

En lo principal: cumple lo ordenado. **En el otrosí:** se tenga presente para rechazar solicitudes formuladas en el primer otrosí de folio 399.

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Víctor Santelices Ríos, Adolfo Weber Wenzel, abogados, Florencia Gherardelli Gimeno y Magdalena Cox Larraín, abogadas, por la **Fiscalía Nacional Económica** (en adelante “**FNE**” o “**Fiscalía**”), en autos caratulados “Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Brinks Chile S.A. y otras”, Rol C N°430-2021, al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, “**H. Tribunal**”), respetuosamente decimos:

Cumplimos lo ordenado por resolución de folio 425, indicando que el número de celular asociado al dispositivo móvil del que fueron extraídas las conversaciones indicadas a folio 421 es el +56 9 61402995, número que -en su declaración ante la FNE- el Sr. Cristián Catalán reconoció haber utilizado en el ejercicio de sus funciones¹. Como indicamos en el otrosí, el referido número telefónico está asociado al dispositivo móvil Iphone X incautado en el NUE 4194718, perteneciente y en poder del Sr. Cristián Catalán al momento de la incautación, como consta en el Informe policial disponible en el Expediente de Investigación².

POR TANTO,

AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA PEDIMOS: Tener por cumplido lo ordenado y por acompañado el documento indicado, con citación.

¹ “FNE 1: (...) En primer término, en el ejercicio de sus funciones ¿usted utilizaba el número de teléfono +56961402995? / Declarante: Sí”. Documento 15 del Anexo II del Expediente de Investigación “15. Transcripción Cristián Catalán 02.08.2021”, p. 2.

² Documento N°62 del Tomo I del Expediente de Investigación, pp. 95, 101 y 102.

OTROSÍ: Solicitamos se tengan presente las siguientes consideraciones para rechazar las solicitudes de desglose y confidencialidad de los mensajes intercambiados entre el Requerido Cristián Catalán y su cónyuge, formuladas por el primero en el primer otrosí de la presentación de folio 399.

I. Antecedentes

1. Tal como consta en el Expediente de Investigación acompañado en autos, en el marco de la Investigación Rol N°2514-2018 FNE, con fecha 6 de diciembre de 2018, esta Fiscalía solicitó al H. Tribunal la aprobación previa de diligencias de entrada, registro e incautación, siendo objeto de ellas – entre otras personas – el Sr. Cristián Catalán³. Al respecto se solicitó la autorización para llevar a cabo, tanto en las oficinas de Wagner Seguridad Custodia y Transporte de Valores SpA (en adelante, “**Loomis**”) como en el domicilio personal del Sr. Catalán, la incautación de dispositivos digitales utilizados por este último - entre ellos, teléfonos móviles -, “(...) mediante la selección, copiado y posterior retiro, de documentos u objetos electrónicos contenidos en esos equipos o dispositivos (...)”⁴.

2. Mediante resolución de fecha 11 de diciembre de 2018, el H. Tribunal aprobó la solicitud de esta Fiscalía⁵. El 14 de diciembre de 2018, la FNE solicitó a la Itma. Ministra de Turno de la Corte de Apelaciones de Santiago la aprobación previa de diligencias de entrada, registro e incautación, al mismo tenor de aquella previamente referida⁶; siendo esta acogida con fecha 18 de diciembre de 2018⁷.

3. Con fecha 20 de diciembre de 2018, personal de Carabineros de Chile, bajo dirección de funcionarios de esta Fiscalía, llevó a cabo las diligencias ya referidas, en diversos inmuebles -entre ellos, las oficinas de Loomis y el domicilio personal del Sr.

³ Documento N°10 del Tomo I del Expediente de Investigación. Escrito de fecha 6 de diciembre de 2018.

⁴ Escrito de fecha 6 de diciembre de 2018, pp. 24 y 25.

⁵ Documento N°11 del Tomo I del Expediente de Investigación.

⁶ Documento N°12 del Tomo I del Expediente de Investigación.

⁷ Documento N°23 del Tomo I del Expediente de Investigación.

Catalán-, incautando, entre otros objetos, dispositivos móviles de este último Requerido. Dentro de ellos, se pudieron encontrar mensajes y conversaciones del Sr. Catalán con diversas personas, que constituyen evidencia de la conducta acusada.

4. La FNE acompañó, a folio 308, más de 550 documentos electrónicos -vinculados con los hechos materia de estos autos- obtenidos en las referidas medidas intrusivas, entre ellos, conversaciones mediante aplicación de mensajería instantánea del Sr. Cristián Catalán con diversas personas. Respecto de estos últimos documentos, tal como se señaló en la presentación de folio 308, los mensajes se extrajeron mediante reportes que dan cuenta de la conversación entre dos usuarios durante un día completo; lo que tiene por objeto resguardar la integridad de la conversación, dando cuenta del contexto de cada mensaje, enmarcándolos en un ámbito temporal preciso, y evitando se generaran cuestionamientos relativos a haber seleccionado comunicaciones cuya interpretación aislada pudiere inducir a error en su sentido y alcance. Asimismo, frente al interés del Sr. Catalán de resguardar su privacidad, cabe destacar que esta Fiscalía acompañó únicamente aquellos mensajes -con su cónyuge y otras personas- que son pertinentes para el caso, a pesar de su propia insistencia en solicitudes de exhibición de documentos que exigían la totalidad de los archivos incautados⁸.

5. A folio 399, la defensa del Sr. Catalán solicitó el desglose “(...) *de todos los documentos que contengan conversaciones intercambiadas entre don Cristian Catalán Jerez y su cónyuge, Carolina Rojas Patuelli (...)*”⁹. Esta solicitud se fundaría en el artículo 220 inciso 1° letra a) del Código Procesal Penal (en adelante, “**CPP**”) -aplicable a las medidas intrusivas del DL 211 por remisión del artículo 39 letra n) de este cuerpo legal-, conforme al cual no pueden ser objeto de incautación las comunicaciones entre el imputado

⁸ Lo que habría implicado incluir una abundante cantidad de mensajes de texto con miembros de su familia y amigos, de imágenes y videos enviados por ese medio, de correos electrónicos personales, de sitios web visitados, etc. La solicitud de exhibición de documentos se planteó a folio 293 y la reposición frente a su rechazo a folio 329. Este último recurso fue rechazado por el H. Tribunal a folio 354.

⁹ Escrito de folio 399, p. 11. Conforme a la presentación de folio 421, se trata de los documentos “2017_12_20 Conversación Señora_Catalán”, “2018_02_27 Conversación Señora_Catalán”, “2018_03_05 Conversación Señora_Catalán”, “2018_07_05 Conversación Señora_Catalán” y “2018_09_07 Conversación Señora_Catalán 2018_10_23 Conversación Señora_Catalán”.

y las personas que pudieren abstenerse de declarar como testigos por razón de parentesco, entre ellas, la cónyuge. En subsidio, la defensa del Sr. Catalán solicita declarar la confidencialidad de los documentos en que constan las referidas conversaciones.

6. Como veremos en las siguientes secciones, tanto la solicitud de desglose como de confidencialidad son absolutamente improcedentes.

II. La solicitud de desglose carece de fundamento normativo

7. Resulta sencillo advertir que no existe ninguna norma en el DL 211 ni en los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil¹⁰ ni en ningún otro cuerpo normativo que permita el desglose de evidencia en los términos solicitados por el Sr. Catalán. En este sentido, dado que el referido desglose implica afectar medios de prueba aportados por una de las partes de este proceso y -en último término- la defensa del interés general de la colectividad en el orden económico, resulta necesaria la existencia de una norma expresa que lo permita.

8. Más allá de la referencia parcial a un artículo del CPP que limita los objetos que pueden ser incautados, el Sr. Catalán no invoca ninguna disposición que permita en este procedimiento el desglose de antecedentes probatorios. De este modo, pretende establecer una etapa inexistente de admisibilidad de prueba, intentando evitar que las comunicaciones objeto de esta solicitud sean conocidas y valoradas por el H. Tribunal al momento de dictar sentencia en estos autos.

9. En particular, la única limitación legal para la rendición de prueba instrumental se refiere a la oportunidad en la cual ésta puede ser aportada por las partes, esto es, hasta 10 días antes de la fecha fijada para la vista de la causa. Más allá de esta disposición sobre la prueba documental, no existe en esta sede un examen de admisibilidad previo en donde se discuta la legalidad de los antecedentes probatorios. Estos serán objeto de análisis, conforme a las reglas de la sana crítica, únicamente al momento de ponderarse los hechos

¹⁰ Supletoriamente aplicables al procedimiento contencioso de libre competencia por disposición del artículo 29 del DL 211.

controvertidos con la evidencia aportada para fundar la sentencia que resuelve la demanda o requerimiento formulado¹¹.

10. El único impedimento para utilizar determinados medios de prueba ante el H. Tribunal se encuentra establecido a propósito del reclamo especial ante el Ministro de Turno que hubiere autorizado la realización de una medida intrusiva en cuyo ejercicio no se hubieren respetado por parte de la FNE los requisitos o formalidades previstos en el artículo 39 letra n) del DL N° 211. Con todo, el plazo fatal para interponer dicho reclamo es de 10 días corridos desde que aparezca o se acredite que quien deba reclamar tuvo o debió tener conocimiento del vicio o defecto que funda el reclamo.

11. En este sentido, no se ha interpuesto dentro del plazo legal un reclamo ante la Il.tra. Ministra de Turno que autorizó las medidas intrusivas ejercidas en la Investigación Rol N°2514-18 FNE, que haya sido notificado o puesto en conocimiento de esta Fiscalía. No habiendo ejercido ese reclamo dentro del plazo, del modo y ante el tribunal previsto por la ley, el H. TDLC no es competente para conocer de un reclamo sobre el ejercicio de las diligencias de entrada, registro e incautación.

12. En consecuencia, no existe norma alguna que habilite al H. Tribunal a resolver del modo propuesto por el Sr. Catalán, y por lo tanto su solicitud de desglose debe ser desestimada.

III. A mayor abundamiento, la FNE dio cumplimiento a los requisitos y formalidades contenidos en el artículo 39 letra n) del DL 211

13. Adicionalmente, las alegaciones formuladas por Cristián Catalán son infundadas. Conforme al artículo 39 letra n) párrafo 4° del DL 211, el ejercicio de las facultades de

¹¹ En el contexto del procedimiento civil, supletorio en sede de libre competencia, en materia de prueba documental, el único examen previo que ha dispuesto la ley es de pertinencia -no de legalidad- y se consagra en el artículo 349 del Código de Procedimiento Civil para la exhibición documental, no para el aporte de instrumentos por iniciativa de parte.

entrada, registro e incautación por parte de la FNE se encuentra sujeto a diversas disposiciones del CPP, entre ellas su artículo 220 referido a los objetos y documentos que no se encuentran sometidos a la diligencia de incautación.

14. El artículo 220 del CPP, en que el Sr. Catalán funda su solicitud, establece tres categorías de documentos que no pueden ser objeto de incautación:

“a) De las comunicaciones entre el imputado y las personas que pudieren abstenerse de declarar como testigos por razón de parentesco o en virtud de lo prescrito en el artículo 303;

b) De las notas que hubieren tomado las personas mencionadas en la letra a) precedente, sobre comunicaciones confiadas por el imputado, o sobre cualquier circunstancia a la que se extendiere la facultad de abstenerse de prestar declaración, y

c) De otros objetos o documentos, incluso los resultados de exámenes o diagnósticos relativos a la salud del imputado, a los cuales se extendiere naturalmente la facultad de abstenerse de prestar declaración”.

15. En particular, la solicitud de folio 399 se basa en el literal a). Conforme al artículo 302 del CPP, dentro de las personas que tienen el derecho a no declarar por razones personales se encuentra efectivamente el cónyuge del imputado (o en nuestro procedimiento, del afectado¹²). El razonamiento que intenta construir el Sr. Catalán, por lo tanto, consiste en que, pudiendo abstenerse su cónyuge de declarar conforme al artículo 302 del CPP, las comunicaciones entre ambos tampoco pueden ser objeto de incautación.

16. Sin embargo, el Sr. Catalán omite citar el artículo 220 del CPP en su integridad o, al menos, considerando todos los elementos relevantes para la discusión que propone.

¹² Para aplicar las disposiciones del CPP al contexto de investigaciones por infracciones al DL 211, el inciso quinto del artículo 39 n) de este último cuerpo legal dispone que: “Las expresiones ‘fiscal’ o ‘Ministerio Público’ a que hacen referencia las disposiciones del Código Procesal Penal, se entenderán hechas, para los efectos de la presente ley, a ‘Fiscal Nacional Económico’. Las referencias a ‘juez’ o ‘juez de garantía’, se entenderán efectuadas al Ministro de la Corte de Apelaciones señalado en el párrafo primero de este literal; las alusiones a ‘juicio oral’ se entenderán al ‘procedimiento’, y las efectuadas a ‘imputado’ se entenderán hechas al ‘afectado’”.

17. En efecto, el inciso segundo de la referida disposición establece expresamente las condiciones para que se apliquen las limitaciones indicadas en los literales antes citados:

*“Las limitaciones previstas en este artículo **sólo regirán cuando las comunicaciones, notas, objetos o documentos se encontraren en poder de las personas a quienes la ley reconoce la facultad de no prestar declaración**; tratándose de las personas mencionadas en el artículo 303, la limitación se extenderá a las oficinas o establecimientos en los cuales ellas ejercieren su profesión o actividad” (énfasis agregado).*

18. Como se observa, el inciso segundo previamente transcrito establece claramente que las limitaciones -invocadas por el Sr. Catalán- para incautar comunicaciones, notas, objetos y documentos sólo son aplicables cuando estos se encuentren en poder de las personas a quienes la ley reconoce la facultad de no prestar declaración. En otros términos, cuando la ley señala que las limitaciones a la incautación previstas en los literales a), b) y c) del inciso primero del citado artículo 220 *“sólo regirán cuando las comunicaciones, notas, objetos o documentos se encontraren en poder de las personas a quienes la ley reconoce la facultad de no prestar declaración”*, es claro que se excluyen de tal excepción, y que por lo tanto pueden incautarse, los objetos, documentos y comunicaciones que se encuentren en poder del imputado (o, en este caso, del “afectado” por una investigación de la FNE).

19. En términos concretos, por expresa disposición del artículo 220 del CPP, las comunicaciones entre el Sr. Catalán y su cónyuge no habrían sido susceptibles de incautación sólo si aquellos mensajes se hubieran encontrado, al momento de la medida intrusiva, en poder de su cónyuge. No obstante no se trata de un hecho cuestionado por el Sr. Catalán, conforme al Informe policial disponible en el Expediente de Investigación¹³, el dispositivo móvil *Iphone X* color negro, desde donde fueron extraídos los referidos mensajes (incautado en el NUE 4194718), se encontraba en poder de Cristián Catalán¹⁴, -en ese

¹³ Documento N°62 del Tomo I del Expediente de Investigación.

¹⁴ En sus páginas 101 y 102, consta que el Sr. Catalán entregó voluntariamente el dispositivo Iphone incautado en el NUE 4194718. Asimismo, el Sr. Catalán firmó el acta de entrega de clave de acceso para este dispositivo. Informe policial, p. 95.

entonces- afectado por la investigación y hoy Requerido en estos autos, respecto de quien se otorgó expresamente autorización para incautar objetos de su pertenencia. Asimismo, el referido dispositivo está asociado al número de teléfono +56 9 6140 2995 que el Sr. Catalán reconoció usar en el ejercicio de sus funciones, según consta en su declaración ante la FNE¹⁵.

20. La pertenencia de este dispositivo móvil al Sr. Catalán y la circunstancia de que se encontraba en su poder, son además hechos de toda lógica por cuanto fue precisamente en base a los antecedentes graves y precisos de la comisión del ilícito de colusión que, tanto el H. Tribunal como la Sra. Ministra de Turno, autorizaron la incautación ejecutada contra Cristián Catalán en calidad de afectado por la medida, y no se solicitó o extendió a antecedentes que estuvieran en poder de alguna de las personas resguardadas conforme lo dispuesto en el art. 302 del CPP¹⁶. De este modo, no cabe duda alguna que el dispositivo desde el cual se extrajeron los mensajes entre Cristián Catalán y su cónyuge, le pertenecía al primero y se encontraba en su poder.

21. En consecuencia, habida consideración de que las comunicaciones objeto de la solicitud no fueron incautadas habiendo estado en poder de la cónyuge del Sr. Catalán ni

¹⁵ Documento 15 del Anexo II del Expediente de Investigación "15. Transcripción Cristián Catalán 02.08.2021", p. 2. Asimismo, a lo largo de su declaración ante la FNE se le exhibieron conversaciones de Whatsapp obtenidas del dispositivo móvil Iphone X color negro asociado al número +56961402995 incautado en la cadena de custodia N° 4194718, sin que el Sr. Catalán haya cuestionado haber utilizado dicho número de teléfono en el referido dispositivo móvil.

¹⁶ Adicionalmente, la jurisprudencia ha reconocido que no hay vulneración de garantías fundamentales en el acceso a todas las conversaciones en poder del investigado, independiente de su interlocutor en aquellos casos en que se ha otorgado la autorización judicial para ejercer la medida intrusiva sobre un dispositivo móvil. Así, frente a un recurso de protección por el acceso a mensajes de Whatsapp de un imputado con su cónyuge, la ltima. Corte de Apelaciones de Coyhaique resolvió "*Que, a juicio de estos sentenciadores, no se advierte un actuar ilegal o arbitrario de los recurridos, desde que la conducta consistente en la intromisión por parte de los recurridos en la mensajería privada del titular del celular incautado, se ajusta a la legalidad vigente, ya que fue ejecutada en virtud de una resolución judicial, fundada en los artículos 9 y 217 del Código Procesal Penal, disposiciones que autorizan la incautación del celular aludido en el contexto de una investigación criminal, resultando, por ende, lógico y razonable que en tal escenario se puedan revisar los mensajes que se encuentran en formato digital en el aparato incautado, a fin de velar por el éxito de la investigación del delito obstrucción a la investigación por el cual fue formalizado el imputado Capetillo; autorización judicial aquella que por cierto importa la intromisión en toda la información que contiene el dispositivo celular incautado, sin que se pueda descartar, en forma previa, el acceso a alguna cuenta, dado que solo una vez ingresada a ella se podrá analizar su contenido y determinar la relevancia o no de éste para la investigación, por lo que la conducta de la recurrida no resulta tampoco arbitraria, desde que aparece fundada y razonada*". Resolución del 9 de enero de 2020, en autos Rol 1035-2019, c. 4°.

de ningún otro sujeto previsto en los artículos 302 y 303 del CPP, no cabe sino concluir que el fundamento mismo de la solicitud de desglose es errado.

IV. La solicitud subsidiaria de confidencialidad no se funda en la causal de confidencialidad contemplada en el DL 211 ni cumple con el Auto Acordado N°16/2017

22. Finalmente, la petición subsidiaria de confidencialidad debe ser desestimada. Razón suficiente para ello es que la solicitud no cumple con las exigencias del artículo tercero del Auto Acordado N°16/2017. Pero además y tal como consta en el otrosí de la presentación de folio 399, la solicitud no se funda en la causal de confidencialidad contemplada en el artículo 22 inciso 9° del DL 211, esto es, la existencia de “*fórmulas, estrategias o secretos comerciales o cualquier otro elemento cuya revelación pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular*”. En este sentido, el H. Tribunal ha resuelto que “(...) *el otorgamiento de confidencialidad o reserva [es] una excepción que debe justificarse en los términos establecidos en el artículo 22 del D.L. N° 211 (...)*”¹⁷. Asimismo, en esta misma sede se ha resuelto uniformemente que los datos personales no son confidenciales en sí mismos, sino que en la medida en que afecten significativamente el desenvolvimiento de su titular¹⁸.

¹⁷ Resolución del 13 de septiembre de 2022, en autos Rol N°445-22.

¹⁸ A modo de ejemplo, resolución del 16 de marzo del 2022 (fojas 1234), en autos Rol N°379-19; y resolución del 24 de junio de 2021 (fojas 1579), en autos Rol N°386-19. En esta última, el H. Tribunal rechazó observaciones al tarjado de documentos debido a que la respectiva parte “*no justificó por qué la divulgación de los datos personales afectaría significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular y fundamenta su resguardo en regulación no aplicable a este tribunal*”.