

**Matías  
Nicolás  
Belmonte  
Parra\*\***

**Universidad  
Pompeu Fabra,  
España**

matiasbelmonteparra@gmail.com

Recibido: 05.07.21

Aceptado: 24.07.21

## La delación compensada desde una perspectiva penal

### Leniency policy from a criminal perspective

---

**Resumen:** La criminalización de la colusión implica que la delación compensada, como herramienta de *enforcement* del derecho de libre competencia, debe encontrar también una justificación en el ámbito penal. Acá se sostiene que esa justificación se vincula con los fines del derecho penal, asunción que tiene diversas consecuencias prácticas, algunas de las cuales se desarrollan en este trabajo.

**Palabras clave:** colusión; delación compensada; fines de la pena.

**Abstract:** The criminalization of cartels implies that leniency policy, as an Antitrust Law's enforcement tool, must also find a justification in the criminal sphere. Here it is argued that this justification is linked to the purposes of Criminal Law, an assumption that has various practical consequences, some of which are developed in this work.

**Keywords:** cartels; leniency; justification of punishment.

---

---

\*\* Agradezco a mi Director de Tesis doctoral, Dr. Ramon Ragués i Vallès por la lectura de este trabajo y sus sugerentes comentarios y observaciones, todos los cuales me fueron de mucha utilidad tanto para la reflexión como para la ejecución de este artículo. Cualquier error o defecto es, sin embargo, de mi exclusiva responsabilidad.

Mediante la Ley N° 20.945 de 2016 se decidió incorporar a nuestro ordenamiento jurídico el delito de colusión, y se estableció un sistema de protección conjunta de la libre competencia en los mercados. En efecto, si bien el conocimiento de todos los ilícitos anticompetitivos sigue correspondiendo, según sus atribuciones, a la Fiscalía Nacional Económica (en adelante, FNE) y al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, TDLC) en el marco de un régimen administrativo y jurisdiccional-contencioso, respecto de cierto tipo de colusión (el *hardcore cartel* o cartel duro), su persecución y sanción se ve reforzada por la aplicación de normas penales y la intervención de las autoridades que ejercen sus facultades en sede criminal.

Con el objeto de evitar las ineficiencias y entorpecimientos que podría provocar la existencia de procesos paralelos seguidos contra un determinado cartel por parte de las autoridades de Libre Competencia y las penales, se reguló que estas últimas solo intervendrían una vez que se hubiera establecido la existencia del acuerdo por medio de sentencia definitiva ejecutoriada del TDLC y que la FNE hubiese interpuesto querrela en contra de los responsables, todo lo cual está regulado en el art. 64° del actual texto refundido del Decreto Ley N° 211 de 1973 (en adelante, DL 211)<sup>1</sup>.

Esta regulación de las competencias institucionales es solamente una expresión de una idea más general subyacente a la decisión legislativa de criminalizar la colusión: sin perjuicio de buscar reprochar, mediante el establecimiento de sanciones privativas de libertad, de manera adecuada el ilícito más grave en contra de la libre competencia y disuadir de incurrir en este, no se podía perder nada de lo que se había ganado en el

camino, consistente en un régimen de derecho de libre competencia vigoroso y eficaz que ha logrado detectar y desbaratar diversos acuerdos colusorios.

Este régimen jurídico ha logrado transmitir a todos los agentes económicos la necesidad de comportarse correctamente o, en el peor de los casos, de asumir el riesgo de ser detectados y sancionados firmemente. Y es que mientras la FNE cuenta con herramientas de investigación en materia de carteles tan intrusivas como la entrada y registro de recintos públicos y privados, la incautación de documentos y la interceptación de comunicaciones, entre otras, el TDLC puede no solamente imponer multas a personas naturales y jurídicas, sino que, además, puede ordenar la disolución de sociedades y corporaciones y prohibir la contratación con órganos de la Administración del Estado<sup>2</sup>.

La mayor evidencia de la cautela del legislador al momento de proteger una orgánica administrativa que funciona correctamente se aprecia de forma muy concreta en relación con el tratamiento de la delación compensada (institución conocida como *leniency policy* o *amnesty policy* en EE. UU. —jurisdicción de la cual es originaria— y demás países angloparlantes, y como “programas de clemencia” en la mayoría de los países de habla hispana) introducida al DL 211 en el año 2009 mediante la Ley N° 20.361.

El objetivo de la delación compensada es incentivar la colaboración de los agentes económicos responsables de haberse coludido, ofreciendo beneficios tales como, en la actualidad, la exención de sanción de multa y disolución al primero que acuda a entregar antecedentes sobre el hecho ilícito, y la reducción para quien llegue en segundo lugar, siempre que se cumplan otras

<sup>1</sup> Consideraciones más detalladas acerca de la evolución de la prohibición de la colusión en Chile se encuentran en Artaza, Santelices y Belmonte (2020), pp. 37-43.

<sup>2</sup> La Ley N° 20.945 de 2016, además, aumentó los montos máximos de multa que el TDLC puede imponer en su sentencia. De montos que tenían topes fijos (30.000 Unidades Tributarias Anuales, “UTA”, en casos de colusión) se pasó a multas establecidas en relación a parámetros dinámicos (hasta el 30% de las ventas del infractor en la línea de productos o servicios asociada a la infracción o al doble del beneficio económico reportado por la colusión), y quedó un tope fijo, en todo caso mucho más alto que el previamente existente, solo para casos en que no sea posible determinar ventas ni beneficio económico (hasta 60.000 UTA).

condiciones de calidad y oportunidad detalladas en el art. 39° bis del DL 211<sup>3</sup>. Una vez que la FNE constata que estos requisitos se cumplen, al momento de interponer requerimiento ante el TDLC, individualiza a los agentes económicos a los que se les debe reconocer el beneficio de exención y/o reducción, decisión que el TDLC debe respetar por regla general. El uso de esta facultad ha permitido la detección y persecución de carteles en diversas industrias tales como medicamentos, productos de papel *tissue* y compañías navieras, entre otras.

Al momento de criminalizar la colusión, se hizo presente el posible riesgo de que la delación compensada pudiera verse afectada toda vez que el incentivo a colaborar con

la autoridad podría tornarse inexistente si los ejecutivos responsables enfrentasen sanciones privativas de libertad, aunque la empresa a la cual representaban quedara exenta de sanción de multa y disolución. En un contexto en que el derecho de libre competencia ha demostrado una preferencia por la persecución de personas jurídicas y, al contrario, el reproche del derecho penal se dirige contra personas naturales, este era un escenario probable<sup>4</sup>.

De tal manera, se decidió que los beneficios de la delación compensada fueran trasladados también a la sede penal: a los ejecutivos que formen parte del primer agente económico que se hubiera sometido

---

<sup>3</sup> El art. 39° bis del DL 211 dispone: "El que intervenga en alguna de las conductas previstas en la letra a) del artículo 3° podrá ser eximido de la disolución contemplada en la letra b) del artículo 26 y obtener una exención o reducción de la multa a que se refiere la letra c) de dicho artículo, en su caso, cuando aporte a la Fiscalía Nacional Económica antecedentes que conduzcan a la acreditación de dicha conducta y a la determinación de los responsables.- Para acceder a uno de estos beneficios, quien intervenga en la conducta deberá cumplir los siguientes requisitos:

"1.- Proporcionar antecedentes precisos, veraces y comprobables que representen un aporte efectivo a la constitución de elementos de prueba suficientes para fundar un requerimiento ante el Tribunal;

"2.- Abstenerse de divulgar la solicitud de estos beneficios hasta que la Fiscalía haya formulado el requerimiento u ordene archivar los antecedentes de la solicitud, salvo que la Fiscalía autorice expresamente su divulgación, y

"3.- Poner fin a su participación en la conducta inmediatamente después de presentar su solicitud.

"Para acceder a la exención de la disolución o multa, en su caso, además de cumplir los requisitos señalados en el inciso anterior, quien intervenga en la conducta deberá ser el primero que aporte los antecedentes a la Fiscalía, dentro del grupo de responsables de la conducta imputada.

"Para acceder a una reducción de la multa, además de cumplir los requisitos señalados en el inciso segundo, quien intervenga en la conducta deberá aportar antecedentes adicionales a los presentados por el primero que haya acompañado antecedentes a la Fiscalía en virtud de este artículo. En todo caso, la rebaja de la multa que solicite el Fiscal en su requerimiento se limitará exclusivamente al segundo que haya aportado antecedentes y no podrá ser superior al 50% de la multa que de otro modo habría sido solicitada.

"En su requerimiento el Fiscal individualizará a cada interviniente en la conducta que haya cumplido con los requisitos para acceder a cualquiera de los beneficios a que se refiere el inciso primero. Si el Tribunal diere por acreditada la conducta, no podrá aplicar la disolución o multa a quien haya sido individualizado como beneficiario de una exención, como tampoco una multa mayor a la solicitada por el Fiscal a quien haya sido individualizado como acreedor de una reducción de esta, salvo que se acredite durante el proceso que dicho acreedor fue el organizador de la conducta ilícita coaccionando a los demás a participar en ella.

"Quien alegue la existencia de la conducta prevista en la letra a) del artículo 3°, fundada a sabiendas en antecedentes falsos o fraudulentos con el propósito de perjudicar a otros agentes económicos acogiendo a los beneficios de este artículo, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado máximo.

"Las investigaciones de los hechos constitutivos de dicho delito sólo serán iniciadas por querrela formulada por la Fiscalía Nacional Económica, sin que sea aplicable, para estos efectos, lo dispuesto en el artículo 166 del Código Procesal Penal.

"La solicitud de los beneficios contemplados en el presente artículo constituirá un hecho o información esencial para los efectos de lo establecido en el inciso segundo del artículo 10 de la ley N°18.045, de Mercado de Valores, respecto de aquellas entidades que están inscritas en el Registro de Valores al que se refiere la misma ley. Tanto la existencia de la referida solicitud como su contenido constituirán hechos o antecedentes reservados, en los términos del inciso tercero del mismo artículo.

"En ningún caso este régimen de exenciones o reducciones podrá extenderse a la indemnización de los perjuicios que tuviere lugar".

El procedimiento al que se encuentra sometido la tramitación administrativa del beneficio de delación compensada, entre el momento en que un postulante se acerca a la autoridad hasta la concesión definitiva del mismo por parte de la Fiscalía Nacional Económica, en FNE, *Guía Interna sobre Delación Compensada*, 2017, en [https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Guia\\_Delacion\\_Compensada.pdf](https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Guia_Delacion_Compensada.pdf).

<sup>4</sup> Una buena síntesis de las distintas perspectivas críticas que suscitaba la criminalización de la colusión, desde el prisma de autores de derecho de libre competencia y derecho penal, se puede encontrar en Bergoing y Sierra (2015).

a delación compensada, se les concede exención de responsabilidad criminal, mientras que a aquellos representantes y dependientes de la segunda empresa (en caso de haber más de dos entidades coludidas) se les reconoce una atenuante privilegiada, siempre que colaboren nuevamente ante el Ministerio Público y tribunal penal en conformidad con el art. 63° del DL 211<sup>5</sup>.

Este traslado que, sin perjuicio de lo que se comentará, parece razonable en atención a la protección del sistema de incentivos que la delación compensada significa para el combate contra los carteles, no ha sido objeto de mayor controversia y la verdad es que el reconocimiento de exenciones de sanción penal a sujetos plenamente responsables está lejos de ser un asunto trivial: ¿es legítimo eximir de sanción penal a quien ha incurrido en un delito por un comportamiento posterior como es la colaboración con la autoridad? Posiblemente, la reducción de sanciones pueda parecer menos extraordinaria, dada la existencia de atenuantes genéricas en similar sentido, pero no ocurre lo mismo con la impunidad.

Adicionalmente, una intuición que antecede a la interrogante expresada y se ve reforzada por la misma

es que el comportamiento del delincuente que delata pareciera ser moralmente incorrecto (lo que explica que las etiquetas con las que se identifique este tipo de actuaciones sean tan negativas como “sapo” en Chile, “chivato” en España y, en términos más generales, “soplón” o, aún más duramente, “traidor”). Siendo así, ¿cómo es posible que el Estado esté dispuesto a comprometerse a entregar impunidad a un traidor?

Por todo lo señalado, la exención de pena al delator merece una aproximación más reflexiva, principalmente porque cuando se trata de la legitimidad de una política pública, está en juego la credibilidad y confianza social de la autoridad y el sistema político en general<sup>6</sup>, más aún en un contexto social extremadamente susceptible a todo lo que pueda ser entendido como un abuso empresarial. En este trabajo, se defenderá la idea de que es posible pensar la delación compensada como una institución coherente con el derecho penal, siempre que se fundamente desde una perspectiva de fines de la pena. Esta posición, además de legitimar la institución en estudio en su aplicación al delito de colusión, permitirá fundamentar las bases que posibiliten su eventual aplicación a otros ámbitos de criminalidad, evitando, por

---

<sup>5</sup> El art. 63° del DL 211 establece: “Estarán exentos de responsabilidad penal por el delito tipificado en el artículo 62 aquellas personas que primero hayan aportado a la Fiscalía Nacional Económica antecedentes de conformidad al artículo 39 bis. El requerimiento del Fiscal Nacional Económico individualizará a las personas exentas de responsabilidad penal y dicha calidad será así declarada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

“Las personas indicadas en el inciso anterior deberán proporcionar al Ministerio Público y al tribunal competente los mismos antecedentes que previamente entregaron a la Fiscalía Nacional Económica, y deberán prestar declaración en calidad de testigo en la forma dispuesta por el artículo 191 del Código Procesal Penal, declaración que será incorporada al juicio oral de la manera prevista en el artículo 331 del mencionado Código.

“Si el testigo legalmente citado no compareciere sin justa causa o se negare a ratificar su declaración prestada ante la Fiscalía Nacional Económica, y así lo declare el juez de garantía competente a petición del Ministerio Público, o incurriere en alguna de las conductas previstas en los artículos 206 o 269 bis del Código Penal, será privado de la exención de responsabilidad penal que establece este artículo. La sanción respectiva se acumulará materialmente a la que corresponda según lo dispuesto en el artículo 62. En contra de la resolución del juez de garantía que privare de la exención de responsabilidad penal procederá el recurso de apelación, que se concederá en ambos efectos.

“Se le rebajará en un grado la pena determinada, según lo que dispone el inciso tercero del artículo 62, a aquellas personas que hayan aportado a la Fiscalía Nacional Económica antecedentes adicionales de conformidad al inciso cuarto del artículo 39 bis. El requerimiento del Fiscal Nacional Económico individualizará a los beneficiarios de rebaja de la pena y dicha calidad será así declarada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

“Respecto de las personas consignadas en el inciso anterior no se aplicará lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 62 cuando comparezcan ante el Ministerio Público y el tribunal competente y ratifiquen su declaración prestada ante la Fiscalía Nacional Económica, salvo que el requerimiento de esta última involucre únicamente a dos competidores entre sí y que uno de dichos competidores tenga la calidad de acreedor del beneficio de exención de multa declarada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en los términos del artículo 39 bis”.

<sup>6</sup> En este sentido, la pérdida de credibilidad social es uno de los defectos que Harding, Beaton-Wells y Edwards acusan como uno de los riesgos de los programas de clemencia, véase Harding, Beaton-Wells & Edwards (2015) pp. 245-249.

el contrario, una explotación inadecuada a contextos en que no resulte razonable<sup>7</sup>.

Asimismo, una vez legitimada la delación compensada, y más allá del diseño legislativo que se ha establecido en particular en relación con la colusión, es posible analizar cómo se puede conjugar esta institución en nuestro marco institucional y procesal penal, instancia en que se generan dudas tales como: ¿qué carácter debiera tener el delator en dicho proceso?, ¿qué significa concretamente que, como dice el DL 211, sea un testigo?, ¿tienen algún valor probatorio su testimonio y antecedentes aportados? Estas interrogantes, como se ve, se vinculan a garantías constitucionales tan asentadas como el principio de no autoincriminación y la presunción de inocencia. Reflexionar sobre estas preguntas no solamente tiene importancia en la valoración sobre el diseño del DL 211 que aún no ha sido puesto a prueba, sino que, todavía más importante, permite trazar las condiciones que deben cuidarse si se quisiera trasladar la delación compensada a otras áreas del derecho penal. Como se verá, en este trabajo solo esbozaremos cuestiones generales a este respecto, que se siguen básicamente de la definición sobre la legitimidad de los programas de clemencia, reservando su tratamiento en detalle a ulteriores desarrollos doctrinarios<sup>8</sup>.

En adelante, pasaremos a examinar el objeto de estudio en el siguiente orden: en primer lugar, realizaremos una aproximación a la delación compensada desde el derecho de libre competencia a efectos de tener una comprensión más cabal acerca de la referida institución que permita comprender el sistema de incentivos que está en juego (2). Luego, veremos los problemas que suscita la criminalización de esta de cara a la justificación de eximir de sanción a un responsable por haber colaborado con la autoridad (3). A continuación, se esbozará el camino que debería seguirse a efectos de legitimar la exención de sanción penal, que en nuestra opinión dice relación con una concepción de la delación compensada como herramienta de política criminal, entendida en su perspectiva de vinculación y satisfacción de los fines de la pena (4). Enseguida, se comentarán algunas consecuencias prácticas de entender la delación compensada como una herramienta que, aunque con lógicas importadas del derecho de libre competencia, es coherente con los fines del derecho penal (5). Finalmente, terminaremos con las conclusiones que arroje nuestro análisis (6).

---

<sup>7</sup> Este abuso se advierte, por ejemplo, en el proyecto de ley ingresado al Congreso a principios de 2020, que busca implementar la delación compensada en relación a delitos comunes que hayan sido cometidos en el marco de la crisis social que ha afectado a nuestro país ("incendio, amenazas, daños, saqueos, barricadas u obstrucción de tránsito"), véase Boletín 13216-07: "Modifica el Código Procesal Penal para eximir de responsabilidad penal, en las condiciones que señala, a quienes proporcionen antecedentes sobre los delitos contra el orden público que indica", en: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=13760&prmBOLETIN=13216-07>.

<sup>8</sup> Sin ir más lejos, en junio de 2020, dirigido por el Dr. Ramon Ragués i Vallès, he defendido y aprobado mi proyecto de tesis doctoral en la Universidad Pompeu Fabra, "Programas de Clemencia. Análisis de su legitimidad en el Derecho penal y eventual aplicabilidad en el ordenamiento español y chileno", trabajo en el que pretendo abordar también estos desafíos de carácter institucional, constitucional y procesal.

# 1. Una aproximación a la delación compensada desde el derecho de libre competencia

La colusión es un esquema por medio del cual los competidores buscan suspender la competencia que entre ellos debería existir por alcanzar mayores cuotas de mercado, a través de un acuerdo<sup>9</sup>. Cuando este acuerdo tiene por objeto variables competitivas tales como la fijación de precios, la afectación de licitaciones, el establecimiento de restricciones de producción o la distribución de mercados, es identificado como un “cartel duro”<sup>10</sup>.

Los carteles duros producen daños en el mercado similares a los de un monopolio, esto es: alzas en los precios que producen una merma directa en los consumidores, aumento de los costos de producción, que generan procesos menos eficientes y pérdida de innovación y desarrollo de calidad de los productos<sup>11</sup>. Solo para tener una referencia de los efectos negativos de este ilícito, en relación con los países en vías de desarrollo, entre los cuales se encuentra Chile, se ha estimado que

las ventas afectadas por los carteles internacionales representan, en promedio, entre un 0,01% y un 3,74% del PIB de este tipo de naciones, mientras que las ganancias en exceso recibidas ilegítimamente por los agentes coludidos llegan hasta un 1% del PIB, lo que produce, en promedio, una disminución del 15% de la producción de los respectivos mercados afectados<sup>12</sup>. Atendido que estos daños no logran ser mitigados ni compensados por ninguna justificación de mercado ni eficiencia, es sencillo comprender que los carteles sean sindicados como la conducta anticompetitiva más dañina y constituyan la principal preocupación de las autoridades de competencia en el mundo<sup>13</sup>.

Considerando el carácter secreto y subrepticio que adoptan los carteles en la actualidad<sup>14</sup>, se han ido incorporando diversas herramientas para combatirlos que dicen relación con facultades intrusivas como las señaladas en la introducción respecto de la FNE, que

<sup>9</sup> En sentido estricto, “colusión” es un término económico que hace referencia a una situación en que las empresas ofrecen sus bienes y servicios a un precio superior al de un mercado competitivo, es decir, más cercano a un precio monopolístico. Cuando esa situación se alcanza por medio de un acuerdo entre los agentes económicos, estamos frente a un cartel, que es el objeto de prohibición del derecho de libre competencia, véase Motta (2004) pp. 137-142. Sin embargo, en el plano jurídico suele usarse el término “colusión” en el sentido de acuerdo anticompetitivo, libertad que se seguirá también en este trabajo.

<sup>10</sup> Es la traducción de aquello que en el derecho angloparlante es conocido como “*Hard core cartel*”. Conforme a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante, OCDE), “*Hard core cartels refers to anticompetitive agreements, concerted practices or arrangements by actual or potential competitors to agree on prices, make rigged bids (collusive tenders), establish output restrictions or quotas, or share or divide markets by, for example, allocating customers, suppliers, territories, or lines of commerce*” (OCDE, 2019, p. 4).

<sup>11</sup> Véase Motta (2004) pp. 39-100, quien asigna a cada uno de estos efectos los conceptos de “ineficiencia distributiva”, “ineficiencia productiva” e “ineficiencia dinámica”, respectivamente.

<sup>12</sup> Ivaldi, Khimich & Jenny (2014). Otras estadísticas, en OCDE (2019) p. 4. En términos muy gráficos, Stephan sostiene que, si se lograra la reducción en un 10% de los precios de los alimentos en virtud de medidas efectivas contra los carteles, se podría sacar de la pobreza a 500.000 personas en Kenia, Sudáfrica y Zambia y ahorrar a los consumidores la cifra de US\$700.000.000 al año, véase Stephan (2017) p. 622.

<sup>13</sup> La Corte Suprema de EE. UU. sindicó a los carteles como “the supreme evil of antitrust”, ver *Verizon Communications*, U.S. Report, 540, 2004. En Chile, tanto el TDLC como la Corte Suprema han transmitido la misma idea en diversas sentencias, solo a modo ejemplar, el máximo tribunal señaló: “la colusión constituye de todas las conductas atentatorias contra la libre competencia la más grave, puesto que importa la coordinación del comportamiento competitivo de las empresas”, Sentencia Corte Suprema, Rol 19.806-2014, 29 de enero de 2015, c. 22°.

<sup>14</sup> En términos de la Comisión Europea: “This has been shown in recent cartels involving the use of code words, encrypted documents, dedicated email accounts and/or dedicated phones. There has also been a significant shift in the type of evidence found and relied upon. Nowadays a handwritten ‘smoking gun’ in hard copy form is unlikely to be found on the desk of one of the company’s employees. Rather than finding such documents, which may have constituted sufficient proof of the cartel, the trend is more towards the piecing together of a huge number of documents to establish the infringement. Furthermore, documents are now almost exclusively in electronic form (...)”, Comisión Europea (2014) p. 9.

más se asemejan a la lucha contra el crimen organizado. En este sentido, ninguna herramienta ha sido más importante para efectos de la detección, persecución y sanción de carteles, a juicio de las autoridades de competencia, que la delación compensada.

La *leniency policy* tuvo su origen en el Departamento de Justicia (DOJ, por sus siglas en inglés) de EE. UU. en el año 1978, pero su desarrollo se afianzó a partir de 1993, año en que el sistema norteamericano introdujo modificaciones relevantes a su programa de clemencia<sup>15</sup>. A partir de dicho año, con el liderazgo permanente de EE. UU., esta política se ha ido importando por diversas jurisdicciones, en la medida que sus bondades han sido reconocidas por autoridades y organismos internacionales como la Comisión Europea, la OCDE, la Red de Competencia Internacional (ICN, por sus siglas en inglés), entre otras, siendo práctica habitual de naciones europeas, latinoamericanas y de otros lugares del mundo. Esto le ha permitido al DOJ asegurar que “ninguna otra herramienta investigativa ha hecho más por revolucionar la lucha contra los carteles”<sup>16</sup>.

La oferta de exención de sanción a aquel miembro del cartel que sea el primero en acudir a la autoridad a entregar información o prueba referidas al acuerdo colusorio parece ser un incentivo muy poderoso, sobre todo en jurisdicciones en que el abanico de sanciones comprende no solamente multas ingentes, sino también la privación de libertad, como es el caso paradigmático de EE. UU.<sup>17</sup>.

Esta política, desarrollada al alero de una visión economicista del derecho sancionatorio, que habría iniciado Becker en la década del 60, considera a las personas como agentes racionales que hacen un cálculo de costo-beneficio, por lo que, para disuadirlos de una decisión de incurrir en un delito, deben aumentarse los costos esperados de esa decisión (Becker, 1968). En el ámbito particular de la colusión, los programas de clemencia fueron analizados desde esta perspectiva por primera vez a inicios del presente siglo por los trabajos de Motta y Polo (2003) y Spagnolo (2004), y llegaron a conclusiones satisfactorias: la delación compensada introduce un elemento desestabilizador que provoca que los carteles existentes sean desbaratados y, más importante aún, genera que la decisión más razonable sea no coludirse, lo que satisface de tal forma la anhelada disuasión.

Sin embargo, a partir de los trabajos comentados precedentemente, la literatura económica se ha pronunciado en una cantidad ingente de estudios, no sencillos de abarcar, de manera alternativamente favorable y contraria al real beneficio que producen los programas de clemencia<sup>18</sup>. Dentro de estos últimos, los más interesantes son aquellos que polemizan sobre los fundamentos de estas políticas, esto es, la asunción de agentes racionales que tienen la información suficiente como para adoptar decisiones en su propio beneficio<sup>19</sup>.

<sup>15</sup> Para efectos de la revisión de la evolución de la política en EE. UU., materia que no puede ser tratada en este trabajo, véase en las palabras de la autoridad norteamericana los siguientes discursos: Scott Hammond (2004 y 2010).

<sup>16</sup> Traducción libre de: “*no other investigation tool has done more to revolutionise cartel enforcement*”, O’Brien (2015) p. 32.

<sup>17</sup> Podría darse una definición más amplia de los programas de clemencia, considerando que no solamente comprenden la exención de sanción, sino también la reducción de esta y, además, que cada sistema presenta sus particularidades propias. En este sentido, la ICN: “*Leniency is a generic term to describe a system of partial or total exoneration from the penalties that would otherwise be applicable to a cartel participant in return for reporting its cartel membership and supplying information or evidence related to the cartel to the competition agency providing leniency*”, International Competition Network (2014) p. 4. Sin embargo, la exención total de sanción es la manera en que los programas de clemencia operan por regla general, siguiendo el modelo norteamericano, y, para los efectos de la propuesta de este trabajo, es una característica que tensiona de manera más evidente la perspectiva penal.

<sup>18</sup> Una sistematización de la literatura económica a este respecto, realizando una distinción según se trate de trabajos de teoría económica, modelos econométricos y/o informes empíricos, en Marvao y Spagnolo (2015) y en Spagnolo (2008).

<sup>19</sup> Un trabajo reciente en este sentido es Jaspers (2020).

En una evaluación global de las distintas perspectivas, es posible señalar que la literatura, de manera mayoritaria, concluye que el incentivo incorporado por la delación compensada es efectivo, por lo que la discusión, más que en relación con el si deberían aplicarse los programas de clemencia, pasaría por *cómo* se aplican<sup>20</sup>. Lo anterior guarda relación con definiciones tales como: hasta qué momento puede estar disponible el beneficio, si es ventajoso considerar reducciones de sanción a aquellos que no lleguen en primer lugar, si es eficiente restringir de la postulación al organizador e instigador de la conducta, cómo debe conjugarse el *leniency* con los programas de *compliance*, si es aconsejable proteger la confidencialidad de la identidad del postulante y de los antecedentes aportados, etc. Este consenso doctrinario se encuentra reconocido por las autoridades internacionales con competencia en la materia, las que destacan que la delación compensada es un mecanismo efectivo para disuadir la formación de carteles y desbaratar aquellos existentes, lo que ahorra de esta forma ingentes recursos al Estado.

A pesar de todo lo señalado, evidentemente las autoridades no pecan de inocentes, comprendiendo que los programas de clemencia no operan en ámbitos totalmente asépticos, sino que la realidad es mucho más compleja. Por ello, no basta con el solo ofrecimiento de un beneficio de exención de sanción para mover a los agentes económicos a cooperar. El director de la Unidad de Persecución Criminal de la División *Antitrust* del DOJ norteamericano, en una de las innumerables ocasiones en que esta institución ha promovido las políticas de *leniency*, señaló que los factores de los cuales depende la efectividad de la delación compensada serían principalmente tres: (i) la amenaza de sanciones severas (donde deberían incluirse no solo multas altas, sino que también la privación de libertad); (ii) el peligro de ser detectado (lo que exige que la autoridad de competencia no espere sentada a que lleguen postulantes de delación compensada, sino que realice investigaciones de oficio) y (iii) la transparencia y predictibilidad del actuar de las autoridades de competencia (la autoridad debería resignar toda discrecionalidad en aras de fortalecer el incentivo a colaborar) (Hammond, 2004).

## 2. La criminalización de la colusión y sus consecuencias para la delación compensada

Desde la perspectiva de la autoridad norteamericana, entonces, la criminalización de los carteles es un medio para asegurar la efectividad de los programas de clemencia, que permite desbaratar ilícitos en desarrollo y disuadir de generar otros tantos<sup>21</sup>. Esto ocurriría porque la sanción privativa de libertad sería la única capaz de producir un real temor en los ejecutivos, toda vez que no puede traspasarse a otra persona, lo que sí sería posible con la sanción de multa, cuyo costo podría ser diluido entre

trabajadores, accionistas minoritarios y consumidores e incluso gestionarse mediante contratos de seguro.

A este respecto, ya una primera discusión es si efectivamente la intervención de la normativa penal tiene algún efecto positivo en el desarrollo de la delación compensada, posición que tiene defensores y detractores, aunque, al igual que en relación con la efectividad general del *leniency*, mayoritariamente

<sup>20</sup> En palabras de Chen y Rey: “*This risk of exploitation and perverse effects raises an issue about how much leniency should be offered, so as to balance the conflicting effects on collusion*” (2013, pp. 918-919).

<sup>21</sup> En este sentido, véase Harding, Beaton-Wells & Edwards (2015), quienes dan cuenta de esta situación de que una decisión normativa, como la criminalización de una conducta, en realidad sea vista solo como una herramienta para fortalecer el *leniency policy*.

<sup>22</sup> Una de las posiciones pioneras en incentivar la criminalización de la colusión por razones de *deterrence* fue Werden & Simon (1987). Para posiciones contrarias, véase Beaton-Wells (2017).

encuentra apoyo<sup>22</sup>. Sin embargo, mucho más importante que esto es si se está frente a un bien jurídico que merezca ser protegido en sede penal, determinación que si algunos autores de derecho anglosajón ya han relevado, desde el derecho continental es imprescindible realizar<sup>23</sup>.

En este sentido, se sigue la posición de Silva Sánchez, en cuanto a que la distinción entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal no es meramente cuantitativa. En efecto, mientras el primero se preocupa de la organización de determinados ámbitos de la actividad económica, el segundo requiere de manera imperativa la afectación de un bien jurídico concreto, en un caso específico, siguiendo criterios de lesividad y peligrosidad determinados, por un individuo al que es posible imputarle personalmente el hecho delictivo<sup>24</sup>. Las dificultades para sostener que socialmente se valora que exista un bien jurídico que se ve afectado por la colusión de una manera tal que legitime la intervención del derecho penal explica que, incluso en un proceso expansivo de esta área del derecho, los carteles no hayan sido acogidos todavía por la mayor parte de los ordenamientos jurídicos europeos y latinoamericanos<sup>25</sup>.

En Chile, la situación es diametralmente opuesta. Los casos de colusiones empresariales conocidos en el ámbito del derecho de libre competencia han provocado una alta atención pública y merecido el reproche transversal de la sociedad. En realidad, lo que la mayoría de los chilenos no se explica muy bien es la razón por la que este tipo de ilícitos no hubieran merecido siempre la pena de cárcel. Producto de esta valoración, la Ley N° 20.945 de 2016 introdujo el delito de colusión. Al respecto, el Mensaje de la presidenta de la República que inició la tramitación de dicha normativa señalaba: “Durante los últimos años, la sociedad chilena ha podido tomar conciencia acerca del inmenso daño que la colusión causa a los mercados y a los agentes económicos que actúan en ellos, en especial los consumidores. En efecto, se trata de conductas que no sólo generan efectos patrimoniales adversos de inmensa magnitud para las víctimas, sino que además defraudan la confianza de los chilenos en la economía de mercado. En ese contexto, no resulta justificable que conductas que tienen una significación económica y disvalor social sustancialmente menores que los carteles duros sean tipificadas como delitos penales, mientras que la colusión no lo sea” . Esta conciencia solo se ha visto reforzada durante los últimos meses<sup>27</sup>.

<sup>23</sup> En el derecho anglosajón, uno de los autores que más se ha preocupado de esta determinación es Whelan, quien en 2013, siguiendo las ideas de Green en relación a los delitos económicos en general, señalaba que era imperativo que en la criminalización de los carteles se lograra transmitir la idea de que los acuerdos colusorios se asemejan a otras conductas de derecho penal nuclear, tales como *stealing*, *deception* y *cheating*, señalando las similitudes y diferencias con cada una de ellas, pero en cualquier caso haciendo presente la necesidad de conectar con una idea de una actuación poco ética (“*moral wrongfulness*”). Véase, principalmente, Whelan (2013). El autor reitera estas ideas en Whelan (2014).

<sup>24</sup> Véase Silva (2011) pp. 136-137. Esto explica que el derecho administrativo, al reforzar mediante sanciones un determinado modelo de gestión sectorial, “no tiene por qué seguir criterios de lesividad o peligrosidad concreta, sino que debe, más bien, atender a consideraciones de afectación general, estadística; asimismo, no tiene por qué ser tan estricto en la imputación, ni siquiera en la persecución (regida por criterios de oportunidad y no de legalidad)” (Silva, 2011, p. 137). Con el derecho penal pasa completamente lo contrario: las exigencias de lesividad, peligrosidad e imputación personal son estrictas.

<sup>25</sup> La falta de una conciencia sobre la real gravedad de los carteles fuera de EE. UU., en Beaton-Wells (2017) pp. 140-147. En Stephan (2017), se encuesta a población de distintas jurisdicciones y se llega a la conclusión de que, si bien la gran mayoría considera los carteles como conductas graves y sancionables, las apreciaciones son más débiles en relación con la real gravedad de las colusiones y a la necesidad de penas de cárcel. Sobre España, véase Fonseca (2017), quien, si bien comparte una minusvaloración social en relación con la gravedad de los carteles, defiende su criminalización, entre otras razones, porque la legislación tendría un rol que jugar en el reforzamiento de la idea de gravedad que envuelve este tipo de macrocriminalidad.

<sup>26</sup> Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley N° 20.945*, 2018, p. 6.

<sup>27</sup> Con fecha 14 de octubre de 2020, el Centro de Competencia de la Universidad Adolfo Ibáñez informaba sobre un estudio de Umut Aydin titulado “Attitudes Toward Collusion in Chile”, publicado el 17 de septiembre de 2020 en el *Journal of Competition Law & Economics* de la Universidad de Oxford, basado en una encuesta realizada a cerca de dos mil chilenos y chilenas entre agosto y septiembre de 2019 (es decir, con anterioridad a los acontecimientos sociales producidos en Chile a partir de octubre de 2019). Algunos de los resultados son: un 92% de los encuestados estuvo de acuerdo con que las empresas decidan los precios de forma independiente y la prisión es el tipo de sanción más apoyada respecto de personas naturales involucradas en un cartel (73% de los encuestados). Véase <https://centrocompetencia.com/cuales-la-percepcion-de-los-chilenos-sobre-la-colusion-y-la-delacion-compensada/> [fecha de consulta: 20 de agosto de 2021].

Sea que las autoridades administrativas y legislativas se esfuercen en transmitir la magnitud y gravedad de los carteles internacionales con el propósito de construir una conciencia social en relación a la necesidad de criminalizar la colusión, como ocurre con los esfuerzos de diversos autores en Europa, o que esa comprensión ya exista por parte de la sociedad, como sucede en Chile, lo que parece contraintuitivo es conceder beneficios que relevan de pena privativa de libertad a sujetos plenamente responsables, por el solo hecho de que estos hubiesen colaborado con la autoridad. Es decir, una vez asentada la idea de que se está frente a un ilícito de la mayor gravedad, ¿cómo se justifica que un interviniente pueda resultar impune por el solo hecho de haber ganado una “carrera” por confesar ante la autoridad?<sup>28</sup>

Esta interrogante se complejiza cuando se considera que la valoración social respecto de delincuentes que delatan a otros está lejos de ser positiva. La idea de traición, como ruptura de un cierto compromiso entre los partícipes del acuerdo colusorio, parece, por lo menos,

levantar suspicacias. Como diría Beaton-Wells, queda una sensación de absoluta inconsistencia normativa, pues mientras se justifica la gravedad de la colusión con base en el *engaño* que se genera en el mercado, luego se premia a quien *engaña* a sus colaboradores<sup>29</sup>. Esto permite comprender que, en Chile, un 63% de las personas se muestren en desacuerdo o completamente en desacuerdo con conceder la inmunidad a un delator<sup>30</sup>.

La situación parece zanjarse con la aceptación de que se está frente a un comportamiento incorrecto por parte del Estado, pues está dispuesto a “premiar” a un traidor, pero se compensaría, en una lógica de un resignado utilitarismo, por el hecho de que se está luchando contra una criminalidad a la que no se alcanzaría a afectar por medio de las herramientas del derecho penal ordinario. Sería la actuación del derecho en un estado de necesidad (en que se opta por un mal menor) o, derechamente, frente a una expresión de un derecho de guerra<sup>31</sup>. No me conformo con entenderlo así.

---

<sup>28</sup> La idea de que los programas de clemencia generan una carrera por delatarse está en el diseño de estas políticas, aunque muchas veces exista una confianza excesiva en su verificación. A modo ejemplar, véase Stucke (2015).

<sup>29</sup> “In consequence, again, there are conflicting messages that inevitably impair the capacity of the criminal law to educate business people and the wider public about what conduct warrants condemnation and why. A further potential consequence is that leniency policies, by their nature, may reinforce if not promote the very qualities of cheating and deception that underpin the illegal conduct in the first instance—qualities that in large part have been emphasized by competition authorities as justifying criminal or penal sanctions. The result is a multiplication of inconsistencies that is difficult to reconcile with good public policy”, Beaton-Wells (2017, p. 147).

<sup>30</sup> Según el estudio de Umut Aydin (2020) al que se hizo referencia anteriormente.

<sup>31</sup> Así lo plantea, por ejemplo, Rodríguez (2018).

### 3. La delación compensada como una institución de naturaleza política criminal: vinculación con los fines de la pena

En cuanto a la discusión acerca de si el comportamiento de un responsable de la comisión de un delito en que intervienen otros sujetos, consistente en confesar su participación ante la autoridad y delatar a sus colaboradores, puede ser visto como la corrección de un camino que comenzó desviado o, al menos, una manera de compensar un daño previamente realizado, o, al contrario, como un acto de traición de un sujeto que, por lo tanto, merecería un doble reproche (por el delito en que incurrió y por su desleal comportamiento posterior), es realista admitir que se trata de una cuestión de índole de filosofía moral que no es posible agotar en esta instancia.

Sin embargo, me permito al respecto solamente poner en duda que la lealtad signifique una vinculación ciega con una palabra empeñada con otro, aunque ese “compromiso” sea la comisión de un delito que provoque ingentes daños a la sociedad. De hecho, el concepto *traición* tiene como primera acepción en el Diccionario de la Real Academia Española, la de “falta que se comete quebrantando la fidelidad o lealtad que se *debe* guardar o tener”<sup>32</sup>. Resulta complejo pensar en algún tipo de *deber* que fundamente llevar adelante la comisión de un delito hasta la última instancia sin tener la posibilidad de

revelarlo ante la autoridad<sup>33</sup>. De esta manera, creo que sería perfectamente posible defender que es moralmente positiva la actitud de quien, poniendo término a su actividad ilícita, decide enmendar el rumbo y colaborar con la autoridad<sup>34</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, que ya bastaría para poner en cuestión la aseveración de que, al conceder la impunidad a un delator, el Estado estaría incurriendo en un *mal*, estimo que la clave radica en determinar qué significa la delación compensada para la orgánica penal<sup>35</sup>. Indudablemente, es una institución de política criminal, lo que requiere una aclaración previa, pues muchas veces se asocia a la política criminal como una injerencia de la autoridad política (legislativa o ejecutiva) en una sistemática que no entiende (la dogmática penal), que termina por contaminar sus estructuras y elementos. Lejos de esto, estimo, siguiendo a Silva Sánchez, que la política criminal debe estar al servicio de la dogmática, sirviéndole de orientación respecto a las finalidades materiales del derecho penal<sup>36</sup>.

En este sentido, si bien la delación compensada cumple con los objetivos del derecho de libre competencia, puede también encuadrarse en una sistemática penal,

<sup>32</sup> Véase <https://dle.rae.es/traición> [fecha de consulta: 20 de agosto de 2021].

<sup>33</sup> Una perspectiva alternativa es aquella que se comenta en Rodríguez (2018), en el sentido de que en la historia de la humanidad se puede observar una continua modificación de los significados que adquieren ciertos valores, en virtud de los bienes jurídicos a los que se encuentran asociados. Así, por ejemplo, el duelo, que habría sido legítimo como mecanismo de protección del honor, cayó en desuso e ilegitimidad debido al valor preminente de la vida. Situación similar podría apreciarse respecto de los pactos de silencio que, en su análisis, acota en la mafia. Por sobre la lealtad interna de una organización criminal, mediante la delación compensada se privilegiaría el bien común social.

<sup>34</sup> En esta línea, Spagnolo (2004) pp. 2 y 5, también pone en duda la fundamentación de las críticas sobre inmoralidad del delator, recordando la parábola bíblica del hijo pródigo (San Lucas 15, 11-24).

<sup>35</sup> A este respecto, como una primera aproximación a la delación compensada en sede penal, véase Artaza, Santelices y Belmonte (2020) pp. 141-143.

<sup>36</sup> “Por su parte, la Política Criminal proporciona la necesaria a fines y valores, al cumplir la ‘misión política’ de orientar la evolución de la legislación penal (perspectiva de *lege ferenda*) o su propia aplicación en el presente (perspectiva de *lege lata*) a las finalidades materiales del Derecho penal”, Silva (1992) p. 48. “Por su parte, la Política Criminal proporciona

siempre que satisfaga los fines del derecho penal. Ya en el año 2008, Van Weezel hacía presente la insatisfacción que genera concebir la delación compensada como una herramienta meramente procesal configurada como un “mal menor” frente a la realidad que se combate, invitando a reflexionar sobre una visión alternativa que se construyera sobre el significado y fin de la sanción estatal. De esta forma, se “podría permitir una discusión de la regla en comentario (la de eximir de sanción al delator) sobre una base libre de contradicciones” (Van Weezel, 2008, p. 12). Dicha fundamentación, hasta donde alcanzo a ver, no se ha desarrollado y me he propuesto hacerlo, por lo que, sin perjuicio de que forma parte de una investigación de más largo aliento, deseo expresar en este trabajo algunas ideas esenciales.

La discusión sobre los fines de la pena es histórica e inagotable, pareciendo que actualmente se decanta en que la mayoría de los autores propone un concepto de pena que cumple el fin de prevención general positiva, en el sentido de estabilización normativa de la sociedad<sup>37</sup>. Más allá de dicha discusión, aunque muy relacionada con ella, considerando que la pena es una reacción del Estado frente al delito, es sugerente la perspectiva de Silva Sánchez de considerar que la pena tiene una estructura bidimensional: por una parte, se constituye de un elemento sustancial, que consiste en el reproche comunicativo al condenado y, por otra parte, de un elemento accidental, que es la aflicción a la que se

somete al mismo (por ejemplo, la privación de libertad). Mientras la primera tiene una perspectiva retrospectiva, la segunda es de naturaleza prospectiva y, por lo tanto, solo es procedente cuando cumpla un fin de prevención de delitos<sup>38</sup>.

Sobre esta base, es posible pensar en que algunas instituciones puedan erigirse como equivalentes funcionales de la pena, siempre que compartan de cierta manera la finalidad de la pena. En algunos casos, el equivalente puede cumplir ambas dimensiones de la pena (la comunicativa y la aflictiva), mientras que en otras ocasiones solo podrá cumplir una de ellas. De este modo, lo que me propongo analizar en una investigación más extensa es si los programas de clemencia no podrían ser entendidos como equivalentes funcionales de la pena en el sentido de que, satisfecha totalmente la dimensión comunicativa de la pena (el reproche que se realiza por sentencia judicial respecto de todos los intervinientes en la colusión, incluido el delator), se compense la dimensión aflictiva de uno de los intervinientes (no así de todo el resto de partícipes que igualmente sufrirán la privación de libertad) en virtud de la actuación post consumativa que la normativa exija para efectos de la exención de cárcel<sup>39</sup>.

Así, es dable pensar que mediante la aplicación de la delación compensada y a cambio de sus beneficios, los fines de la pena no se vean resignados. Asumiendo que el fin de la pena consiste en la estabilización normativa de la

---

<sup>37</sup> Véase, Feijoo (2014). Luego de que en esta obra se expone el desarrollo histórico de las diversas teorías de la pena, se llega al tratamiento de las denominadas “teorías mixtas” o “teorías de la unión”, dándose cuenta de que, en definitiva, todas ellas comprendían actualmente la prevención general positiva: “Dejando de lado otras propuestas de valor histórico, no es extraño que en la actualidad el debate se encuentre, en grandes líneas, entre una teoría de la prevención general positiva limitada por el principio de culpabilidad o una teoría jurídica de la retribución dentro de la que la prevención general positiva juega un papel de cara a la individualización de la pena” (Feijoo, 2014, p. 217). En esa consideración, una de las maneras más aceptadas de verificación de prevención general de vertiente positiva es la que dice relación con la estabilización normativa, comprendiendo el sentido comunicativo de la pena que tenga en cuenta las necesidades sociales. Esa es, en definitiva, también la propuesta de Feijoo (2014, pp. 257 ss.).

<sup>38</sup> Véase Silva Sánchez (2018, pp. 113-181).

<sup>39</sup> Considérese lo que Silva Sánchez señala, por ejemplo, respecto de la suspensión condicional de la condena: “En fin, cabe que una institución no punitiva constituya un equivalente funcional de la pena: desde esta perspectiva se habla de ‘sustitutivos penales’, como podría ser el caso de la suspensión de la ejecución de la condena. Esta, sin embargo, no es en realidad un equivalente funcional de la pena en su conjunto, sino sólo de su dimensión fáctica o aflictiva. En los casos de suspensión la dimensión comunicativa de la pena ya ha tenido lugar, pues el hecho ha sido juzgado y la condena, dictada: el castigo ha sido impuesto. En lugar de ejecutar la condena, y dadas determinadas condiciones, ésta se suspende. Así, se pueden cumplir finalidades equivalentes a las de la ejecución de la condena (en cuanto a la intimidación, el refuerzo de la confianza social en el sistema jurídico-penal, etc.), eludiendo su principal efecto secundario: la desocialización del delincuente primario”, Silva Sánchez (2018, p. 118).

sociedad y respondiendo a las preguntas que plantea Van Weezel “(...) ¿se restablece o no la vigencia de la norma infringida cuando se aplica la regla y se exime de pena? Y, en segundo lugar, ¿se puede decir, una vez aplicada, que el delincuente fracasó en su intento de configuración de la sociedad?” (2008, p. 11), *a priori* y coincidiendo con el citado autor estimo que ambas preguntas podrían responderse afirmativamente.

Evidentemente, sería pecar de absoluta candidez creer que por esta sola fundamentación de la delación compensada se transformará la valoración social respecto de su procedencia. Lógicamente, es imprescindible, tal como lo demuestra la práctica del DOJ en EE.UU como en el mundo, una comprometida labor de *advocacy* y promoción de estas políticas por parte de las autoridades,

de manera de transmitir a la sociedad el inmenso daño que provocan los carteles (lo que, en todo caso, en Chile parece estar muy claro) y la determinante importancia que tiene la delación compensada para desbaratar este tipo de ilícitos anticompetitivos (asunto sobre el cual parecen haber mayores dudas). En este sentido, una concepción de la delación compensada como una institución coherente con los fines del derecho penal, contraria, por tanto, a una imagen de mal menor, permitirá una aproximación más decidida de las autoridades penales a efectos de defender estas políticas también en relación con la exención de penas privativas de libertad, tal como la que lleva adelante la FNE y el TDLC en el contexto del derecho de libre competencia<sup>40</sup>.

## 4. Algunas implicancias prácticas

No sería posible abarcar en este trabajo la gran cantidad de desafíos constitucionales<sup>41</sup>, institucionales y procesales que implica la delación compensada, tanto para la colusión como para otros ámbitos de criminalidad, en caso que se quisiera extender su aplicación. Sin embargo, es posible comentar, como ideas generales, algunas consecuencias que tiene en la práctica la consideración de los programas de clemencia como herramientas de lucha contra los carteles, desde una perspectiva de fines extrapenales, y como equivalentes funcionales de la pena, desde una perspectiva criminal. Ambos enfoques deben ser considerados para el desarrollo práctico de la institución comentada.

Lo primero que parece ser evidente es que la delación compensada debe ser condicionada a delitos que, además de basarse en una relación de confianza recíproca entre los intervinientes (relación que pretende ser minada por el incentivo a delatar), pongan en jaque las labores persecutoras del Estado. En este sentido, no es procedente ampliar su cobertura a la delincuencia común, la que es susceptible de ser controlada con las herramientas normales de prevención y detección del delito. Si la colaboración del infractor podría ser apreciada como un equivalente funcional de la pena, una exigencia básica debería ser que fuera imposible —o a lo menos improbable— la detección del ilícito por las autoridades,

<sup>40</sup> Sobre la relevancia de la labor de *advocacy*, véase Whelan (2014, pp. 252-254 y 258). Evidencia que las políticas de promoción y difusión tienen efecto el Informe encargado por el Centro de Competencia de la Universidad Adolfo Ibáñez a Deloitte, publicado en agosto de 2020, dando cuenta, entre otras conclusiones, que los expertos en materia de libre competencia valoran con calificación positiva el grado de disuasión de la delación compensada para la desestabilización de carteles (nota 5,3 sobre 7,0) y la gran mayoría sostiene que la criminalización de la colusión ha funcionado como un incentivo para utilizar el beneficio de la delación compensada. Véase Deloitte (2020).

<sup>41</sup> Sobre todo si se considera que se encuentra abierto en Chile el proceso mediante el cual se definirá una nueva Constitución de la República.

de lo contrario, difícilmente la exención de la dimensión aflictiva de la pena podría ser compensada por el delator. De cualquier modo, fuera del curioso proyecto de ley que se presentó a comienzos de 2020, en la literatura y experiencia comparada no se aprecian mociones para ampliar el *leniency* a delitos comunes.

Luego, es muy importante tener presente que la manera en que se encuentra diseñada normativamente la delación compensada en relación a la colusión, tanto como institución del derecho de libre competencia como de derecho penal, es una regla de aplicación objetiva a la que se somete un interviniente de un cartel que ha decidido poner término a su intervención y colaborar con la autoridad, a quien, si cumple con las condiciones legales, le será reconocida la exención de la necesidad de verse privado de libertad, lo que se asemeja al reconocimiento que hacen los tribunales penales de ciertas circunstancias que modifican la responsabilidad criminal, tales como las atenuantes genéricas de reparación del mal causado o la colaboración sustancial con el esclarecimiento de los hechos.

Este diseño es correcto porque permite exorcizar cualquier idea de “justicia negociada”, que muy pocas veces termina siendo realmente justicia. No es que el Estado venda el alzamiento de una sanción de cárcel a cambio de información, sino que legislativamente, esto es, a través de la declaración de la voluntad soberana, se ha introducido un instituto de naturaleza político-criminal que, en caso de satisfacerse sus condiciones, opera alzando la aflicción de la pena. En similar sentido, Van Weezel afirma “El Estado no golpea, pero tampoco se allana simplemente a un trato. Pues no es la voluntad particular del delincuente la que termina imponiéndose, sino la voluntad universal, es el juez quien decide sobre

la prescindencia del castigo. Por eso, en estricto rigor, no es el Estado quien ofrece algo al delincuente, sino que es éste quien ofrece y el Estado quien decide si acepta el ofrecimiento como reparación suficiente del daño que aquél ha causado a la sociedad” (2008, p. 12).

Dado que la delación compensada opera como un equivalente de la dimensión aflictiva de la pena, pero no de la expresiva, sobre todo desde una perspectiva de *lege ferenda*, esto es, si se quisiera trasladar el *leniency* a otros delitos, debe exigirse que el delator sea sometido a un proceso penal como imputado, siendo condenado por medio de una sentencia judicial que le reproche su intervención criminal, sin perjuicio de dejarlo inmune de toda aflicción, principal o accesoria. Al contrario, no resulta satisfactoria la pretensión de utilizar principio de oportunidad prejudicial respecto del delator, toda vez que se estima imprescindible el juicio de reproche judicial<sup>42</sup>.

Ahora bien, de *lege lata* no parece ser esta la decisión que tomó el legislador en cuanto a la delación compensada respecto de la colusión en sede penal, en que se exige al eventual beneficiario de la exención de sanción, que proporcione al Ministerio Público y al tribunal competente los mismos antecedentes aportados a la FNE y que preste declaración “en calidad de testigo”, según lo dispone el art. 63° del DL 211. Sin embargo, debe considerarse la especial regulación que tiene la persecución de la colusión en nuestro país, que se configura con base en dos procesos sucesivos: uno ante las autoridades de Libre Competencia y luego otro ante las autoridades penales. El delator, antes de comportarse como testigo en sede penal, habrá pasado no solamente por un proceso administrativo de delación compensada e investigación de la FNE, sino que tendrá intervención en el TDLC como acusado y resultará, personalmente o como

---

<sup>42</sup> Esto se sigue no solamente de los fundamentos desarrollados por Silva Sánchez, pues también Feijoo Sánchez sostiene que el mayor espacio que le cabe con este entendimiento de la pena como comunicación a instituciones tales como, por ejemplo, el comportamiento post delictivo del agente, no puede pasar por la aplicación del principio de oportunidad, siendo necesaria la declaración de culpabilidad apoyándose en estudios empíricos que demostrarían el mayor efecto preventivo de una sentencia judicial, véase Feijoo Sánchez (2014, p. 314). Ragués i Vallès agrega que el principio de oportunidad podría incentivar las falsas delaciones basadas en la garantía de no ser sujeto a ningún tipo de proceso, véase Ragués i Vallès (2018, pp. 19-23).

miembro de la persona jurídica en la que desempeña sus labores, condenado y reprochado por una sentencia judicial que, como lo demuestran los últimos casos de colusión, tiene una alta repercusión mediática. Que dicha tramitación y decisión jurisdiccional sea suficiente para dar por satisfecho el carácter expresivo de toda pena, es algo que podría seriamente considerarse.

De cualquier manera, los elementos probatorios aportados por el delator, ya de un delito de colusión, o de otro delito en caso de que esta herramienta extendiera su aplicación a otras áreas, no pueden ser suficientes para condenar, debiendo ser contrastados, respaldados y confirmados por los otros elementos de prueba que durante el proceso se hayan incorporado. Esto, que se sigue de los arts. 297 (valoración de la prueba en conformidad a la sana crítica) y 340 (no puede condenarse por el solo mérito de una declaración auto inculpatória) del Código Procesal Penal, es algo que en sede de Libre Competencia también se tiene bastante claro, según lo confirman diversos pronunciamientos del TDLC como de la Corte Suprema. Solo a modo ejemplar, léase el siguiente considerando de una sentencia del TDLC:

Que corresponde preguntarse acerca del valor probatorio de las declaraciones de un agente económico en un documento, mediante las cuales reconoce su participación en una colusión e involucra a las demás. De acuerdo con la jurisprudencia de la Excm. Corte Suprema (Sentencia de 7 de septiembre de 2012, Rol 2578-2012) y de este Tribunal (Sentencia N° 148, C°24), ello depende de la concurrencia de los siguientes elementos: (i) si dicho reconocimiento proporciona antecedentes precisos acerca de la existencia de los elementos de la colusión, esto es, datos respecto del origen del acuerdo de colusión, la

época de gestación, la forma que adoptó el mecanismo de colusión, los medios de comunicación, entre otros; (ii) si el relato del confesante es suficientemente detallado en cuanto a la intervención que correspondió a los demás responsables; y (iii) si los antecedentes de que da cuenta son verificables y corroborados con el resto de los elementos probatorios que obran en el proceso<sup>43</sup>.

En fin, como se hizo presente al comienzo, sería imposible intentar considerar en este espacio todos los aspectos prácticos que implica la delación compensada en materia penal, sobre todo teniendo en cuenta que la perspectiva que aquí se ha ofrecido es exclusivamente una de derecho interno, en circunstancias que, en una lucha que actualmente es mundial y tiene como prioridad los carteles internacionales, la intervención de distintas jurisdicciones y su coordinación es uno de los condicionantes más importantes que marcará el éxito o fracaso presente y futuro de los programas de clemencia<sup>44</sup>.

Valga este trabajo como un aporte para incentivar la reflexión acerca de la naturaleza jurídica de la delación compensada en sede penal, de forma tal que, desde una concepción coherente con los fines de la pena, se avance en fortalecer la certeza y predictibilidad del proceso, garantía de la efectividad de estas políticas, de forma tal que la criminalización no termine siendo contraproducente. Asimismo, podrá considerarse el rendimiento del *leniency* en la colusión para efectos de su eventual extensión y aplicación a otro tipo de delitos que compartan características similares a los acuerdos anticompetitivos.

<sup>43</sup> Sentencia TDLC N° 165/2018, c. 20°.

<sup>44</sup> Sobre las dificultades de relacionar a las distintas autoridades de competencia, incluso en un ámbito económico integrado como Europa, véase Wils (2005).

## 5. Conclusiones

a) La incorporación del delito de colusión al DL 211 por medio de la Ley N° 20.945 exigió trasladar los beneficios de la delación compensada del derecho de libre competencia también a la órbita penal, en relación con sanciones privativas de libertad.

b) La delación compensada se ha erigido, a juicio de las autoridades de Libre Competencia, como la herramienta más eficaz en la detección, persecución y disuasión de los acuerdos anticompetitivos. Su lógica, basada en una visión economicista del derecho, consiste en hacer más costosa la decisión de un agente económico de coludirse con sus competidores y, en caso de que ya lo hubiera hecho, ofrecerle un incentivo para colaborar con el Estado, confesando su participación y entregando antecedentes del cartel.

c) La decisión de criminalizar la colusión no puede ser vista como un mero reforzamiento del incentivo antes comentado. En efecto, la identificación de conductas que merecen un reproche jurídico-penal debe fundamentarse en la afectación concreta, de manera relevante, de un bien jurídico esencial para la configuración de la sociedad. En Chile existen las bases sociales como para considerar la colusión como un delito, lo que justifica su penalización. Entonces, de cara a la delación compensada, la pregunta es: ¿cómo se justifica alzar la sanción privativa de libertad a un sujeto que responsablemente ha incurrido en una conducta de tal extrema gravedad?

d) No es satisfactoria la concepción de que el alzamiento de una sanción de cárcel es un mal menor

que se justifica al considerar el ingente daño que provocan las colusiones. Dicha posición no solamente debilita las políticas de *advocacy*, promoción y difusión de la delación compensada, sino que, más importante aún, no se compadece con los fines del derecho penal.

e) La delación compensada, como institución de política criminal, debe ser coherente con los fines de la pena. En este sentido, es razonable considerar que, desde una concepción de pena bidimensional (esencialmente comunicativa y accidentalmente afflictiva), a los programas de clemencia les pueda ser asignado el rol de equivalentes funcionales de la pena, en la medida que compensan la ausencia de la aflicción que provocan las sanciones privativas de libertad por un exigente comportamiento post consumativo del delator.

f) La asunción de la delación compensada como una herramienta que, aunque con lógicas utilitarias, es coherente con los fines del derecho penal tiene diversas implicancias prácticas, entre las cuales se cuentan su exclusión del ámbito del derecho penal común, la necesidad de que se construya como una regla legal de aplicación objetiva sin espacio para la discrecionalidad del principio de oportunidad prejudicial, la preferencia de que el delator sea tratado como un imputado —aunque se explica su calidad de testigo en el caso específico del delito de colusión— y la imposibilidad de fundamentar una condena con el solo mérito de su confesión.

## Referencias

- Artaza, O., Santelices, V. y Belmonte, M. (2020). *El delito de colusión*. Santiago: Editorial Tirant lo Blanch.
- Becker, G. (1968). Crime and Punishment: An Economic Approach. *The Journal of Political Economy*, 76(2), 169-217.
- Beaton-Wells, C. (2017). Criminal Sanctions for Cartel Conduct: The Leniency Conundrum. *Journal of Competition Law & Economics*, 13, (1) 125-149.
- Bergoeing, R., Sierra, L. (Eds.). (2015). *¿Cárcel para la colusión? Seis Opiniones*. Santiago: Centro de Estudios Públicos, Puntos de Referencia, (409).
- Biblioteca del Congreso Nacional (2018), *Historia de la Ley N° 20.945*. Recuperado de: [https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file\\_ley/5311/HLD\\_5311\\_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf](https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/5311/HLD_5311_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf) [fecha de consulta: 20 de agosto de 2021].
- Deloitte. (2020). *Informe de Resultados. Percepción sobre las Autoridades Chilenas en materia de Libre Competencia*. Santiago de Chile: Centro Competencia.
- Chen, Z. & Rey, P. (2013). On the Design of Leniency Programs. *Journal of Law and Economics*, 56, 917-957.
- Comisión Europea. (2014). *Staff Working Document: Ten years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003*.
- Feijoo, B. (2014). *La pena como institución jurídica: Retribución y prevención general*. Madrid: Editorial B de F.
- FNE. (2017). *Guía Interna sobre Delación Compensada*. Recuperado de: [https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Guia\\_Delacion\\_Compensada.pdf](https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Guia_Delacion_Compensada.pdf) [fecha de consulta: 20 de agosto de 2021].
- Fonseca, R. (2017). *Carteles de núcleo duro y Derecho penal: ¿Por qué criminalizar las colusiones empresariales?* Buenos Aires: Editorial B de F.
- Hammond, S. (2010). The Evolution of Criminal Antitrust Enforcement over the Last Two Decades. *The 24th Annual National Institute on White Collar Crime, presented by the ABA Criminal Justice Section and the ABA Center for Continuing Legal Education*. Eden Roc Renaissance, Miami, Florida.
- Hammond, S. (2004). Cornerstones of an Effective Leniency Programs. *Presented before the ICN Workshop on Leniency Programs*. Sidney, Australia.
- Harding, C., Beaton-Wells, C. & Edwards, J. (2015). Leniency and criminal sanctions in anti-cartel enforcement: Happily married or uneasy bedfellows? En C. Beaton-Wells & C. Tran (Eds.). *Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age. Leniency Religion* (pp. 233-260). Portland: Hart Publishing.
- International Competition Network. (2014). *Chapter 2: Drafting and implementing an effective leniency policy*. Recuperado de: [https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/CWG\\_ACEMLeniency.pdf](https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/CWG_ACEMLeniency.pdf) [fecha de consulta: 20 de agosto de 2021].
- Ivaldi, M., Khimich, A. & Jenny, F. (2014). Measuring the Economic Effects of Cartels in Developing Countries. *UNCTAD Research Partnership Platform*.
- Jaspers, J. D. (2020). Leniency in Exchange for Cartel Confessions. *European Journal of Criminology*, 17(1), 106-124.
- Marvao, C. & Spagnolo, G. (2015). What Do We Know About the Effectiveness of Leniency Policies? A Survey of the Empirical and Experimental Evidence. En C. Beaton-Wells & C. Tran (Eds.). *Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age. Leniency Religion* (pp. 57-80). Oxford & Portland, Oregon: Hart Publishing.
- Motta, M. (2004). *Competition Policy: Theory and Practice*. New York: Cambridge University Press.
- Motta, M. & Polo, M. (2003). Leniency Programs and Cartel Prosecution. *International Journal of Industrial Organization*, 21(3), 347-379.
- O'Brien, A. (2015). Leadership of Leniency. En C. Beaton-Wells & C. Tran (Eds.). *Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age. Leniency Religion* (pp. 17-32). Oxford & Portland, Oregon: Hart Publishing.

- OCDE. (2019). *Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels*. OECD/LEGAL/0452.
- Ragués i Vallès, R. (2018). Recensión de Juan Carlos Ortiz Pradillo, *Los delatores en el proceso penal*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018 (409 págs.). Sección Ex Libris. InDret 4/2018, 19-23.
- Rodríguez, V. (2018). *Delação premiada: Limites Éticos ao Estado*. Rio de Janeiro: Editora Forense.
- Silva Sánchez, J.-M. (2018). *Malum passionis: Mitigar el dolor del Derecho penal*. Barcelona: Editorial Atelier.
- Silva Sánchez, J.-M. (2011). *La expansión del Derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (3ª ed.). Buenos Aires: Editorial B de F.
- Silva Sánchez, J.-M. (1992). *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona: J. M. Bosch Editor.
- Spagnolo, G. (2008). Leniency and Whistleblowers in Antitrust. En P. Buccirossi (Ed.). *Handbook of Antitrust Economics* (pp. 259-303). Cambridge, Massachusetts: The MIT Press.
- Spagnolo, G. (2004). Divide et Impera: Optimal Leniency Programs. *CEPR Discussion Paper*, (4840).
- Stephan, A. (2017). An empirical evaluation of the normative justifications for cartel criminalisation. *Legal Studies*, 37(4), 621-646.
- Stucke, M. (2015). Leniency, Whistle-Blowing and the Individual: Should We Create Another Race to the Competition Agency? En C. Beaton-Wells & C. Tran (Eds.). *Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age: Leniency Religion* (pp. 209-230). Portland: Hart Publishing.
- Van Weezel, Á. (2008). Delación compensada: Aún no es tiempo de clausurar el debate. *Revista del Abogado*, (43), 8-14.
- Werden, G. & Simon (1987). Why price fixers should go to prison. *Antitrust Bulletin*, 32(4), 917-938.
- Whelan, P. (2014). *The Criminalization of European Cartel Enforcement: Theoretical, Legal, and Practical Challenges*. Oxford: Oxford University Press.
- Whelan, P. (2013). Cartel Criminalization and the Challenge of "Moral Wrongfulness". *Oxford Journal of Legal Studies*, 33(3), 535-561.
- Wils, W. (2005). Is Criminalization of EU Competition Law the Answer? *World Competition*, 28(2).

## Jurisprudencia

- Sentencia Corte Suprema, Rol 19.806-2014, 29 de enero de 2015.
- Sentencia Tribunal de Defensa de la Libre Competencia N° 165/2018.