



ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL DISEÑO DE INCENTIVOS A LA COLABORACIÓN CON LA FNE: LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL CASO COLUSIÓN DE EMPRESAS DE TRANSPORTE DE VALORES

Tomás Pérez Lasserre y Matías Carrasco Silva

Algunas reflexiones sobre el diseño de incentivos a la colaboración con la FNE: la decisión del Tribunal Constitucional en el Caso Colusión de Empresas de Transporte de Valores

Enero 2026



Tomás Pérez Lasserre

Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile; Máster en Derecho, Universidad de Columbia. *



Matías Carrasco Silva

Abogado, Universidad de Chile; Máster en Derecho, Universidad Pompeu Fabra.

A fines de agosto de 2025, el Tribunal Constitucional ("TC") se pronunció sobre un conjunto de requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en el marco del Caso Colusión de Empresas de Transporte de Valores, seguido ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ("TDLC"). El pronunciamiento del TC reafirma la aplicación de las reglas sobre la confesión civil en los procedimientos contenciosos ante el TDLC, incluyendo los casos de colusión que, desde 2016, pueden derivar en un proceso penal una vez finalizado el juicio en sede de competencia.

Este trabajo aprovecha la oportunidad brindada por los pronunciamientos del TC para reflexionar acerca de los incentivos para la colaboración con la Fiscalía Nacional Económica ("FNE") en el marco del Decreto Ley N° 211 ("DL 211") y, particularmente, la armonía del diseño de incentivos para la colaboración, con la posibilidad de tener por confeso al acusado que decide no comparecer, dar respuestas evasivas o no responder las preguntas que se le formulan en el marco de la prueba confesional ante el TDLC.

** Tomás Pérez L. declara haber participado como abogado representante de Prosegur en la causa rol C-430-2021, seguida ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, desde su inicio hasta el año 2022..*

I. INTRODUCCIÓN

El TC se pronunció recientemente sobre un conjunto de recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que perseguían declarar inaplicables algunas reglas probatorias del Código de Procedimiento Civil (“CPC”), vinculadas a la prueba confesional o absolución de posiciones. Estas reglas, a juicio de los requirentes, infringirían las normas constitucionales que garantizan el derecho a la no autoincriminación (Art. 19 N° 7) y el debido proceso (Art. 19 N° 3), pues forzarían la declaración de un acusado o, en su defecto, generarían el efecto de tenerlo por confeso en caso de no comparecencia; todo esto, en el escenario de un litigio por colusión, que podría conducir a una sanción penal.

Estos requerimientos de inaplicabilidad se presentaron a propósito del procedimiento seguido ante el TDLC, bajo el Rol N° C-430-2021, conocido como el Caso de Colusión de Empresas de Transportes de Valores.

II. RESUMEN DE LA DECISIÓN

El TC soslayó la discusión acerca de la compatibilidad de la aplicación supletoria de las reglas del CPC en relación con las del DL 211, estimando que ello es materia que debe ser resuelta por el tribunal que conoce de la controversia. De este modo, la discusión sobre la aplicación de dichas reglas en este caso específico permanece abierta, quedando entregada a la decisión definitiva del TDLC.

Entrando a las razones esgrimidas por el TC, la decisión estuvo dividida: la mayoría estuvo por rechazar los requerimientos (“Voto de Mayoría”), pero tres Ministros estuvieron por acogerlos parcialmente (“Voto de Minoría”).

Las razones esgrimidas por el Voto de Mayoría fueron, en resumen, las siguientes:

- a. El derecho a la no autoincriminación estaría consagrado en el artículo 19 N° 7 de la Constitución Política de la República (“CPR”) a propósito de causas criminales, pero no respecto de procedimientos infraccionales ni civiles. El procedimiento ante el TDLC no es uno de naturaleza criminal y, además, tendría autonomía disciplinar en relación con el proceso penal, de modo que no habría un vínculo entre el procedimiento infraccional y la “futura y completamente hipotética” (Considerando 16°) causa penal.
- b. La confesión tácita o ficta es, en definitiva, una sanción a la pasividad de una de las partes, consistente en atribuir determinados efectos jurídicos a su indiferencia o falta de comparecencia. Así, no existe una obligación de confesar, sino únicamente la carga procesal de asumir las consecuencias derivadas de la inacción. En términos simples, la parte requerida siempre conserva la posibilidad de comparecer y negar los hechos sobre los cuales es interrogada. A lo anterior debe agregarse que las reglas de valoración de la prueba en el procedimiento civil difieren de aquellas aplicables en los procedimientos contenciosos ante el TDLC, pues en esta última sede se valora de conformidad con las reglas de la sana crítica, sin que el juez deba atenerse estrictamente a tener “por confesado” o no un hecho, como ocurre en materia civil. Por ende, las consecuencias de la confesión ficta no tienen la entidad ni los efectos que las del procedimiento civil.
- c. El Voto de Mayoría sostiene que no existe vulneración del debido proceso, ya que la Constitución encarga al legislador fijar un procedimiento justo y racional para cada caso, incluyendo las normas probatorias aplicables a cada procedimiento. Así, mientras estas reglas sean racionales y justas, se entiende resguardado el debido proceso. En este caso, las normas impugnadas cumplirían

ese estándar: buscan evitar dilaciones y se insertan en un procedimiento que mantiene garantías suficientes para las partes.

El Voto de Minoría, por otro lado, razona sobre la base de la ya conocida tesis de la existencia de un único ius puniendi estatal y la necesidad que le correspondería al ordenamiento de matizar las garantías penales en un procedimiento judicial o administrativo del que se siga algún tipo de responsabilidad infraccional. En este caso concreto, se argumenta que el Art. 26 del DL 211 contempla consecuencias jurídicas similares (o incluso más gravosas) a la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas, de modo que con mayor razón existiría proximidad entre las garantías del proceso penal y las propias del procedimiento contencioso ante el TDLC.

III. CONFESIÓN COMO COLABORACIÓN CON LA CONTRAPARTE. COLABORACIÓN EN EL PROCESO CIVIL Y PENAL

En lo que sigue, y sin tomar posición respecto de ninguno de los votos de la sentencia del TC, se asumirá como marco para el presente trabajo la perspectiva ofrecida en el Considerando 8º del Voto de Minoría, en tanto que analiza la prueba confesional como un modo de colaborar con la investigación o procedimiento seguido en contra de la parte requerida.

Esta perspectiva –ausente en el Voto de Mayoría– es novedosa y útil, porque permite reflexionar acerca de la estructura de incentivos para la colaboración en los procedimientos seguidos ante el TDLC. Para estos efectos, caracterizaremos brevemente los deberes de colaboración en los dos polos que subyacen al razonamiento del Voto de Mayoría: el procedimiento civil y el proceso penal.

I.A. El caso del Proceso Civil

En el proceso civil se ventilan cuestiones de naturaleza privada y, en consecuencia, las reglas que rigen su ritualidad suelen ser dispositivas y a impulso de parte, pues responde a la idea de que los contendores son simétricos y que lo importante es resolver un conflicto que no tendría relevancia pública en un sentido estricto.

No obstante, puede ocurrir que, por la naturaleza de las partes o del conflicto, se presenten ciertas asimetrías o conductas que no son toleradas por el ordenamiento jurídico, como ocultar antecedentes relevantes en un litigio o dilatar injustificadamente el proceso. En respuesta, la dogmática ha desarrollado el concepto de la buena fe procesal, que puede ser interpretada de tres modos distintos: (i) como una contribución a una solución justa del caso, (ii) como un límite a la litigación dolosa y (iii) como la consagración de ciertos deberes y cargas procesales (Larroucau, 2013, p. 298).

Considerando que el flujo de la información en un proceso es fundamental para el éxito o fracaso de una acción –y que aquella se encuentra asimétricamente distribuida entre las partes– parece razonable que la ley provea de herramientas destinadas a resguardar la igualdad a la hora de litigar. Estas herramientas se traducen en deberes o cargas destinadas a contribuir a la referida igualdad entre las partes, bajo la denominación de un deber de colaboración, que no necesariamente es voluntario. Esta colaboración, como podrá preverse, opera como una regla de interés para una correcta administración de justicia (Larroucau, 2013, p. 260) y tiene especiales consecuencias en el plano probatorio. Mirado desde esta perspectiva, existen instituciones probatorias correctivas que buscan darle simetría a la información que será objeto del litigio, como el deber de exhibición documental entre las partes (Cerrato, 2021, p. 4), el deber de disclosure del derecho inglés (Cerrato, 2021, p. 8) o el discovery del derecho estadounidense. Resulta especialmente esclarecedor el caso francés, pues el Art. 11 del Nouveau Code de procédure Civile establece una cláusula general de sanción para el incumplimiento de deberes de información.

En relación concreta con la prueba confesional, en el procedimiento civil se presentan dos circunstancias que son fundamentales: (i) la sola confesión produce plena fe contra el absolvente (Art. 1713 del Código Civil); y (ii) en caso de no comparecencia, negativa a declarar o entrega de respuestas evasivas, al absolvente se le tendrá por confeso de los hechos categóricamente afirmados en el escrito que solicita la declaración (Art. 394 CPC).

La prueba confesional, como lo indica el Voto de Mayoría, contiene reglas destinadas a sancionar la inactividad y promover la consecución del juicio. Estos incentivos, por su parte, instan a la colaboración, pues apremian a una de las partes a quedar expuesta a proporcionar –real o fictamente– información con la que la otra parte no cuenta.

I.B. El caso del Proceso Penal

En el otro polo se encuentra el proceso penal. A diferencia del proceso civil, el proceso penal involucra una tensión inherente:

“La historia del proceso penal puede ser entendida (...) como la relación de tensión entre el interés público a la persecución penal de los delitos y el interés individual de los ciudadanos a que sus derechos se conserven intangibles para el Estado hasta tanto no se afirme la responsabilidad penal a través de una decisión jurisdiccional definitiva (Horvitz & López, 2002, p. 29).

Para administrar la tensión descrita, el proceso penal moderno se ha anclado en dos ejes fundamentales: un diseño institucional acusatorio –separando la función de acusar de la de decidir– y un estatuto de garantías individuales que es oponible al Estado, entre las que se encuentra el principio de no autoincriminación. Este último se expresa mediante el derecho a guardar silencio, pero también a través de la exención de consecuencias penales derivadas del falso testimonio y obstrucción a la investigación (Wilenmann, 2016, p. 121).

En consecuencia, el interés del Estado en el esclarecimiento de los hechos colisiona con los derechos del imputado. Por ende, un imputado no puede ser obligado a colaborar con la persecución penal en su contra. Esta circunstancia es una limitación relevante para el poder institucional, pues la persona del imputado y su experiencia es una fuente fundamental para develar los hechos constitutivos de delito.

Para mitigar los efectos de esta limitación, suele considerarse que la colaboración, denuncia o confesión pueden llegar a constituir una atenuante de responsabilidad penal. En efecto, los N° 8 y 9 del artículo 11 del Código Penal así lo establecen:

8.º Si pudiendo eludir la acción de la justicia por medio de la fuga u ocultándose, se ha denunciado y confesado el delito.

9º. Si se ha colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos, sin que la colaboración sea asimismo constitutiva de cooperación eficaz de conformidad con la ley.

En consecuencia, el Estado compensa la imposibilidad de forzar una colaboración por parte del imputado, mediante la construcción de un sistema de incentivos que la premia con la disminución de la pena.

En suma, a diferencia del proceso civil, el proceso penal supone una tensión entre esclarecimiento y garantías. En un Estado moderno y democrático, el principio de no autoincriminación es una limitación al esclarecimiento, que se compensa mediante incentivos a la colaboración, incentivos que han escapado de un reproche relevante desde el punto de vista de las garantías del imputado.

IV. COLABORACIÓN CON LA FNE: DIFICULTADES PARA LA ARMONIZACIÓN DE UN DISEÑO DE CONTEMPLA CARGAS PROCESALES POR INACTIVIDAD DE PARTE E INCENTIVOS PARA LA COLABORACIÓN AL MISMO TIEMPO

Una reflexión interesante que abren los pronunciamientos del TC, se relaciona con la intensidad, condiciones y posibilidades de colaboración de la parte investigada o acusada en la sustanciación de un procedimiento de colusión.

Y es que, desde la perspectiva netamente procesal, en el transcurso de un proceso de esta naturaleza –desde el inicio de la investigación hasta la conclusión del juicio– se presentan instancias que suponen la aplicación de estatutos normativos distintos: (i) en algunos momentos opera la aplicación supletoria del Código Procesal Penal, como ocurre en el ejercicio de las “facultades duras” de la FNE; (ii) mientras que en otros, operan las reglas directas del DL 211, con la aplicación supletoria del CPC.

Pero, desde la óptica del investigado o acusado, se presenta una sola realidad sin solución de continuidad—se inicia un proceso persecutorio que conduce hacia un único resultado, ya sea de condena o de absolución. Esta circunstancia es especialmente sensible, pues la ley confiere al investigado, especialmente al inicio de la investigación, la posibilidad de adoptar dos estrategias, las que difícilmente podrá alterar una vez que el caso se ha judicializado: colaborar o defenderse.

En nuestra opinión, el Voto de Mayoría pasa por alto esta tensión, en perjuicio de la parte acusada, al permitir a la FNE inducir, contra su voluntad, hacia la dirección opuesta de la estrategia de defensa adoptada al inicio de la investigación.

Incluso, durante la investigación de la FNE, el ejercicio de las “facultades duras” tiene un fuerte impacto a la hora de la definición de la estrategia legal por parte de los investigados: numerosas “delaciones” se han presentado por investigados al instante en que se ven objeto del ejercicio de medidas intrusivas.

A nuestro juicio, debiera observarse una continuidad en la estructura normativa que soporta los deberes de colaboración: un quiebre en esa estructura tiene severas consecuencias para un ejercicio pleno del derecho a defensa, porque le quita toda certeza a aquella estrategia definida al inicio del proceso. Grafiquémoslo de la siguiente manera: ¿bajo qué escenario un investigado por colusión decidiría defenderse al inicio de dicha investigación si, posteriormente, durante el proceso judicial, igualmente podría ser obligado a absolver posiciones, exponiéndose a ser tenido por confeso si no comparece o no responde? Más adelante abordaremos este punto con mayor detalle.

Para describir adecuadamente el régimen de colaboración en los procedimientos contenciosos por acuerdos colusorios perseguidos por la FNE, conviene revisar brevemente las normas aplicables.

En primer lugar, al ser supletorias las reglas del CPC, se transmiten también a estos procedimientos aquellas instituciones que fuerzan a contribuir a la igualdad entre las partes. Ejemplos son la diligencia de exhibición de documentos y la carga de concurrir a absolver posiciones.

Asimismo, debe considerarse que la supletoriedad del CPC permite a las partes terminar el proceso por acuerdo (facultad que el literal ñ) del artículo 39 del DL 211 extiende a la FNE), lo que señala que al centro del proceso se encuentra una controversia parcialmente disponible para las partes (parcialmente, pues el literal ñ) obliga a que dichos acuerdos se hagan con el objeto de cautelar la libre competencia, lo que debe ser aprobado por el TDLC).

En segundo lugar, también es posible rastrear en la regulación de los procedimientos ante el TDLC algunas reglas que comprenden la colaboración con la contraparte como voluntaria. Un ejemplo es la atenuante del literal c) artículo 26 del DL 211 y, sobre todo, el beneficio de proximidad a una posible exención del artículo 39 bis del DL 211 (“delación”).

Este último, a nuestro juicio, requiere de una especial reflexión. Si bien este beneficio es procedente solo respecto de aquellos procedimientos iniciados: (i) por la FNE; y (ii) por infracción al literal a) del artículo 3° del DL 211, su importancia y relativa proximidad a una posible persecución penal resulta ejemplar para efecto de estas reflexiones.

La delación es, por definición, una confesión. La ley concibe que su efecto, en concurso con otras condiciones, supone una exención de la responsabilidad penal e infraccional para el primero de los delatores. Dicho de otra manera, la legislación considera que la manera más intensiva de colaborar con la autoridad reporta un beneficio que no es posible obtener de otro modo.

Con todo, la sentencia del TC agrega que la FNE puede beneficiarse de la no comparecencia de una contraparte para absolver posiciones. En otras palabras, si no colaboran con ella, la FNE puede igualmente mejorar su posición en el juicio al tener por confeso al acusado en caso de no colaborar con dicha diligencia.

Si bien podría considerarse anecdótico, esta distorsión podría graficarse con el caso que, respecto de una parte, la FNE rechace una delación durante la fase de investigación y luego, durante el juicio, promueva a su respecto la prueba confesional. O, como se adelantó, frustrar la estrategia de defensa de una parte que, legítimamente, optó por no acogerse a dicho beneficio, y luego, en el curso del proceso, termina igualmente confesa contra su voluntad, producto de una ficción legal, y, además, experimentando las sanciones contempladas en la ley.

En conclusión, y a nuestro juicio, el diseño procesal de forzar ciertos deberes de colaboración en el proceso civil y la omisión de estos deberes en el proceso penal son, desde el punto de vista del pleno ejercicio del derecho a defensa, incompatibles en un mismo procedimiento.

Por lo tanto, en el caso de los procedimientos seguidos ante el TDLC por la FNE en casos de colusión, podría existir una distorsión, pues la ley entrega explícitamente un diseño de incentivos para la colaboración (atenuante y delación) que se desnaturaliza si, además, la FNE puede forzar la colaboración mediante el beneficio de tener por confeso a quién decide no comparecer, da respuestas evasivas o no responde, todo esto por la aplicación supletoria del CPC.

Entendemos, por supuesto, que esto se matiza sustancialmente por la aplicación de las reglas de la sana crítica en la valoración de la prueba por parte del TDLC, pero ello no resuelve el problema estructural, en especial si se considera el método “holístico” de apreciación de la prueba utilizado por el TDLC.

Tener potencialmente por confeso a quién ha tomado la decisión de defenderse no parece adecuado desde el punto de vista del pleno ejercicio del derecho a defensa: si esa parte decidió no hacer uso de los mecanismos voluntarios de colaboración desde el inicio de la investigación, esa decisión no debiera transformarse en una carga. En consecuencia, la estrategia de defensa no debiera alterarse en beneficio de la autoridad por medio del trasplante, sin más, de instituciones procesales civiles a procesos de naturaleza sancionatoria que, indiscutiblemente en el caso de la colusión, constituyen la precuela de un posible proceso penal.

Es una obviedad a estas alturas sostener y defender la delación como la principal herramienta para desestabilizar, detectar y perseguir carteles. Para fortalecer esta herramienta, hace casi 10 años se consagró un tipo penal que ha servido como una amenaza (y hasta ahora solo amenaza) para incentivar la delación, pero no nos parece aceptable fortalecerla a costa del peligro de que, si no se colabora mediante una delación, se pueda forzar tener por confeso a esa parte ante el TDLC.



Este documento se encuentra sujeto a los términos y condiciones de uso disponibles en nuestro sitio web:

<http://www.centrocompetencia.com/terminos-y-condiciones/>

Cómo citar este artículo:

Tomás Pérez Lasserre y Matías Carrasco Silva, "Algunas reflexiones sobre el diseño de incentivos a la colaboración con la FNE: la decisión del Tribunal Constitucional en el Caso Colusión de Empresas de Transporte de Valores", *Investigaciones CeCo* (enero, 2026),

<http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>

Envíanos tus comentarios y sugerencias a info@centrocompetencia.com
CentroCompetencia UAI – Av. Presidente Errázuriz 3485, Las Condes, Santiago de Chile