) pp. 567-588.

[83] La misma tensión se ha planteado ante el Servicio de Impuestos Internos respecto de las declaraciones juradas exigidas a quien es simultáneamente imputado penal por los mismos hechos. Ese problema tiene un paralelo directo en *Chambaz c. Suiza* (2012), donde el TEDH consideró contrario al artículo 6 sancionar a un contribuyente por negarse a entregar información en un procedimiento tributario cuando paralelamente se tramitaba un procedimiento por evasión que podía valerse de ella.

es la condición de procesabilidad de ese proceso y que la compulsión (confesión ficta, multas y arrestos) es más intensa que la considerada en los precedentes extranjeros. Es por esto que la respuesta de la mayoría, según la cual el juez penal valorará libremente y podrá excluir prueba[84], resulta insuficiente. Al contrario, como observa la disidencia, la cuestión es "anterior a la valoración"[85], porque la declaración forzada no opera en sede penal como prueba excluible, sino como insumo de la sentencia infraccional que habilita la persecución penal, por lo que el efecto de la confesión ficta ya se habrá producido.

### 3. La supuesta "paradoja" y el presunto "beneficio" de los requeridos personas naturales en el procedimiento de libre competencia

Corresponde ahora analizar los dos argumentos originales de la mayoría que no se encontraban en el precedente del caso "Pollos". El primero de ellos es el de la "paradoja": dice la sentencia que "de acogerse la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad se produciría un evidente contrasentido, *al crear una ventaja para el investigado en sede de libre competencia al quedar exonerado de declarar, a diferencia de otros sujetos pasivos*, precisamente porque se estableció una sanción penal –como expresión del mayor disvalor de este tipo de conductas por parte del legislador– dando lugar con ello a un efecto paradójico, pues se reforzaría aún más la restricción de acceso a la jurisdicción penal, que tiene como premisa la sentencia condenatoria del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia"[86].

Este argumento es desconcertante, porque la asimetría que alega la sentencia es propia de toda garantía penal. El imputado por homicidio tiene derecho a guardar silencio y el demandado por responsabilidad civil médica no, sin que ello constituya un contrasentido, ni se acuse al presunto homicida de obstruir la investigación. La "ventaja para el investigado" es una consecuencia normal de que el mayor disvalor de la conducta y la mayor severidad de la reacción estatal, activen mayores garantías. Las garantías del artículo 19 N° 3 y N° 7 de la Constitución no se distribuyen según el mérito moral de quien las invoca, sino según la intensidad de la amenaza punitiva a la que está expuesto. Si el argumento de la mayoría fuera correcto, habría que concluir que la presunción de inocencia es un "privilegio" del imputado por un crimen frente al demandado civil.

El argumento del "beneficio" es más serio. Dice el Tribunal que "el artículo 64 del DL N°211 dispone que las investigaciones de los hechos señalados en el inciso primero del artículo 62 –que tipifica como delito el ilícito infraccional del artículo 3 letra a)– sólo se podrán iniciar por querella

[84] Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 15.768, considerando 16°.

[85] Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 15.768, disidencia de los ministros Fernández, Mera y Mery, considerando 9°.

[86] Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 15.768, considerando 15°.

formulada por la Fiscalía Nacional Económica, la que podrá interponerla una vez que la existencia del acuerdo haya sido establecida por sentencia definitiva ejecutoriada del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. En consecuencia, **la parte requirente se encuentra en mejor posición que cualquier otra persona que formare parte de un procedimiento que verse sobre hechos que podrían ser constitutivos de delito**, en que el Ministerio Público promoverá la persecución penal en cuanto tome conocimiento de los hechos, conforme la regla general del artículo 166 del Código Procesal Penal"[87].

Este razonamiento confunde dos planos. Que el legislador haya restringido el acceso a la jurisdicción penal por razones de política de *enforcement* no lo autoriza a anular garantías que, sin el procedimiento especial, pertenecerían al investigado. El artículo 64 no es un "privilegio" para el requerido, sino un diseño adoptado en interés del sistema, para asegurar que la decisión de criminalizar un caso pase por una condena previa de un tribunal técnico y la evaluación de un órgano especializado de que los hechos condenados comprometen de forma tan grave la libre competencia en los mercados que su disvalor amerita no solo la aplicación de las medidas del artículo 26 del DL 211, sino que también un reproche penal. La exclusividad de la querella de la FNE y la exigencia de una sentencia ejecutoriada del TDLC protegen la coherencia de la política de competencia, preservan los incentivos de la delación compensada, racionalizan y dotan de proporcionalidad a la persecución penal, y evitan que ella quede entregada a la iniciativa de competidores o particulares. Si el requerido obtiene de ese diseño alguna "ventaja", se trata de un efecto reflejo, y no de la justificación para su consagración.

Hay, además, una tensión de política de competencia adicional. El programa de delación compensada del artículo 39 bis –cuya beneficiaria en este caso es precisamente una ejecutiva exenta de multa– es un intercambio de una confesión voluntaria y colaboración con la investigación a cambio de inmunidad o reducción de la sanción, incluida la exención de responsabilidad penal del artículo 63. Ese diseño presupone que la confesión del partícipe de un cartel es un bien escaso que el sistema debe "comprar", introduciendo entre sus miembros un "dilema del prisionero" y una carrera por ser el primero en confesar, cuya eficacia depende de la severidad de la sanción esperada y del valor diferencial de la información que solo los partícipes poseen[88]. Un régimen que al mismo tiempo permite extraer la confesión sin contraprestación, mediante la absolución de posiciones bajo apercibimiento, erosiona los incentivos del programa. Por una parte, reduce el valor de la información que el postulante ofrece, pues la FNE puede obtenerla compulsivamente de cualquier partícipe una vez iniciado el procedimiento y, por otra, introduce incertidumbre sobre el destino

[87] Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 15.768, considerando 19°. El destacado es nuestro.

[88] Sobre los incentivos para la "carrera" por confesar, Hammond (2010) p. 3.

de la información, cuando la protección de la confesión del postulante es una condición de funcionamiento del programa.

Finalmente, la respuesta de la mayoría descansa en una premisa equivocada sobre el momento en que se produce la lesión. Para la jurisprudencia comparada basta que la autoridad coaccione a una persona para que declare contra sí misma, con independencia de que la declaración llegue a obtenerse o de que después se valore. El TEDH lo ha declarado en casos en que la declaración nunca se prestó o nunca se utilizó. En *Funke c. Francia*[89] y *J.B. c. Suiza*,[90] la infracción consistió en las multas impuestas por negarse a entregar información; en *Heaney y McGuinness c. Irlanda*[91], en la condena por negarse a responder, aunque nada de lo que se les preguntó llegó a usarse en su contra, y finalmente, en *Shannon c. Reino Unido*[92], el TEDH consideró irrelevante que el proceso penal en que la información podía usarse nunca llegara a celebrarse. Lo que la jurisprudencia sanciona, por ende, es el grado de coacción que destruye la esencia misma del derecho a guardar silencio, cualquiera sea el uso posterior de lo obtenido.

Por lo anterior –a diferencia de lo sostenido por el Tribunal Constitucional–, no es relevante para la existencia de la infracción que el juez penal no quede vinculado por la confesión ficta o que la declaración pueda excluirse en el juicio oral por la vía del artículo 276 del Código Procesal Penal. La exclusión de prueba es un remedio ex post que opera sobre el uso de la declaración, no sobre la coacción que la produjo; asimismo, la exclusión posterior no impide que la información obtenida haya orientado la investigación, la decisión de querellarse o la búsqueda de prueba derivada. De ahí que calificar, como hace la sentencia, de "hipotéticos" los apremios del artículo 394 (la confesión ficta, la multa y el arresto) porque el juicio penal todavía no existe, confunde el riesgo con la certeza, que es exactamente la distinción que la disidencia formula correctamente en su considerando 8°. El derecho a no autoincriminarse protege frente al riesgo de que la declaración sea usada penalmente; exigir que ese uso se haya producido para reconocer la lesión equivale a negar la garantía en el único momento en que todavía puede ejercerse.

[89] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Funke c. Francia*, 25 de febrero de 1993, párrafos 57 y 58.

[90] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *J.B. c. Suiza*, 3 de mayo de 2001, párrafo 64.

[91] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Heaney y McGuinness c. Irlanda*, 21 de diciembre de 2000, párrafo 48.

[92] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Shannon c. Reino Unido*, 4 de octubre de 2005, párrafo 40.

## V. EFECTOS DE LA SENTENCIA EN EL PROCEDIMIENTO ANTE EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

### 1. Un antecedente previo: el reconocimiento del derecho a guardar silencio de una testigo en el mismo proceso

La sentencia del Tribunal Constitucional debe leerse junto con una resolución que el propio TDLC dictó en la misma causa el 12 de junio de 2025 –coincidentemente, el mismo día en que el Tribunal Constitucional adoptó su acuerdo[93]. En ella, el TDLC rechazó la reposición de la FNE contra la decisión que había acogido el derecho a guardar silencio de una testigo, la gerente comercial de una de las empresas requeridas, que no era parte del proceso y había invocado el artículo 360 N° 3 del CPC, que exime de declarar a quien es interrogado sobre hechos "que importen un delito de que pueda ser criminalmente responsable el declarante".

El razonamiento del TDLC tiene cuatro pasos. Primero, la resolución afirmó la aplicabilidad del artículo 360 N° 3 en sede de libre competencia por la vía del artículo 29 del DL 211, y lo reforzó con un argumento *a contrario sensu:* el inciso tercero del artículo 22 excluye expresamente el numeral 2° del artículo 360, pero no el numeral 3°[94]. Segundo, el TDLC sostuvo que la norma no condiciona la excusa a la existencia de un proceso penal en curso[95]. Tercero –y aquí está el núcleo de la resolución–, el TDLC explicó que los precedentes en que el Tribunal exigía acreditar la calidad de imputado o formalizado eran anteriores a la Ley N° 20.945; desde esa reforma, el artículo 64 exige una sentencia ejecutoriada del TDLC como requisito previo de la querella por colusión, por lo que sería imposible que un testigo tuviera la calidad de imputado al momento de declarar y exigirla vaciaría de contenido la excusa legal[96]. Finalmente, el TDLC fijó como estándar la existencia de una "posibilidad razonable y verosímil" de persecución penal[97], recordando que la querella puede extenderse a personas naturales no requeridas como autores, cómplices o encubridores[98], y tuvo por satisfecho el estándar porque la FNE había citado a la testigo expresamente en su calidad de "afectada por la investigación (investigada)"[99].

[93] Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, resolución de 12 de junio de 2025, causa Rol C-430-2021, folio 1287.

[94] Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, resolución de 12 de junio de 2025, causa Rol C-430-2021, folio 1287, considerandos 8° a 10°.

[95] Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, resolución de 12 de junio de 2025, causa Rol C-430-2021, folio 1287, considerando 15°.

[96] Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, resolución de 12 de junio de 2025, causa Rol C-430-2021, folio 1287, considerandos 16° y 17°.

[97] Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, resolución de 12 de junio de 2025, causa Rol C-430-2021, folio 1287, considerando 18°.

[98] Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, resolución de 12 de junio de 2025, causa Rol C-430-2021, folio 1287, considerando 19°.

[99] Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, resolución de 12 de junio de 2025, causa Rol C-430-2021, folio 1287, considerandos 20° y 21°.

El contraste entre la sentencia que comentamos y la resolución de junio de 2025 es importante. El TDLC utilizó el artículo 64 del DL 211 como fundamento para reconocer un riesgo penal real, ya que como la querella solo puede deducirse tras su sentencia, la ausencia de un proceso penal en curso no permite descartar ese riesgo a priori. La mayoría del Tribunal Constitucional utilizó el mismo dato normativo para desestimarlo, calificándolo de "completamente hipotético"[100] y presentando el artículo 64 como una restricción que deja al requerido "en mejor posición" que cualquier otro investigado[101]. La lógica del TDLC, al contrario, coincide con el voto disidente del TC, para el cual el artículo 64 convierte el procedimiento ante el TDLC en un antejuicio de lo criminal y la facultad discrecional de la FNE para querellarse no elimina el problema, porque el requerido no puede saber si su declaración terminará habilitando una persecución penal en su contra.

Lo paradójico de la comparación entre ambas resoluciones es mayor si se pone atención al antecedente concreto en que el TDLC apoyó su decisión. Para acreditar que la testigo había sido tratada como investigada, el Tribunal la comparó con "todas las personas naturales que fueron requeridas en estos autos", y mencionó expresamente las resoluciones de la FNE que citaron a declarar a los señores Catalán y Sanches[102]. La calidad de investigados de los propios absolventes fue, entonces, el parámetro que sirvió al TDLC para estimar razonable y verosímil el riesgo penal de un tercero. Si ese antecedente bastaba para la testigo, con mayor razón debía bastar para quienes, además de investigados, eran requeridos y enfrentaban multas personales. Sin embargo, la testigo pudo guardar silencio sin consecuencia alguna, mientras los requeridos quedaron sujetos a la absolución de posiciones bajo apercibimiento de ser tenidos por confesos. El "contrasentido" que el Tribunal Constitucional quiso evitar terminó produciéndose en dirección contraria y el TDLC protegió expresamente del riesgo de autoincriminación penal al tercero menos expuesto, y negó dicha garantía, en cambio, a quien está más expuesto.

Con todo, esta asimetría tiene una explicación en el plano de la legalidad, que es precisamente el ámbito al que el Tribunal Constitucional remitió la cuestión. El artículo 360 N° 3 del CPC concede a los testigos una excusa legal expresa; el artículo 385, en cambio, impone a todo litigante la obligación de declarar "[f]uera de los casos expresamente previstos por la ley", sin una excepción equivalente. El TDLC no aplicó en ninguno de los dos casos la garantía del artículo 19 N° 7 letra f), que la mayoría y la prevención circunscriben a las causas criminales, sino que se limitó a aplicar la ley procesal disponible, que ofrecía una vía de protección a la testigo y no a las partes. Cabe preguntarse, sin embargo, si la razón que

[100] Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 15.768, considerando 16°.

[101] Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 15.768, considerandos 13° y 19°.

[102] Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, resolución de 12 de junio de 2025, causa Rol C-430-2021, folio 1287, considerando 21°.

el TDLC identificó en el artículo 360 N° 3 del CPC no debió proyectarse sobre la interpretación de los artículos 385 y 394 a través del filtro de compatibilidad del artículo 29 del DL 211, filtro que, como recordó el propio Tribunal Constitucional, es competencia exclusiva del juez del fondo.

## 2. Las reposiciones, la remisión al Tribunal Constitucional y la resolución del TDLC

El antecedente de la resolución del TDLC que acogió el derecho de una testigo a guardar silencio para evitar autoincriminarse anticipa el camino que seguirá el TDLC. En cuanto a los requeridos para absolver posiciones, ellos habían repuesto la resolución que los citó a dicha diligencia, y el TDLC decidió resolver esas reposiciones una vez dictada la sentencia del Tribunal Constitucional. Comunicado el rechazo del requerimiento, el TDLC rechazó las reposiciones "atendido lo resuelto por el Excmo. Tribunal Constitucional"[103]. La decisión no deja de llamar la atención, porque uno de los argumentos del Tribunal Constitucional fue, precisamente, que la compatibilidad de la prueba confesional con el procedimiento era un asunto de mera legalidad que podía ser decidido por el TDLC sin necesidad de una sentencia de inaplicabilidad. El TDLC, en esta resolución, trató el rechazo del requerimiento como si zanjara también la cuestión legal que el Tribunal Constitucional le había devuelto. La respuesta al asunto de fondo, sin embargo, vendría en una resolución posterior.

El 8 de octubre de 2025 se realizó la primera audiencia de absolución de posiciones, sin que comparecieran los absolventes; lo mismo ocurrió en la segunda audiencia, de 4 de diciembre de 2025. La FNE solicitó entonces tener por confesos a los ejecutivos de los hechos categóricamente afirmados en los pliegos.

En este punto, el TDLC hizo efectivo el apercibimiento del artículo 394 del CPC, pero agregó la siguiente frase: "lo anterior, es sin perjuicio de que la valoración de dicha confesión no se regirá por lo dispuesto en el artículo 399 del CPC, cuya remisión al artículo 1713 del Código Civil resulta incompatible con el procedimiento contencioso de libre competencia, toda vez que el artículo 22 del Decreto Ley N° 211 establece que este Tribunal debe apreciar la prueba conforme a las reglas de la sana crítica".

¿Qué quiso decir el Tribunal con este párrafo? En el procedimiento civil ordinario, la confesión ficta del artículo 394 y su eficacia probatoria van unidas. Así, si el absolvente que no comparece por segunda vez se tiene por confeso de los hechos categóricamente afirmados en el pliego, esa confesión, por remisión del artículo 399 del CPC al artículo 1713 del Código Civil, produce plena fe contra él y no puede revocarse sino probando error de hecho. El TDLC rompió esa secuencia, resolviendo que los ejecutivos

[103]Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, resolución de 2 de septiembre de 2025, causa Rol C-430-2021.

quedaron "formalmente" confesos, pero que esa confesión no tendría el valor de plena prueba propio de la prueba legal tasada, porque su fuerza de convicción se determinaría conforme a la sana crítica que exige el artículo 22 del DL 211.

Al excluir la remisión del artículo 399 al artículo 1713 del Código Civil, el TDLC acogió la "invitación" que la sentencia del TC había formulado al señalar que la drasticidad del apercibimiento debía armonizarse con la sana crítica[104] y que la confesión ficta "no es siquiera un apercibimiento obligatorio" para el TDLC[105]. A la vez, el TDLC atenuó la incoherencia con su resolución de junio de 2025: no podía eximir a los requeridos de absolver posiciones, pero sí podía evitar que su silencio, frente a un riesgo penal que él mismo había reconocido como razonable y verosímil respecto de una testigo, se transformara automáticamente en plena prueba en su contra.

El fundamento de la decisión es la cláusula de supletoriedad del artículo 29 del DL 211, que –como hemos revisado previamente– permite aplicar los Libros I y II del CPC solo en aquello que no sea incompatible con el procedimiento contencioso. Sin embargo, el TDLC hizo una lectura selectiva de la norma, estimando compatible el mecanismo procesal de la confesión ficta, pero incompatible su régimen de valoración, porque un sistema de sana crítica no admite que una norma legal predetermine el peso de un medio de prueba. El resultado es una solución de compromiso, en que la absolución de posiciones se mantiene como mecanismo de presión procesal, pero se neutraliza su consecuencia más gravosa. La confesión ficta deja así de ser una prueba que vincula al juez y pasa a funcionar como un antecedente más, cercano en sus efectos a una base de presunción judicial, cuyo mérito dependerá de su concordancia con el resto de la prueba, de las reglas de la lógica y de las máximas de la experiencia.

Esa aplicación fragmentada del CPC es, sin embargo, insuficiente. La incompatibilidad que el TDLC advirtió respecto del artículo 399 debió llevarlo a examinar con igual rigor la compatibilidad del propio artículo 394, en particular de su inciso segundo, con un procedimiento de carácter sancionatorio dirigido contra personas naturales por hechos que son también constitutivos de delito. La sana crítica resuelve el problema del valor del silencio, pero no el de la coacción, en que la amenaza de multas y arrestos, y la de una confesión ficta cuyo peso el absolvente no puede anticipar, siguen operando sobre la decisión de declarar.

Podemos intuir distintas razones para la decisión del TDLC de resolver este asunto por vía indirecta. En primer lugar, puede haber influido la controversia constitucional que la precedió, ya que una confesión ficta

[104] Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 15.768, considerando 12°.

[105] Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 15.768, considerando 16°.

con valor de plena prueba, en un procedimiento que puede culminar en multas significativas y en responsabilidad personal, se aproxima peligrosamente a una presunción de responsabilidad derivada del silencio. Al declarar su sometimiento expreso a la sana crítica, el TDLC atenúa este peligro y da a entender que el silencio del absolvente puede ser ponderado, pero no basta por sí solo para tener por establecidos los hechos imputados, sumando a ello la exclusión del artículo 1713 que arrastra, además, la regla de irrevocabilidad de la confesión. En segundo lugar, la resolución tiene una evidente dimensión preventiva, puesto que, al fijar desde ya el criterio de valoración, reduce el espacio para que una eventual sentencia condenatoria sea impugnada ante la Corte Suprema, por vía de reclamación, con el argumento de que se fundó en una prueba tasada incompatible con el DL 211 o vulneratoria del debido proceso.

Finalmente –y aunque los pliegos de posiciones se encontraban sellados en ese momento–, la resolución del Tribunal pudo haber tenido en consideración la eventual extensión y contenido de los pliegos presentados por la FNE. En efecto, los pliegos de posiciones –de las que se tuvo por confesos fictamente a los absolventes – son de una extensión abrumadora: 351 posiciones para el señor Bálsamo, 393 para el señor Malverde, 191 para el señor Matos, 350 para el señor Catalán y 255 para el señor Sanches. Sin embargo, más allá de su extensión, lo más relevante es su contenido.

En primer lugar, buena parte de las posiciones trata sobre afirmaciones que se acercan a calificaciones jurídicas o que presuponen la existencia misma de la conducta imputada. Así, por ejemplo, se pregunta al absolvente "cómo es efectivo que luego de esta reunión el absolvente y el Sr. Cristián Catalán acordaron con la competencia coordinar las tarifas a ofertar en los procesos de contratación iniciados por clientes" (posición 120), o "a qué compromiso se debía haber llegado en el marco del acuerdo que tenía con la competencia" (posición 214). Si se aplicara el régimen del artículo 1713 del Código Civil, la sola incomparecencia bastaría para tener por acreditado, en bloque, el núcleo del requerimiento, y el pliego redactado por la parte acusadora se transformaría automáticamente en el relato fáctico de la sentencia.

En segundo lugar, los pliegos están estructurados como un interrogatorio de contraste más que como un medio de confesión, conteniendo posiciones condicionales ("[e]n caso de que la respuesta a la pregunta anterior sea negativa, señale no recordar o que no le consta lo consultado") y solicitan la exhibición al absolvente de informes de extracción de teléfonos móviles incautados durante la investigación, para que interprete el sentido de mensajes propios y ajenos. La citación a absolver posiciones funciona, así, como una pRolongación, ante el Tribunal y bajo juramento, de las facultades intrusivas de la FNE, lo que debilita el argumento de la mayoría según el cual el absolvente simplemente "responde" sin quedar

obligado a confesar[106]. Frente a preguntas sobre la interpretación de sus propias comunicaciones con competidores, la distancia entre responder y autoincriminarse –en nuestra opinión– es mínima.

## VI. CONCLUSIONES

La sentencia Rol N° 15.768-24 confirma la línea deferente que el Tribunal Constitucional ha mantenido hacia el sistema de libre competencia, pero deja sin responder la pregunta que la Ley N° 20.945 dejó planteada en 2016: qué garantías corresponden a una persona natural obligada a declarar bajo juramento en un procedimiento cuya sentencia condenatoria es condición de procesabilidad de su eventual persecución penal. La criminalización de la colusión debilitó uno de los pilares de esa deferencia, la autonomía del procedimiento infraccional respecto del penal, y la mayoría lo reafirmó sin hacerse cargo de ese cambio. Para ello se apoyó en un precedente que no era idóneo. En el caso "Pollos", quien absolvía posiciones era una persona jurídica, sobre hechos ajenos y sin delito de colusión vigente, y esa sentencia reservó expresamente la vía del artículo 19 N° 3 para situaciones que afectaran la libertad de un modo "equiparable" a una causa criminal. Ese es precisamente el supuesto del caso comentado, en que el requirente es una persona natural, interrogada sobre hechos propios, en la antesala necesaria de un proceso por un delito con pena de crimen.

La distinción orgánica entre potestad sancionadora administrativa y jurisdicción infraccional tampoco es un criterio adecuado para determinar el estatuto de garantías aplicable. Tanto la jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional desde la sentencia Rol N° 244 como los criterios del caso *Engel*, aplicados por el TEDH a las multas de competencia en el caso *Menarini*, atienden a la naturaleza de la sanción y no a la del órgano. Conforme a ellos, el procedimiento contencioso del DL 211 es materialmente sancionatorio, y la confesión ficta invierte la carga de la prueba que la presunción de inocencia asigna a la FNE. Los dos argumentos propios de la mayoría tampoco resisten el análisis. La "paradoja" de favorecer al investigado porque su conducta es más grave describe el funcionamiento normal de toda garantía penal, que se distribuye según la intensidad de la amenaza punitiva. El "beneficio" del artículo 64, por su parte, confunde planos, ya que la exclusividad de la querella de la FNE es un diseño adoptado en interés del sistema, y la ventaja que reporte al requerido es un efecto reflejo que no autoriza a suprimir sus garantías.

La mayoría se equivoca, además, sobre el momento en que se produce la lesión. La jurisprudencia comparada muestra que el derecho a no autoincriminarse se infringe con la coacción misma, con independencia de que la declaración se obtenga, se utilice o llegue a existir un proceso penal. La libre valoración del juez penal y la exclusión de prueba son remedios ex post sobre el uso de la declaración, no sobre la coacción que

[106]Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 15.768, considerando 12°.

la produjo. En el diseño chileno, la declaración forzada opera, además, como insumo de la sentencia infraccional que habilita la persecución penal. Como advirtió la disidencia, la cuestión es anterior a la valoración, y calificar el riesgo penal de "hipotético" equivale a negar la garantía en el único momento en que todavía puede ejercerse.

Finalmente, la controversia volvió al TDLC, donde dejó una asimetría difícil de justificar. En la misma causa, el TDLC reconoció a una testigo el derecho a guardar silencio, sobre la base de un riesgo penal "razonable y verosímil" que fundó en el artículo 64 y en la calidad de investigados de los propios absolventes y negó esa protección a estos últimos. Al someter la confesión ficta a la sana crítica, el TDLC resolvió el problema del valor del silencio, pero no el de la coacción que ejercen las multas, el arresto y la incertidumbre sobre el peso de esa confesión. La salida la ofrece la propia sentencia del Tribunal Constitucional. Si la compatibilidad de la prueba confesional con el procedimiento es una cuestión de legalidad, el TDLC puede examinar, a través del artículo 29 del DL 211 y con el mismo rigor que aplicó al artículo 399, la compatibilidad de los artículos 385 y 394 del CPC respecto de personas naturales interrogadas sobre hechos que configuran también el delito del artículo 62. De no hacerlo, el sistema seguirá protegiendo del riesgo de autoincriminación al tercero menos expuesto y negándosela a quien está más cerca del riesgo, que es exactamente el contrasentido que la mayoría dijo querer evitar.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

Carrasco Delgado, Nicolás; Palma Peredo, Nicolás; Seguel Rivas, Darío (2025): *Procedimiento contencioso de libre competencia en Chile. Normativa, doctrina y jurisprudencia*. Santiago, DER Ediciones.

Escobar Veas, Javier (2022): "Derecho a no autoincriminarse y procedimientos administrativos sancionatorios: comentario a la sentencia C-481/19 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y sus repercusiones", *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N° 35, pp. 291-305.

Hammond, Scott D. (2010): *The Evolution of Criminal Antitrust Enforcement Over the Last Two Decades*. Washington D.C., U.S. Department of Justice, Antitrust Division.

Hernández Basualto, Héctor (2015): "¿Derecho de las personas jurídicas a no auto-incriminarse?", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XLIV, N° 1, pp. 217-263.

Nehme, Nicole, y Gorab, Daniela (2015): "¿Cárcel para la colusión? 6 opiniones" en *Puntos de Referencia Centro de Estudios Públicos*, N°409.

Wils, Wouter P. J. (2003): "Self-Incrimination in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis", *World Competition*, vol. 26, N° 4, pp. 567-588.

## JURISPRUDENCIA CITADA

### Tribunal Constitucional

Tribunal Constitucional, Rol: 286, 22 de abril de 1999. ContRol de constitucionalidad respecto del proyecto de ley que fortalece las atribuciones de la Fiscalía Nacional Económica.

Tribunal Constitucional, Rol: 391, 7 de octubre de 2003. ContRol de constitucionalidad respecto del proyecto de ley que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Tribunal Constitucional, Rol: 467, 14 de noviembre de 2006. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por la Sociedad Visal Ltda. respecto del inciso segundo del artículo 23 de la Ley N° 19.542, que moderniza el Sector Portuario Estatal, en la causa caratulada "Sociedad Visal Ltda. con Empresa Portuaria de Arica", seguida ante el Primer Juzgado Civil de Arica.

Tribunal Constitucional, Rol: 1416, Primera Sala, resolución de inadmisibilidad de 14 de julio de 2009. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Farmacias Cruz Verde S.A., respecto del artículo 22 del DFL N° 1 de 2005 del Ministerio de Economía y Reconstrucción, en Rol N° 3344 - 2009 del Recurso de Protección ante la Corte Suprema y en el Rol N° C-184-08 del Tribunal de Libre Competencia.

Tribunal Constitucional, Rol: 1448, 7 de septiembre de 2010. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Sindicato de Trabajadores de la Empresa Portuaria de Coquimbo, respecto del artículo 31° inciso final del DFL N° 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, y del Decreto Ley N° 211, de 1973, en Rol de ingreso N° 3733 - 2009 de la Corte Suprema.

Tribunal Constitucional, Rol: 2046, resolución de inadmisibilidad de 1 de septiembre de 2011. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por AeRolínea Principal Chile S.A. (PAL) respecto "del artículo 39, letra ñ; inciso primero, en relación con el inciso primero de la letra b) del mismo artículo, ambos del DFL N° 1, de 2005, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DL N° 211, de 1973", en los autos caratulados "Consulta de Conadecus sobre operación de concentración LAN Airlines S.A. y TAM Linhas Aéreas S.A.", de que conoce el Tribunal de la Libre Competencia, bajo el Rol NC 388-11.

Tribunal Constitucional, Rol: 2381, 20 de agosto de 2013. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Empresas Ariztía S.A. respecto del artículo 29 del Decreto Ley N° 211, de 1973, en cuanto permite la aplicación del artículo 385 del Código de Procedimiento

Civil, en los autos caratulados "Requerimiento de la FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros", de que conoce el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, bajo el Rol C N° 236-11.

Tribunal Constitucional, Rol: 2658, 9 de octubre de 2014. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. respecto del literal c) del artículo 26, del Decreto Ley N° 211 de 1973, en relación con lo dispuesto en el inciso primero del artículo 3° del mismo cuerpo legal, en los autos sobre recurso de reclamación, caratulados "Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y otros", de que conoce la Corte Suprema bajo el Rol N° 6249-2014.

Tribunal Constitucional, Rol: 2922, 29 de septiembre de 2016. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Roberto Guzmán Lyon respecto del artículo 29 del Decreto Ley N° 3.538, de 1980, que crea la Superintendencia de Valores y Seguros, en los autos sobre juicio sumario de reclamación de multa, caratulados "Guzmán Lyon, Roberto con Superintendencia de Valores y Seguros", de que conoce el 16° Juzgado Civil de Santiago, bajo el Rol C-21.305-2014.

Tribunal Constitucional, Rol: 3130, 9 de agosto de 2016. ContRol de constitucionalidad del proyecto de ley que modifica el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, de 1973, que fija normas para la defensa de la libre competencia, correspondiente al Boletín N° 9950-03.

Tribunal Constitucional, Segunda Sala, Rol: 5412, resolución de inadmisibilidad de 25 de octubre de 2018. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Sociedad de Inversiones Pampa Calichera S.A., Potasios de Chile S.A. e Inversiones Global Mining (Chile) Limitada respecto del inciso segundo del artículo 39, letra ñ), del Decreto Ley N° 211, en los autos caratulados "Acuerdo Extrajudicial entre FNE y Tianqi Lithium Corporation", seguidos ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, bajo el Rol AE N° 16-2018.

Tribunal Constitucional, Primera Sala, Rol: 7064, resolución de inadmisibilidad de 4 de septiembre de 2019. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Transbank S.A. respecto del artículo 18, N° 2, del Decreto Ley N° 211, en especial, de la frase "para lo cual, podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos", en los autos caratulados "Consulta de Farmacias Cruz Verde sobre Merchant Discount de Transbank S.A.", de que conoce la Corte Suprema, por recurso de reclamación, bajo el Rol N° 24.828-2018.

Tribunal Constitucional, Rol: 6019, 22 de octubre de 2019. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Entel PCS Telecomunicaciones S.A. respecto del artículo 27, del Decreto Ley N° 211, que fija normas para la Defensa de la Libre Competencia, en los autos caratulados "Demanda de Conadecus contra Telefónica Móviles Chile S.A. y otros", Rol N° C-275-14, seguidos ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en actual conocimiento de la Corte Suprema, por recurso de apelación, bajo el Rol N° 254-2019.

Tribunal Constitucional, Rol: 9469, 21 de abril de 2022. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Rodrigo Juan Pablo Lizasoaín Videla respecto del artículo 26, letra c), párrafo primero, oración final, del Decreto Ley N° 211, que fija normas para la Defensa de la Libre Competencia, en el proceso Rol C-403-2020, seguido ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Tribunal Constitucional, Rol: 9559, 3 de junio de 2022. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Comunidad de Aguas Subterráneas Sector Dos Embalse Lautaro - La Puerta; SCM Minera Lumina Copper Chile; y Agrícola Las Juntas S.A., respecto del artículo 31, inciso final, del Decreto Ley N° 211, que fija normas para la Defensa de la Libre Competencia, en el proceso Rol N° 58.555-2020, sobre recurso de hecho, seguido ante la Excma. Corte Suprema.

Tribunal Constitucional, Rol: 9847, 3 de junio de 2022. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Comunidad de Aguas Subterráneas Sector 1 Aguas Arriba Embalse Lautaro, y Parronales Tinamou Agrícola Limitada, respecto del artículo 31, inciso final, del Decreto Ley N° 211, que fija normas para la Defensa de la Libre Competencia, en el proceso Rol N° 58.554-2020, sobre recurso de hecho, seguido ante la Excma. Corte Suprema.

Tribunal Constitucional, Rol: 10.246, 3 de junio de 2022. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Comunidad de Aguas Subterráneas Sector Tres La Puerta - Mal Paso, Agrícola Campos de Cerrillos Limitada y Agrícola don Alfonso SpA respecto del artículo 31, inciso final, del Decreto Ley N° 211, que fija normas para la Defensa de la Libre Competencia, en el proceso Rol N° 58.556-2020, sobre recurso de hecho, seguido ante la Excma. Corte Suprema.

Tribunal Constitucional, Primera Sala, Rol: 12.745, resolución de inadmisibilidad de 25 de marzo de 2022. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Brink's Chile S.A. respecto de la expresión "que tengan relación directa con la cuestión debatida", contenida en el artículo 349, inciso primero, del Código de Procedimiento Civil, en el proceso Rol C-430-2021, seguido ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Tribunal Constitucional, Rol: 13.054, 25 de abril de 2023. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Empresa de Correos de Chile respecto del artículo 26, letra c), del Decreto Ley N° 211, que fija normas para la Defensa de la Libre Competencia, en el proceso Rol N° 95523-2021, sobre recurso de reclamación, seguido ante la Excma. Corte Suprema.

Tribunal Constitucional, Rol: 13.047, 22 de noviembre de 2022. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Asociación Nacional de Fútbol Profesional (ANFP), respecto del "precepto legal contenido en el inciso tercero del artículo 28 del Decreto Ley N° 211; y, por otra, el precepto legal contenido en el artículo 28 del Decreto Ley N° 211", en el proceso Rol C N° 343-2018, seguido ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Tribunal Constitucional, Rol: 15.768, 21 de agosto de 2025. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Cristián Catalán Jerez, respecto de los artículos 385, inciso primero, 390, 393 y 394 incisos primero y segundo, del Código de Procedimiento Civil, en el proceso Rol N° 430-2021, seguido ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Tribunal Constitucional, Primera Sala, Rol: 13.949, resolución de inadmisibilidad de 25 de abril de 2023. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Mastercard International Incorporated, respecto del artículo 18, numeral 3°, del Decreto Ley N° 211, que fija normas para la Defensa de la Libre Competencia, en el proceso Rol N° 105997-2022, sobre recurso de reclamación, seguido ante la Excelentísima Corte Suprema.

Tribunal Constitucional, Primera Sala, Rol: 17.314, resolución de inadmisibilidad de 27 de abril de 2026. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por AVLA Seguros de Crédito y Garantía S.A., e Inversiones Asterix SpA, respecto del artículo 23, inciso primero, en la expresión "tengan interés actual en sus resultados"; e inciso segundo, en la expresión "se entenderá que hay un interés actual siempre que exista comprometido un derecho y no una mera expectativa", del Código de Procedimiento Civil, en el proceso Rol N° C-518-2024, seguido ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

### Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sentencia N° 160/2017, 28 de diciembre de 2017. *Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra CMPC Tissue S.A. y otra*.

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, causa Rol C-430-2021, resolución de 12 de junio de 2025. *Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Brink's Chile S.A. y otras*.

### Tribunal Europeo de Derechos Humanos

A. Menarini Diagnostics S.r.l. c. Italia (2011): Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda N° 43509/08, 27 de septiembre de 2011.

Chambaz c. Suiza (2012): Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda N° 11663/04, 5 de abril de 2012.

Engel y otros c. Países Bajos (1976): Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Pleno), demandas N° 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 y 5370/72, 8 de junio de 1976, Serie A N° 22.

Funke c. Francia (1993): Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda N° 10828/84, 25 de febrero de 1993, Serie A N° 256-A.

Grande Stevens y otros c. Italia (2014): Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demandas N° 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 y 18698/10, 4 de marzo de 2014.

Heaney y McGuinness c. Irlanda (2000): Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda N° 34720/97, 21 de diciembre de 2000, CEDH 2000-XII.

J.B. c. Suiza (2001): Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda N° 31827/96, 3 de mayo de 2001, CEDH 2001-III.

Jussila c. Finlandia (2006): Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), demanda N° 73053/01, 23 de noviembre de 2006, CEDH 2006-XIV.

Saunders c. Reino Unido (1996): Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), demanda N° 19187/91 (caso N° 43/1994/490/572), 17 de diciembre de 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-VI.

Shannon c. Reino Unido (2005): Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda N° 6563/03, 4 de octubre de 2005.

### Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Åkerberg Fransson (2013): Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), asunto C-617/10, Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson, 26 de febrero de 2013, ECLI:EU:C:2013:105.

Bonda (2012): Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), asunto C-489/10, Procureur général près la Cour d'appel de Bialystok c. Łukasz Marcin Bonda, 5 de junio de 2012, ECLI:EU:C:2012:319.