



PONTIFICIA  
UNIVERSIDAD  
CATÓLICA  
DE CHILE

## El denunciante reservado<sup>1</sup>

**PROGRAMA UC | LIBRE COMPETENCIA**

**ANTITRUST RESEARCH LAB**  
**Nº 2/ Junio 2020**

---

<sup>1</sup> Documento elaborado por Pedro Rencoret Gutiérrez. Abogado y Máster en Derecho de la Universidad de Chicago. Profesor de Derecho Procesal en la Pontificia Universidad Católica de Chile y profesor del Diplomado en Libre Competencia de la misma casa de estudios. El autor agradece los aportes y comentarios de Mariano Pola, Julio Pellegrini, Diego Ramos y Miguel Schürmann.

## 1. Introducción

Una de las principales novedades del “Proyecto de ley que fortalece la investigación y persecución de carteles y que aumenta las penas para el delito de colusión” (Boletín N° 13.312-03) consiste en introducir a nuestro ordenamiento jurídico la figura del denunciante reservado para la denuncia de conductas anticompetitivas (conocida como *whistle-blower* o *soplón* en el derecho comparado).

Esta medida es sumamente positiva y una eficaz herramienta para detectar eventuales ilícitos. Sin embargo, la propuesta del Proyecto no introduce muchos cambios respecto a la realidad actual. Si realmente se quiere promover la persecución de actos anticompetitivos, debe ser complementada y fortalecida. Además, la figura del denunciante reservado plantea una serie de desafíos pendientes de resolver.

## 2. La propuesta del Proyecto

Las colusiones son eminentemente secretas. Hoy es sabido por todos la gravedad de este ilícito y las altas sanciones con que se castigan. Por ello, sus participantes se esfuerzan cada vez más por mantenerlas ocultas, de lo que se sigue que sea acotado el número de personas que toma conocimiento de ellas, haciéndolas más difíciles de detectar.

Frente a este escenario, el legislador ha buscado crear herramientas para que se denuncien los actos colusorios. El ejemplo más emblemático es la delación compensada, con la cual se crean incentivos para que los *miembros* de un cartel lo delaten, a cambio de eximirse u obtener una reducción de las gravísimas sanciones a las que están expuestos.

Sin embargo, hoy no existen incentivos para que tales ilícitos sean delatados por personas que *no son miembros* de un cartel, pero que igualmente tienen conocimiento e incluso pruebas de su existencia. No existen beneficios asociados a reportar un cartel y, por el contrario, el denunciante se expone a sufrir represalias, especialmente de la misma empresa en la que trabaja o del resto de su industria. Incluso podría enfrentar un reproche social por el hecho de denunciar.

Pues bien, el Proyecto pretende crear incentivos para que las personas que no son miembros de un cartel lo denuncien. En concreto, el Proyecto *hace obligatorio para la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”) resguardar la identidad de quienes denuncien la existencia de conductas anticompetitivas* cuando se lo soliciten. Más aún, le exige *adoptar medidas*

*para que la identidad y los datos que permitan identificar al denunciante no consten en el expediente, evitando que a futuro esta persona pueda ser objeto de las consecuencias negativas que trae conocer la identidad del denunciante de un acto anticompetitivo.*

Es interesante notar que actualmente la figura del denunciante reservado en los hechos ya existe, porque la FNE históricamente ha mantenido bajo estricta confidencialidad la identidad de los denunciantes que así se lo solicitan. Esta es una decisión muy acertada y que ha defendido férreamente. Ni siquiera entrega versiones públicas de las denuncias. Además, quienes han intentado impugnar esta medida han fracasado, pues el Consejo de Transparencia consistentemente ha ratificado el criterio de la FNE. En síntesis, la jurisprudencia confirma que “la comunicación de la identidad de los denunciantes inhibiría a éstos de formular nuevas denuncias, pudiendo dañar el canal establecido por el organismo para recepcionar insumos esenciales para el ejercicio de sus funciones”.<sup>2</sup> Permitir que se conozca la identidad del denunciante afectaría el debido cumplimiento de las funciones de la fiscalía, “pues conllevaría a que la FNE pierda una fuente directa de información con la que hasta ahora cuenta para el ejercicio de sus funciones.”<sup>3</sup> Más aún, la reserva de la identidad del denunciante se mantiene “independientemente de los méritos o utilidad de los antecedentes presentados por los particulares en el contexto de sus denuncias.”<sup>4</sup>

Ahora, sin perjuicio de que se trata de una figura que no es completamente novedosa ni ajena a nuestra realidad, debe destacarse en todo caso que la medida propuesta en el Proyecto es positiva y es deseable que sea reconocida en el Decreto Ley N° 211 (“DL 211”), pues trae los siguientes beneficios:

- a. Reconocer legalmente la figura le entrega certeza jurídica a los denunciantes al asegurar la confidencialidad absoluta de su identidad, lo que fomentaría la presentación de denuncias. Además, dispone resguardos concretos que se deben adoptar en el expediente y reduce la discrecionalidad de la Fiscalía en esta materia.
- b. La figura permite proteger la identidad de quien denuncie cualquier conducta anticompetitiva, ampliando sus beneficios no sólo a la detección de carteles.

---

<sup>2</sup> Consejo para la Transparencia, decisión de amparo Rol C4378-17. En igual sentido, decisiones de amparos Roles A520-09, C567-09 y C56-10.

<sup>3</sup> Id.

<sup>4</sup> Id.

- c. Esta regulación busca inhibir la presentación de denuncias maliciosas, porque establece sanciones penales para el caso de que, *a sabiendas*, se presente una *denuncia fundada en antecedentes falsos o fraudulentos, con el propósito de perjudicar a otros agentes económicos*. Esto es positivo porque las denuncias maliciosas causan un gravísimo daño a los actores denunciados y representan un gasto innecesario de recursos de la administración.

### 3. Comentarios y propuestas

Si bien introducir la figura del denunciante anónimo es algo positivo, la regulación propuesta necesita ser fortalecida y complementada para que sea verdaderamente efectiva en la persecución de actos anticompetitivos. Asimismo, plantea desafíos a considerar durante la tramitación legislativa del Proyecto y para su adecuada implementación en la práctica.

#### 3.1. ¿Con o sin recompensa?

El proyecto propone un sistema que protege la identidad del denunciante, pero no contempla la posibilidad de que se le entreguen premios o incentivos monetarios (también conocido como modelo europeo o *protection model*). En contraposición, existen otros países donde se permite que el denunciante pueda recibir una compensación económica (*bounty model*). La elección de uno u otro sistema ha generado bastante debate, habiendo buenas razones para adoptar cualquiera de ellos.<sup>5</sup>

La propuesta del Proyecto, sin recompensa, es apoyada por el Fiscal Nacional Económico, Sr. Ricardo Riesco, quien además señala que sería lo recomendado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico ("OCDE") y la International Competition Network;<sup>6</sup> y también es defendida por el ex presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ("TDLC"), Sr. Tomás Menchaca.<sup>7</sup> Varios países contemplan

---

<sup>5</sup> Ver, e.g., Sullivan, Ball & Klebolt (2011).

<sup>6</sup> Ver presentación del Fiscal Nacional Económico, Sr. Ricardo Riesco, ante la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados en: <https://www.youtube.com/watch?v=J1CbcTBAPAQ&list=PLNwLNrmA4-qP0-YM-3pP36QnTxEBnHHR&index=135&t=7345s>. Ver también Centro de Competencia de la Universidad Adolfo Ibáñez, *El Proyecto Anti-Colusión del 2020 y su defensa por el Fiscal Nacional Económico*, 20 de mayo de 2020, <https://centrocompetencia.com/el-proyecto-anti-colusion-del-2020-y-su-defensa-por-el-fiscal-nacional-economico/>. De todas formas, se debe agregar que no necesariamente la descartan (e.g., ver [https://centrocedec.files.wordpress.com/2015/07/chapter-4\\_cartel-case-initiation-2010.pdf](https://centrocedec.files.wordpress.com/2015/07/chapter-4_cartel-case-initiation-2010.pdf))

<sup>7</sup> Por ejemplo, en contra de la remuneración de los denunciantes se manifestó el ex presidente del TDLC, Sr. Tomás Menchaca, quien declaró al diario El Mercurio lo siguiente: "Me parece un poco complejo porque puede incentivar en exceso las denuncias temerarias o incluso para ganarse unos pesos. En mi concepto, no es necesario efectuar pagos, no parece necesario ni justificable". Véase "Gobierno propondrá pagar recompensas a quienes denuncien anónimamente delitos de colusión". *El Mercurio, Economía y Negocios*, (miércoles 11 de diciembre de 2019), página B 6.

esta modalidad, como es el caso de Francia, Holanda, Italia y desde marzo de 2017 es la opción adoptada por la Unión Europea<sup>8</sup>.

Las razones para excluir la entrega de recompensas son principalmente cuatro:

- a. Evitar la presentación de denuncias infundadas, que, sin actuar de mala fe, estén motivadas por la esperanza de obtener alguna ganancia; o bien, derechamente evitar todo tipo de denuncias de mala fe, que no se alcanzan a inhibir por la amenaza de sanciones penales dado que puede ser difícil acreditar esta circunstancia.<sup>9</sup>
- b. El mayor gasto de recursos que significaría para la FNE tramitar la mayor cantidad de peticiones que se presentarían.<sup>10</sup> Además, el Fiscal Nacional Económico destaca que este aumento en los gastos no se compensaría con la calidad de la información que se supone se va a obtener,<sup>11</sup> por lo que resultaría injustificado.
- c. Se corre el riesgo de motivar conspiraciones internas en las empresas, hechas por ejecutivos con el objeto de inducir a que éstas incurran en conductas anticompetitivas para luego denunciarlas y cobrar la recompensa.<sup>12</sup>
- d. No existiría significativa experiencia en derecho comparado que acredite la efectividad del *bounty model* aplicado a la libre competencia. Hasta ahora, el sistema recomendado se ha usado principalmente para perseguir prácticas anticorrupción, siendo pocos los países que la han introducido en el derecho de la competencia.

En contraste, existen expertos que están a favor de introducir en Chile un modelo que, además de garantizar el anonimato, ofrezca recompensas a los denunciantes. Por ejemplo, así lo informó el año 2015 el Centro de Regulación y Competencia de la Universidad de Chile ("RegCom"); también lo propusimos en un informe que el año 2017 elaboramos en la Comisión de Estudio para una Nueva Codificación Comercial;<sup>13</sup> y esta

---

<sup>8</sup> European Commission, *Anonymous Whistleblower Tool*, <https://ec.europa.eu/competition/cartels/whistleblower/index.html>; ver también European Commission (2018).

<sup>9</sup> Ver Crumplar (1975), pp. 100-101.

<sup>10</sup> Kovacic (2001), p. 794.

<sup>11</sup> Ver nota al pie 6.

<sup>12</sup> Kovacic (2001), p. 795 ("An insider might conclude that, by allowing misconduct to continue, the total size of recoverable penalties will increase and will boost the award obtained by the insider. Rather than oppose or report misconduct at early stages of the cartel, the insider might wait until the harm increases"). Ver también Crumplar (1975), p. 101.

<sup>13</sup> Informe de la Séptima Subcomisión Derecho de la Competencia y Derecho del Consumidor, de la Comisión de Estudio para una Nueva Codificación Comercial organizada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (Marzo 2017), p. 14, <http://codificacioncomercial.cl/wp-content/uploads/2017/05/Informe-Preliminar->

postura ha sido defendida por expertos como el profesor Francisco Agüero<sup>14</sup> y el ex ministro del TDLC Sr. Javier Tapia.<sup>15</sup>

Este modelo recompensado o remunerado ofrece diversos beneficios:<sup>16</sup>

a. Aumenta los incentivos a denunciar. Como es evidente, el principal efecto de esta medida es que un denunciante tendrá mayores incentivos para denunciar infracciones a la libre competencia si, además de no sufrir represalia, tiene la posibilidad de percibir un pago en dinero. Ello permitiría compensar los costos de denunciar y, eventualmente, le permitiría obtener un beneficio económico.

En el sistema chileno, si bien el aumento en las denuncias podría significar un incremento en gastos para la FNE, este efecto se podría mitigar incorporando un examen de admisibilidad que permita a la fiscalía descartar las denuncias que carezcan de sustento suficiente para iniciar una investigación, de manera más flexible y discrecional que el actualmente existente en el artículo 41 del DL 211.

b. Aumenta la disuasión de actos anticompetitivos. Al aumentar los incentivos para que los conocedores de una infracción la denuncien, se crea inestabilidad a los miembros de un cartel u otro acto anticompetitivo, de la misma forma que lo hace la delación compensada. También se aumenta la disuasión al incrementar la cantidad de potenciales denunciadores.<sup>17</sup> En términos de análisis económico del derecho, se aumenta la probabilidad de detección y también los costos del cartel (por ejemplo, los infractores tendrán que tomar medidas para evitar que sea conocido, como reducir la cantidad de participantes, esforzarse por ocultarlo, y acotar su ámbito de acción), inhibiendo su ejecución al reducirse la ganancia esperada.<sup>18</sup>

c. Mejora la calidad de las denuncias. Para poder optar a la recompensa, es indispensable que la denuncia cumpla con requisitos ineludibles, como lo es estar debidamente sustentada y aportar información que permita el descubrimiento de los hechos. No podría obtenerse la

---

[7Subcomision.pdf](#) ("Adicionalmente, en materia de enforcement de prácticas anticompetitivas –carteles, esencialmente- es posible considerar mecanismos de whistleblowing que recompensen la entrega individual de información sobre existencia de este tipo de acuerdos, considerando mecanismos de incentivos para quienes denuncian este tipo de acuerdos").

<sup>14</sup> RegCom (2015).

<sup>15</sup> El entonces ministro del TDLC, Sr. Javier Tapia, en una columna escrita para el diario La Tercera 9 indicó que para que la figura del denunciante anónimo sea "un aporte al sistema" es necesario que se entregue "una buena recompensa". Tapia (2019).

<sup>16</sup> Ver también Sullivan, Ball & Klebolt (2011); RegCom (2015), pp. 3-4; Al-Ameen (2014), p. 181.

<sup>17</sup> Rubinfeld (2016), p. 99; Libit, Freier & Draney (2014).

<sup>18</sup> Kovacic (2001), p. 774 y 781.

recompensa si se trata de antecedentes sobre una investigación ya en curso o, al menos, debe entregar antecedentes que de otra forma no se habrían obtenido.<sup>19</sup>

- d. Se fortalece el *enforcement* público y privado. Respecto al *enforcement* público, dado que un requisito para obtener una recompensa será aportar prueba conducente a acreditar la conducta, la labor de la FNE se vería beneficiada al recibir más denuncias y con mejores evidencias.

Además, el *enforcement* privado también puede verse beneficiado. Esto pues, si la FNE decide desestimar la denuncia, el modelo recompensado podría considerar la opción de que se permita al propio denunciante seguir adelante, persiguiendo por su cuenta la infracción ante los tribunales. Por ejemplo, así ocurre en Estados Unidos con las acciones *qui tam*. De hecho, el sistema norteamericano considera que en ese caso el premio máximo al que puede optar el denunciante sube de 25% a 30%.<sup>20</sup>

- e. El sistema no implica gasto fiscal, porque la recompensa puede ser pagada con parte de la multa; y, por el contrario, podría incrementar los ingresos del Estado, porque, al subir el *enforcement*, el resultado será que hay más casos, más condenas y, por lo mismo, más y mayores multas a beneficio fiscal. Así lo resume muy bien la autoridad norteamericana, al destacar que quienes más se benefician con las denuncias que presentan los *whistleblowers* son precisamente los contribuyentes.<sup>21</sup>
- f. La recompensa constituye una garantía, en el caso de ausencia de medidas de protección laboral, como ocurre con la versión actual del Proyecto. Más aún, dado que puede ser difícil asegurar estabilidad laboral al denunciante (podría ser objeto de represalias difíciles de acreditar), la recompensa aparece como necesaria para el costo que podría enfrentar en caso de que se sepa su identidad. Sin medidas de protección laboral, un régimen sin recompensa se ve muy debilitado.

El modelo de soplón recompensado ha sido implementado en países como Estados Unidos, Reino Unido, Corea del Sur, Taiwán, Hungría y Pakistán.

---

<sup>19</sup> Kovacic (2001), p. 774 y 781.

<sup>20</sup> Respecto a las complejidades, ventajas y costos de optar por un modelo que sólo entregue recompensas por aportar pruebas versus otro en que además se le permita al denunciante demandar directamente, véase Engstrom, Freeman (2013).

<sup>21</sup> Department of Justice, *Justice Department Recovers over \$3 Billion from False Claims Act Cases in Fiscal Year 2019*, 9 de enero de 2020, <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-recovers-over-3-billion-false-claims-act-cases-fiscal-year-2019> (declaración de la Assistant Attorney General Hunt: "Taxpayers have benefitted greatly from these individuals who are often required to make substantial sacrifices to bring these schemes to light").

De los países mencionados, el con más experiencia en esta materia es Estados Unidos, pero de ellos es el único que no lo aplica en libre competencia, sino que, en ámbitos como fraude al fisco, impuestos y mercado de valores, con buenos resultados. Por ejemplo, el *Department of Justice* informa que en el año 2019 se recuperaron más de USD \$2,1 billones por casos de fraude al Estado gracias a *whistleblowers*, y estas personas recibieron en total premios por USD \$265 millones. Los premios más altos entregados a denunciantes ha sido USD \$250 millones en el caso de fraudes;<sup>22</sup> USD \$104 millones en el ámbito de los impuestos (“IFRS”);<sup>23</sup> y USD \$50 millones por infracciones en el mercado de valores (“SEC”).<sup>24</sup> En cuanto a la carga de trabajo, el 2019 se presentaron 633 demandas *qui tam*, esto es, hubo 12 nuevas demandas cada semana.<sup>25-26</sup> Por lo mismo, ya son varios los académicos destacados que proponen expandir su aplicación a la libre competencia.<sup>27</sup>

Reino Unido (desde 2008) y Corea del Sur (desde 2002) son de los pocos países donde este modelo ha sido introducido para denunciar infracciones a la libre competencia y de los que contamos con algo de registro para ser analizado en este artículo. Si bien la experiencia es reciente, los datos sugieren que esta herramienta ha contribuido a aumentar la detección de carteles. Por ejemplo, para el Reino Unido la *Competition and Markets Authority* (“CMA”) ha informado que el año 2018 recibió 556 denuncias de carteles, lo que representó un incremento de 18% respecto al año anterior. Además, esta cifra es 2,5 veces superior a la cantidad de denuncias recibidas el año 2014, que es cuando la CMA comenzó a operar tras la fusión entre la *Competition Commission* y la *Office of Fair Trading*.<sup>28</sup>

En el caso de Corea del Sur, son pocos los datos disponibles dada la confidencialidad con que la autoridad trata esta información, pero se han desbaratado varios carteles gracias a la labor de denunciantes anónimos, entregándose recompensas por USD \$46,000 y USD \$ 197,000.<sup>29</sup>

---

<sup>22</sup> <https://www.justice.gov/opa/pr/glaxosmithkline-plead-guilty-and-pay-3-billion-resolve-fraud-allegations-and-failure-report>

<sup>23</sup> <https://www.nytimes.com/2012/09/12/business/whistle-blower-awarded-104-million-by-irs.html>

<sup>24</sup> <https://www.sec.gov/page/whistleblower-100million>

<sup>25</sup> Department of Justice, *Justice Department Recovers over \$3 Billion from False Claims Act Cases in Fiscal Year 2019*, 9 de enero de 2020, <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-recovers-over-3-billion-false-claims-act-cases-fiscal-year-2019>

<sup>26</sup> Ver [https://www.zuckermanlaw.com/sp\\_faq/what-is-a-whistleblower-reward/](https://www.zuckermanlaw.com/sp_faq/what-is-a-whistleblower-reward/)

<sup>27</sup> Ver Crumplar (1975); Kovacic (2007); Kovacic (2001); Sullivan, Ball & Klebolt (2011); Rubinfeld (2016).

<sup>28</sup> Financial Times, *Number of whistleblowing reports on UK cartels up 18% last year*, <https://www.ft.com/content/bd41277c-7d54-11e9-81d2-f785092ab560>. Ver también <https://www.competitionpolicyinternational.com/uk-carter-reported-up-18/>

<sup>29</sup> Stephan (2014), p. 5.

En línea con lo anterior, existen estudios que demuestran una fuerte correlación entre la entrega de recompensas al *whistleblower* con un aumento en las denuncias de carteles.<sup>30</sup>

Finalmente, en el derecho comparado es posible encontrar que el tipo de recompensa ofrecido pueden consistir en dos principales alternativas: un porcentaje de la multa o un monto determinado prudencialmente por la autoridad.<sup>31</sup> A modo meramente referencial, considérense los siguientes ejemplos:<sup>32</sup>

EEUU	Entre 15% y 30%
UK	Hasta £100.000 (USD 125.000)
Corea	Hasta 3.000.000.000 won (USD 2,8 millones)
Canadá	15%, con límite de CD 5 millones (USD 3,7 millones)
Hungría	Hasta 50.000.000 HUF (USD 224.000)
Pakistán	200.000-500.000 Pak Rs (USD 1.900-4.700)
Taiwán	Hasta 20%

### 3.2. Proteger al denunciante

Con independencia de si el modelo que se elija incluya o no el pago de recompensas, la figura del denunciante reservado propuesta en el Proyecto necesita ser complementada a fin de generar incentivos que motiven a denunciar a quienes tengan conocimiento de un cartel u otro acto anticompetitivo. Como se explicó, aparte del anonimato (que ya existe), el Proyecto no ofrece ningún otro beneficio ni garantía a los potenciales denunciadores.

Una medida que se podría considerar entregar protección laboral, como ocurre en Reino Unido, Estados Unidos, Francia e Italia.<sup>33</sup> Por ejemplo, en Estados Unidos se dispone que el denunciante debe ser reparado de todo daño que se le cause por el hecho de haber denunciado, incluyendo el

<sup>30</sup> Rubinfeld (2016), p. 99.

<sup>31</sup> En Estados Unidos se paga una recompensa mínima del 15% de la multa o monto recuperado, con un techo del 25%. En los casos que la autoridad opte por no perseguir o sancionar, si el denunciante lo hace por su cuenta el piso mínimo sube a 25% y el techo hasta el 30%. Ver 31 U.S. Code § 3730 (d) Award to Qui Tam Plaintiff, <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/31/3730>.

<sup>32</sup> Para USA, ver Id.; Braithwaite (2008), p. 67, citado por RegCom (2015), p. 9; y Freshfields Bruckhaus Deringer LLP (2019), p. 7. Para Reino Unido, ver Financial Times, *Number of whistleblowing reports on UK cartels up 18% last year*, por Barney Thompson, 27 de mayo de 2020. Para Hungría y Pakistán, ver Maslen (2018). Para Corea del Sur, ver Spagnolo & Nyrreröd (2018). Para Taiwán, ver Tapia (2019).

<sup>33</sup> Freshfields Bruckhaus Deringer LLP (2019), p.2.

derecho a recuperar su puesto de trabajo en caso de haber sido despedido, y que se le paguen duplicadas las remuneraciones faltantes, con intereses y los gastos de haber litigado.<sup>34</sup>

Asimismo, para asegurar el anonimato del denunciante, se le debe permitir formular su denuncia a través de un abogado, como ocurre con las acciones *qui tam* en Estados Unidos. Otro complemento que proponemos podría ser establecer sanciones contra quienes que, si por alguna razón llegan a conocer la identidad del denunciante, apliquen represalias contra aquél.

Al respecto, es útil mencionar que se ha discutido si las recompensas deben ser entregadas únicamente a personas naturales o también a las empresas, habiendo buenas razones para adoptar una o ambas opciones. A favor de esto último, se ha señalado que ello contribuiría a fortalecer los programas de cumplimiento y además ayudaría a que la denuncia se nutra con más y mejores pruebas.<sup>35</sup> Sin embargo, hay evidencia de que sugiere que las recompensas para individuos pueden ser más efectivas que aquéllas para empresas.<sup>36</sup>

### 3.3. Desafíos y límites procesales

La introducción con rango legal de la figura del denunciante reservado hace forzoso despejar dudas respecto a hasta dónde se puede extender dicha confidencialidad en relación a los medios de prueba que aquel aporte.

En este sentido, cabe recordar que en el “Caso del Confort”, la Corte Suprema estableció que un sentenciador en esta sede no puede alcanzar su convicción sobre la base de declaraciones testimoniales que correspondan a dichos de personas que depongan ante la FNE en calidad de testigos protegidos y cuyas identidades se mantengan en reserva a lo largo de la investigación llevada a cabo por dicho ente estatal.

La Corte Suprema precisó que, si bien es posible emplear testigos en carácter reservado durante la etapa de averiguación, “para que el tribunal pueda emplear sus testimonios en el juzgamiento de las conductas pesquisadas, esto es, en la sentencia propiamente dicha, debe develar su identidad, señalando los datos necesarios para que los intervinientes tengan

---

<sup>34</sup> Kovacic (2001), p. 772.

<sup>35</sup> Tapia (2019).

<sup>36</sup> Aubert, Rey & Kovacic (2006).

suficiente conocimiento de sus datos personales, pues de lo contrario se estaría vulnerando el derecho a defensa de las partes".<sup>37</sup>

De hecho, el criterio sostenido por la Sala Penal de la Corte Suprema ha sido que utilizar dichos de testigos de identidad reservada como antecedente probatorio para adoptar la decisión definitiva vulnera el debido proceso garantizado por la Constitución Política de la República, en su faz del legítimo derecho a defensa.<sup>38</sup>

Incluso más, cabe recordar que el Chile ya ha sido sancionado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos por vulnerar el derecho a defensa de las víctimas al presentar en procesos penales a testigos protegidos, en relación precisamente a la reserva de su identidad,<sup>39</sup> lo que hace aún más justificado este comentario.

Lo anterior no significa que siempre se tenga que revelar la identidad del denunciante durante el juicio, por el contrario, ésta debe ser mantenida bajo confidencialidad mientras este último así lo solicite. Incluso, su declaración bajo reserva podría ser considerada un indicio en el juicio, conforme lo dispuesto en el artículo vigésimo segundo inciso segundo del DL 211. Sin embargo, su identidad sí tendrá que ser develada si su testimonio es necesario para que el sentenciador pueda adquirir la convicción de haberse acreditado un acuerdo colusorio u otro acto anticompetitivo basado en esa prueba.

### 3.4. Aplicación en otras áreas legales

Por último, la introducción de la figura del denunciante reservado ofrece beneficios que justifican que ésta se extienda a otros ámbitos, como corrupción, fraude al fisco, mercado de valores y la protección del medio ambiente, entre otros.

En Chile la experiencia en esta materia ha sido escasa e insuficiente. Por ejemplo, según hizo notar el profesor Francisco Agüero, en 1852 la Ley de Telégrafos contempló recompensas para denunciantes de ilícitos al disponer que "[l]as multas que impone esta lei serán la mitad para el denunciante, si lo hubiere, i lo demas o el todo, en su caso, para el fisco". Como es de suponer, esta norma está largamente derogada y desconocemos si tuvo aplicación.

---

<sup>37</sup> Sentencia de la Corte Suprema, Rol de Ingreso N° 1531-2018, de 6 de enero de 2020, considerando 48°.

<sup>38</sup> Ib., citando sentencia de la Corte Suprema dictada en Rol de Ingreso N° 18.443-2016.

<sup>39</sup> Ver *Caso Norín Catrimán y Otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279. El texto íntegro se encuentra disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_279\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf).

Desde entonces, sólo han existido regulaciones parciales en el ámbito de las medidas anticorrupción materia se ha regulado parcialmente a través de la ley N° 20.205, la cual protege al funcionario público que denuncia irregularidades y faltas al principio de probidad. Sin embargo, ésta ha sido ineficaz e insuficiente para combatir la corrupción y comisión de ilícitos. Peor aún, esta legislación es incompleta porque los sujetos a los cuales se dirige se rigen por el Estatuto Administrativo y otros estatutos que hacen referencia a él, quedando excluidos todos los trabajadores regidos por el Código del Trabajo, los ex funcionarios y los trabajadores contratados a honorarios en la Administración Pública, entre otros.<sup>40</sup> Incluso más, en algunos casos la Contraloría General de la República reveló la identidad del funcionario.<sup>41</sup>

## 4. Conclusiones y recomendaciones

La propuesta del Proyecto de incorporar la figura del denunciante reservado resulta destacable y traería beneficios para la persecución de actos anticompetitivos. Sin embargo, la redacción actual no modifica sustancialmente la realidad existente, siendo indispensable que sea complementada para que se convierta en una herramienta efectiva para colaborar en la detección, persecución y sanción de infracciones a la libre competencia, especialmente en lo que se refiere a los carteles. En particular, propongo que se evalúe agregar las siguientes medidas:

1. Entregar una compensación económica al denunciante que aporte información y antecedentes probatorios que permitan detectar, perseguir y sancionar un acto anticompetitivo.
2. La compensación puede ser un porcentaje de la multa, determinado prudencialmente por los sentenciadores, con límites de mínimo 10% y máximo 25% de la sanción impuesta. El monto entregado en cada caso puede ser definido en base a criterios como la utilidad y suficiencia de la información aportada, la colaboración que el denunciante haya prestado a la investigación de la FNE, y, eventualmente, durante el curso del juicio. Además, la FNE puede recomendar el porcentaje a ser aplicado, pues es quien mejor conoce la pertinencia de los antecedentes aportados por el denunciante.
3. Incorporar un examen de admisibilidad que permita a la FNE descartar las denuncias que carezcan de sustento suficiente para iniciar una investigación, de manera más flexible y discrecional que el actualmente

---

<sup>40</sup> RegCom (2015), pp. 3 y 5.

<sup>41</sup> Id.

existente en el artículo 41 del DL 211, evitando así eventuales sobrecargas injustificadas.

4. Entregar protección laboral al denunciante, o bien, establecer sanciones contra quienes que, si por alguna razón llegan a conocer la identidad del denunciante, le apliquen algún tipo de represalia.
5. Permitir al denunciante anónimo formular su denuncia a través de un abogado.
6. Disponer que los tribunales no pueden alcanzar la convicción acerca de la existencia del acto anticompetitivo únicamente basados en la declaración del denunciante, si es que su testimonio se mantiene bajo reserva.
7. Extender la figura del denunciante reservado a otros ámbitos, como corrupción, fraude al fisco, mercado de valores y la protección del medio ambiente, entre otros.

## 5. Bibliografía

1. Al-Ameen, Abayomi. *Antitrust: The Person-centred Approach*, Springer, London, 2014.
2. Aubert, Cecile, Patrick Rey & William E. Kovacic, *The Impact of Leniency and WhistleBlowing Programs on Cartels*, 24 INT'L J. INDUS. ORG. 1241 (2006).
3. Braithwaite, John. *Regulatory Capitalism. How it works, Ideas form making it work better* (Cheltenham y Northampton, Edward Elgar, 2008) p. 67.
4. Comisión de Estudio para una Nueva Codificación Comercial organizada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, *Informe de la Séptima Subcomisión Derecho de la Competencia y Derecho del Consumidor* (Marzo 2017), disponible en: <http://codificacioncomercial.cl/wp-content/uploads/2017/05/Informe-Preliminar-7Subcomision.pdf>
5. Crumplar, Thomas C. *An Alternative To Public and Victim Enforcement of the Federal Securities and Antitrust Laws: Citizen Enforcement*, 13 HARV. J. LEGIS. 76 (1975).
6. European Commission, *Anonymous Whistleblower Tool*, <https://ec.europa.eu/competition/cartels/whistleblower/index.html>
7. European Commission, *Report From The Commission To The European Parliament, The Council, The European Economic And Social Committee And The Committee Of The Regions, Report on Competition Policy 2017*, Brussels, 18.6.2018, COM(2018) 482 final.
8. Freeman, David. *Whither Whistleblowing? Bounty Regimes, Regulatory Context, and the Challenge of Optimal Design* (October 17, 2013). 15 THEORETICAL INQUIRIES IN LAW 605 (2014); Stanford Public Law Working Paper No. 2341808, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2341808>
9. Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, *Whistleblower protection: Global guide*, p. 7. Documento disponible en: <https://www.freshfields.com/49f7fd/globalassets/services-page/people-and-reward/whistleblower-protection-global-guide-may-2019.pdf>
10. Kovacic, William E. *Private Monitoring and Antitrust Enforcement: Paying Informants to Reveal Cartels*, 69 GEO. WASH. L. REV. 766 (2001).
11. Kovacic, William E. *Bounties as Inducements to Identify Cartels*, en EUROPEAN COMPETITION LAW ANNUAL 2006: ENFORCEMENT OF PROHIBITION OF CARTELS 571 (Claus-Dieter Ehlermann & Isabell Ananasiu eds., 2007).

12. Libit, Bill, Todd Freier & Walt Draney, *Elements of an Effective Whistleblower Hotline*, HARVARD LAW SCHOOL FORUM ON CORPORATE GOVERNANCE AND FINANCIAL REGULATION (Oct. 25, 2014), <https://corpgov.law.harvard.edu/2014/10/25/elements-of-an-effective-whistleblower-hotline/>
13. Maslen, Caitlin. *Whistleblower Reward Programmes*, artículo escrito para Transparency International (2018).
14. RegCom - Centro de Regulación y Competencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, *Propuesta de Whistleblower para la Detección de Prácticas de Corrupción y otros Ilícitos*, 9 de abril de 2015, disponible en: <http://www.derecho.uchile.cl/dam/jcr:5ec74cdd-b4d5-486b-9004-ed00b84dbc22/18.pdf>
15. Rubinfeld, Daniel L. *Improving Antitrust Sanctions*, en GLOBAL ANTITRUST ECONOMICS: CURRENT ISSUES IN ANTITRUST AND LAW & ECONOMICS, Concurrences Review, 2016.
16. Spagnolo, Giancarlo y Theo Nyrreröd. *Myths and Numbers on Whistleblower Rewards*, working paper para el Stockholm Institute of Transition Economics (2018), disponible en: <https://www.econstor.eu/handle/10419/204755>
17. Stephan, Andreas. *Is the Korean Innovation of Individual Informant Rewards a Viable Cartel Detection Tool?*, ESRC Centre for Competition Policy & Norwich Law School University of East Anglia CCP Working Paper 14-3 (2014), p. 5, disponible en: <http://competitionpolicy.ac.uk/documents/8158338/8199490/CCP+Working+Paper+14-3.pdf/7a9c1d06-d790-4e83-86bf-d43c68c83d0d>
18. Sullivan, Kevin R., Kate Ball & Sarah Klebolt, *The Potential Impact of Adding a Whistleblower Rewards Provision to ACPERA*, 11 ANTITRUST SOURCE 1 (2011).
19. Tapia, Javier. "El Denunciante Anónimo". El Pulso, La Tercera, (16 de diciembre, 2019), <https://www.latercera.com/pulso/noticia/el-denunciante-anonimo/940352/>