



Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo
ISSN: 2362-583X
revistaredoeda@gmail.com
Universidad Nacional del Litoral
Argentina

VALVERDE ENCARNACIÓN, GIANPIERRE; SUCA CONCHA, ALEJANDRO
Bases configurativas del programa de clemencia en el
ordenamiento jurídico peruano: a propósito de la colaboración eficaz
Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo, vol. 6, núm. 1, 2019, Enero-Junio
Universidad Nacional del Litoral
Argentina

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=655969805003>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

UAEH
redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso
abierto

REVISTA EUROLATINOAMERICANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO

VOL. 6 | N. 1 | ENERO/JUNIO 2019 | ISSN 2362-583X
SANTA FE | ARGENTINA | PERIODICIDAD SEMESTRAL

Revista oficial de la Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo
formada por las siguientes instituciones:



RED DOCENTE
EUROLATINOAMERICANA
DE DERECHO ADMINISTRATIVO



Bases configurativas del programa de clemencia en el ordenamiento jurídico peruano: a propósito de la colaboración eficaz*

Configurative bases of the leniency program in the Peruvian legal system: with reference to the effective collaboration

GIANPIERRE VALVERDE ENCARNACIÓN^{I, **}

^I Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú)

gvalverde@pucp.pe

ALEJANDRO SUCA CONCHA^{I, ***}

^I Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú)

alejandro.suca@pucp.pe

Recibido el/Received: 23.12.2019 / December 23rd, 2019

Aprobado el/Approved: 21.02.2020 / February 21st, 2020

RESUMEN:

En el presente trabajo se analizan las figuras de la colaboración eficaz en el ámbito penal y el programa de clemencia a fin de identificar elementos comunes que aporten a una aplicación clara y predecible de la segunda herramienta. Se evalúa la importancia de la protección de identidad del delator, así como los incentivos a considerar en la estructura de dichos mecanismos.

Palabras clave: colaboración eficaz; programa de clemencia; delación premiada; acuerdos colusorios; reserva de identidad.

ABSTRACT:

This paper analyzes the figures of effective collaboration in the criminal field and the clemency program in order to identify common elements that contribute to a clear and predictable application of the second tool. It is evaluated the importance of the identity protection of the informer, as well as the incentives to be considered in the structure of said mechanisms.

Keywords: effective collaboration; clemency program; plea bargain; collusive agreements; identity reservation.

Como citar este artículo | *How to cite this article:* VALVERDE ENCARNACIÓN, Gianpierre; SUCA CONCHA, Alejandro. Bases configurativas del programa de clemencia en el ordenamiento jurídico peruano: a propósito de la colaboración eficaz. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 6, n. 1, p. 37-59, ene. /jun. 2019. DOI: 10.14409/redoeda.v6i1.9102

* El contenido del presente trabajo constituye una opinión académica y personal, por lo que no implica consejo legal ni adelanto de posición profesional.

** Investigador del Grupo de Investigación en Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú). Coordinador del Capítulo Perú de la Red Iberoamericana Juvenil de Derecho Administrativo. Abogado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. E-mail: gvalverde@pucp.pe

*** Egresado de la Maestría en Regulación de los Servicios Públicos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú). Segunda Especialidad en Derecho Público y Buen Gobierno de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudios de posgrado en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y Harvard University (Harvard Extension School). Abogado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. E-mail: alejandro.suca@pucp.pe



SUMARIO:

1. Introducción; **2.** La figura de la colaboración eficaz en el ámbito penal; **2.1.** Definición de la colaboración eficaz; **2.2.** Principios de la colaboración eficaz; **2.2.1.** Principio de eficacia; **2.2.2.** Principio de oportunidad; **2.2.3.** Principio de proporcionalidad; **2.2.5.** Principio de formalidad procesal; **2.3.** Configuración de la colaboración eficaz: la relevancia de la información y el beneficio obtenido a cambio; **2.4.** Justificación y la finalidad de la colaboración eficaz; **2.5.** Tratamiento de las medidas de protección para el colaborador eficaz; **2.5.1.** Reserva de identidad mediante el uso de códigos; **2.5.2.** Confidencialidad y autonomía del expediente de colaboración eficaz; **3.** El programa de clemencia o *leniency program*; **3.1.** Orígenes del programa de clemencia: Estados Unidos de Norteamérica, Unión Europea e Iberoamérica; **3.1.1.** El surgimiento del *leniency program* en los Estados Unidos de Norteamérica; **3.1.2.** La aplicación del programa de clemencia en la Unión Europea; **3.1.3.** La aplicación del programa de clemencia en Iberoamérica; **3.2.** El concepto del programa de clemencia; **3.3.** Presupuestos del programa de clemencia; **3.3.1.** Los cárteles o acuerdos colusorios; **3.3.2.** La figura de la delación; **3.4.** Justificación y finalidad del programa de clemencia; **3.4.1.** La autonomía y confidencialidad el expediente del programa de clemencia; **3.4.2.** La reserva de la identidad de los colaboradores; **4.** Semejanzas entre la figura de la colaboración eficaz y el programa de clemencia; **4.1.** Configuración de ambas figuras; **4.2.** Objetivos en común; **4.3.** Diseño y funcionamiento de la colaboración eficaz y el programa de clemencia; **4.4.** Niveles de las medidas de protección; **5.** Consideraciones finales y conclusiones; **6.** Referencias

1. INTRODUCCIÓN

Asistimos hoy en día a un cambio radical en la forma de hacer las cosas. Dichos cambios se ven impulsados no solo por los complejos retos sociales que suponen temas tan antiguos y actuales a la vez, como son la corrupción, la inmigración, la diversidad ideológica y otros, sino también por otros nuevos tales como la robótica, el internet de las cosas, la inteligencia artificial y la computación cuántica, por nombrar algunos. Así, no estamos en un escenario donde las reglas de juego están variando, sino que el juego en sí mismo está cambiando.

Ante este escenario, y a propósito de la materia que nos convoca en esta oportunidad, uno de los tópicos que resultará de especial relevancia analizar en los próximos años es la configuración de nuevas conductas delictivas o infractoras¹ y su subsecuente positivización, e incluso, por qué no, la despenalización de algunas otras figuras que hoy en día se encuentran tipificadas. Y es que la innovación tecnológica, con el gran

¹ A nivel administrativo y penal.



impacto que tiene en la sociedad², así como presenta grandes oportunidades para las personas, también puede servir para la vulneración, a través de nuevas técnicas, de diversos bienes jurídicos protegidos y por proteger del Derecho Penal e incluso del Derecho Administrativo.

Por ello, el presente trabajo tiene como objetivo analizar las figuras de la colaboración eficaz en el ámbito penal y el programa de clemencia (*leniency program*) en el Perú, a fin de identificar elementos comunes que aporten a una aplicación clara y predecible de la segunda herramienta, especialmente en lo relativo a las garantías a brindar a los delatores y sus incentivos.

2. LA FIGURA DE LA COLABORACIÓN EFICAZ EN EL ÁMBITO PENAL

2.1. DEFINICIÓN DE LA COLABORACIÓN EFICAZ

Para enfrentar los nuevos retos que supone la lucha contra la criminalidad organizada³ y los delitos de «cuello blanco»⁴, las instituciones judiciales se vieron en la necesidad de recurrir a técnicas e instrumentos jurídicos no tradicionales que le permitiesen identificar, investigar y castigar a las personas que incurriesen en la comisión de estos tipos de actos delictivos. La colaboración eficaz viene a situarse, entonces, como uno de estos nuevos mecanismos capaces de aportar herramientas idóneas y eficaces para conseguir desbaratar a las organizaciones criminales y capturar a sus principales líderes⁵.

La colaboración eficaz es definida, entonces, como un proceso especial y diferente al proceso ordinario, perteneciente a los llamados mecanismos premiales que la

² En la actualidad, por ejemplo, los ciudadanos pueden organizarse de manera más rápida a través de las llamadas “redes sociales” e incluso trasladar un discurso con un alcance equiparable al de los medios de comunicación masivos.

³ Seguimos el planteamiento de DE LA JARA, Ernesto. **Esto es la colaboración eficaz en el Perú**. Lima, Instituto de Defensa Legal, s/f, p. 4: “Se trata de un fenómeno delictivo no convencional, en el sentido que ya no se enfrentan hechos aislados, sino conectados unos con otros, por ser cometidos, precisamente por una organización”.

⁴ Los delitos de «cuello blanco», también conocidos por su denominación en lengua inglesa como «white collar crime», se incardinan dentro del grupo de los delitos económicos. Son cometidos por personas que gozan de cierta posición o jerarquía socioeconómica, que aprovechan dicha situación para acometer su actividad delictiva conculcando bienes jurídicos protegidos de índole económica que afecta a organizaciones corporativas particulares cuyos efectos perjudiciales pueden alcanzar al ámbito organizativo y patrimonial de la Administración Pública. Al respecto, véase a SUTHERLAND, Edwin. **El delito de cuello blanco**. Madrid: Endymion, 1999; y ROQUE, José Rodrigo (Coord.). **Delitos de cuello blanco**. INACIPE, México D.F., 2011.

⁵ De acuerdo a la investigación desarrollada por Quiróz, este mecanismo no es una institución moderna. Su origen se puede rastrear en la época romana donde funcionaba a manera de recompensa para quien delatase a sus cómplices de los actos contrarios a las leyes de la República. QUIROZ, Willian. La colaboración eficaz como estrategia política procesal contra el crimen en el Perú. **Revista Oficial del Poder Judicial**. Lima, vol. 2, n. 1, p. 160. 2008



dogmática y la legislación penal y procesal penal introducen para enfrentar la criminalidad organizada, “de tal manera que se regula la forma en que la persona imputada puede obtener determinados beneficios a cambio de que brinde información oportuna y eficaz”⁶, con la finalidad de que las autoridades competentes cuenten con los elementos necesarios para conocer el funcionamiento de la organización delictiva, identificar a sus principales líderes, evitar los efectos del delito, detener y procesar a los principales autores e imponer sanciones a quienes resulten responsables⁷.

2.2.' PRINCIPIOS DE LA COLABORACIÓN EFICAZ

La colaboración eficaz se sustenta en los principios de eficacia, de oportunidad, proporcionalidad, comprobación y formalidad procesal⁸:

2.2.1. Principio de eficacia

La eficacia debe ser una cualidad de la información, en la medida que ésta debe ser importante y útil para la investigación penal que se realiza o que sirva para dar inicio a una.

2.2.2. Principio de oportunidad

En cuanto a la oportunidad, Sánchez afirma que la información no debe presentarse tardíamente o cuando esta ya pueda ser conocida por otros medios de investigación⁹.

2.2.3. Principio de proporcionalidad

La proporcionalidad sirve para encontrar un punto de equilibrio entre el beneficio que se otorga y la información que se recibe.

2.2.4. Principio de comprobación

El principio de comprobación involucra la corroboración a la que será sometida la información por parte de la autoridad a cargo de la investigación.

⁶ SÁNCHEZ, Pablo. La colaboración eficaz en el nuevo Código Procesal Penal. **Revista Jurídica del Consejo de Defensa Jurídica del Estado**: Estudios sobre la Corrupción y la Criminalidad Organizada Transnacional. Lima, n. 1, p. 24, dic. 2011.

⁷ SÁNCHEZ, Pablo. La colaboración eficaz en el nuevo Código Procesal Penal. **Revista Jurídica del Consejo de Defensa Jurídica del Estado**: Estudios sobre la Corrupción y la Criminalidad Organizada Transnacional. Lima, n. 1, p. 24, dic. 2011.

⁸ SÁNCHEZ, Pablo. La colaboración eficaz en el nuevo Código Procesal Penal. **Revista Jurídica del Consejo de Defensa Jurídica del Estado**: Estudios sobre la Corrupción y la Criminalidad Organizada Transnacional. Lima, n. 1, p. 24, dic. 2011.

⁹ SÁNCHEZ, Pablo. La colaboración eficaz en el nuevo Código Procesal Penal. **Revista Jurídica del Consejo de Defensa Jurídica del Estado**: Estudios sobre la Corrupción y la Criminalidad Organizada Transnacional. Lima, n. 1, p. 24, dic. 2011.



2.2.5. Principio de formalidad procesal

El principio de formalidad procesal se entiende en el cumplimiento de las normas de procedimiento que incluye el tratamiento reservado y el control judicial que permite la verificación del acuerdo¹⁰.

2.3. CONFIGURACIÓN DE LA COLABORACIÓN EFICAZ: LA RELEVANCIA DE LA INFORMACIÓN Y EL BENEFICIO OBTENIDO A CAMBIO

Lo sustantivo de esta figura tiene su base en el acto de arrepentimiento del colaborador, el mismo que reconocerá los hechos delictivos en los que tuvo participación, evidenciando su cambio de actitud mediante el suministro de información suficiente y eficaz a la autoridad encargada de la persecución criminal¹¹.

De ahí que la información deba contribuir al descubrimiento de la estructura organizacional, la forma de actuar de sus integrantes y los hechos delictivos que hayan sido cometidos por cuenta de la organización¹².

A cambio de esta información, la Fiscalía tendrá facultad para negociar un acuerdo con el colaborador eficaz, el cual consistirá en la exoneración o reducción de la pena, siempre que la información brindada sirva para dismantelar y reprimir la formación de organizaciones criminales y a sus principales miembros¹³.

Estas características han sido previstas, por ejemplo, en el ordenamiento jurídico penal peruano, las cuales han sido estipuladas en el artículo 475° del Nuevo Código Procesal Penal Peruano. Así, el referido código señala expresamente lo siguiente:

“Artículo 475.- Requisitos de la eficacia de la información y beneficios premiales

La información que proporcione el colaborador debe permitir, alternativa o acumulativamente:

Evitar la continuidad, permanencia o consumación del delito, o disminuir sustancialmente la magnitud o consecuencias de su ejecución. Asimismo, impedir o neutralizar las

¹⁰ SÁNCHEZ, Pablo. La colaboración eficaz en el nuevo Código Procesal Penal. **Revista Jurídica del Consejo de Defensa Jurídica del Estado**: Estudios sobre la Corrupción y la Criminalidad Organizada Transnacional. Lima, n. 1, p. 24-25, dic. 2011.

¹¹ ORTIZ, Juan Carlos. La delación premiada en España: instrumentos para el fomento de la colaboración con la justicia. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 42-43, jan./abr. 2017.

¹² SÁNCHEZ, Pablo. La colaboración eficaz en el nuevo Código Procesal Penal. **Revista Jurídica del Consejo de Defensa Jurídica del Estado**: Estudios sobre la Corrupción y la Criminalidad Organizada Transnacional. Lima, n. 1, p. 24, dic. 2011.

¹³ ZEGARRA, Diego. El programa de clemencia en el ámbito de la defensa de competencia peruano. In: **Memorias del XIV Congreso de ASIER**. Medellín: ASIER, 2019. p. 3.



futuras acciones o daños que podrían producirse cuando se está ante una organización delictiva;

Conocer las circunstancias en las que se planificó y ejecutó el delito, o las circunstancias en las que se viene aplicando o ejecutando (...)

El colaborador podrá obtener como beneficio premial, teniendo en cuenta el grado de eficacia o importancia de la colaboración en concordancia con la entidad del delito y la responsabilidad por el hecho, los siguientes: exención de la pena, disminución de la pena, suspensión de la ejecución de la pena, o remisión de la pena para quien la está cumpliendo (...)."

A partir de lo descrito y a la luz del planteamiento de QUIROZ¹⁴, podemos advertir que la colaboración eficaz procura la obtención de un beneficio recíproco para los sujetos que participan de esta figura, ya que, por un lado, la Fiscalía conseguirá información sustancial en contra de las organizaciones criminales y, por el otro lado, el colaborador tendrá beneficios de índole punitivo.

2.4. JUSTIFICACIÓN Y FINALIDAD DE LA COLABORACIÓN EFICAZ

La colaboración eficaz se sustenta en la complejidad y dificultad de detectar a las organizaciones criminales; ya que, la mayoría de ellas cuentan con estructuras difusas y dispersas, lo que muchas veces impedía a las autoridades hacerse con la información necesaria para plantear la acusación de los miembros de dichas organizaciones¹⁵.

Sin embargo, con la información aportada por los colaboradores, esta desventaja se fue superando en el tiempo, ya que, los fiscales y jueces podían tener acceso a información eficaz y oportuna sobre las actividades ilícitas, la estructura de la organización, la posición de las personas en la misma y los lugares donde podían ser localizados.

Sobre la base de las circunstancias antes descritas es que se determina que la finalidad de este mecanismo es llegar esclarecer lo ocurrido desde la perspectiva penal, no solo con los medios de investigación comunes bajo la dirección de los jueces y fiscales, sino a través de otros medios que la ley permite para conocer la estructura de las organizaciones criminales¹⁶.

¹⁴ QUIROZ, Willian. La colaboración eficaz como estrategia política procesal contra el crimen en el Perú. **Revista Oficial del Poder Judicial**. Lima, vol. 2, n. 1, p. 161. 2008

¹⁵ Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1301, Decreto Legislativo que modifica el Código Procesal Penal para dotar de eficacia al Proceso Especial por Colaboración Eficaz.

¹⁶ SÁNCHEZ, Pablo. Criminalidad Organizada y procedimiento penal: la colaboración eficaz. In: HURTADO, Pozo (Dir.); SAN MARTÍN, César (Coord.) **La Reforma del Proceso Penal Peruano**: Anuario de Derecho Penal. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Friburgo Suiza, 2004. p. 245.



Así, mediante una lógica de incentivos, las autoridades fiscales y judiciales pueden tener mayores herramientas para combatir la criminalidad y, aunque, ello involucre la negociación con alguien que fue parte de una organización delictiva, prima un enfoque macro en el que se prioriza el desbaratamiento de toda una red a solo capturar a uno de los que forman parte de la misma¹⁷.

2.5. TRATAMIENTO DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN PARA EL COLABORADOR EFICAZ

La colaboración implica la entrega de información por parte una persona vinculada a la organización criminal; hecho que conlleva muchos riesgos para esta persona, que puede verse envuelta en situaciones desventajosas que pongan en riesgo su integridad o la de sus familiares.

Para evitar esas consecuencias adversas, se le proporcionan las siguientes medidas de protección¹⁸:

2.5.1. Reserva de identidad mediante el uso de códigos

Entre los distintos medios de protección, la reserva de la identidad del colaborador eficaz cobra especial relevancia, ya que, su falta de aseguramiento desincentiva a las personas a acogerse al programa de colaboración eficaz, toda vez que la ausencia o deficiencia de este tipos de medios de protección le podrían colocar en una situación riesgosa frente a su ex cómplices¹⁹.

Es fundamental, en ese sentido, que se formulen medidas para asegurar la reserva de la identidad. Una de ellas, y que también fue recogida en el artículo 248 del Decreto Legislativo N° 957, es el uso de códigos o claves para referirse al sujeto acogido al programa de colaboración eficaz²⁰:

¹⁷ ZEGARRA, Diego. El programa de clemencia en el ámbito de la defensa de competencia peruano. In: **Memorias del XIV Congreso de ASIER**. Medellín: ASIER, 2019. p. 4.

¹⁸ De acuerdo al numeral 5 del artículo 1 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1301: "Artículo 1.- Para la aplicación de la presente norma, se emplean las siguientes definiciones: (...)

5. Medidas de protección: son medidas para preservar la vida y la integridad del colaborador ante un peligro o riesgo inminente que se presente contra aquel (...)"

¹⁹ ORTIZ, Juan Carlos. La delación premiada en España: instrumentos para el fomento de la colaboración con la justicia. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 46-47, jan./abr. 2017.

²⁰ También el Decreto Legislativo N° 957 hace referencia a la reserva de la identidad del colaborador en su numeral 3, artículo 476-A:

"Artículo 476-A.- Eficacia de las diligencias de corroboración y su incorporación en otros procesos (...)

1. El Fiscal, de conformidad con el artículo 65 decidirá si aporta el testimonio del colaborador a juicio. Si existiere riesgo para su vida, se reservará su identidad (...)"



“Artículo 248.- Medidas de protección

El fiscal o el juez, según sea el caso, apreciadas las circunstancias previstas en el artículo anterior, de oficio o a instancia de las partes, adoptará según el grado de riesgo o peligro, las medidas necesarias para preservar la identidad del protegido, su domicilio, profesión y lugar de trabajo, sin perjuicio de la acción de contradicción que asista al imputado.

Las medidas de protección que pueden adoptarse son las siguientes:

(...)

Reserva de su identidad y demás datos personales en las diligencias que se practiquen, y cualquier otro dato que pueda servir para su identificación, pudiéndose utilizar para ésta un número o cualquier clave

(...)

g) Utilización de procedimientos tecnológicos, tales como videoconferencias u otros adecuados, siempre que se encuentren con los recursos necesarios para su implementación. Esta medida se adoptará para evitar que se ponga en peligro la seguridad del protegido una vez desvelada su identidad y siempre que lo requiera la preservación del derecho de defensa de las partes.”

Nos interesa, de ese modo, resaltar que, mediante el uso de códigos o claves para ocultar la identidad de los colaboradores se consiguen tres efectos:

- Se protege la identidad de los colaboradores.
- Se consolida la eficacia del programa, puesto que se obtiene información privilegiada y eficaz para iniciar la investigación criminal.
- No se conculca el derecho a la contradicción de los acusados, toda vez que, estos podrán tener acceso a las declaraciones y documentos sustentatorios que forman parte del expediente fiscal, sin que ello, represente un riesgo para los colaboradores.

2.5.2. Confidencialidad y autonomía del expediente de colaboración eficaz

Otro de los medios de protección del colaborador eficaz se traduce en la autonomía del expediente de colaboración eficaz y su declaratoria de confidencialidad de la información que se encuentra en dicha carpeta fiscal.



El objetivo de mantener en confidencialidad el contenido del expediente es mantener la eficacia de la investigación, ya que, de ser información de libre acceso, los presuntos responsables podrían obstaculizar la investigación o destruir la evidencia que los incrimine.

Este medio de protección, es posible advertirlo en el numeral 3 del artículo 472 del Decreto Legislativo N° 957:

“Artículo 472.- Solicitud

(...)

El proceso especial de colaboración eficaz es autónomo y pueden comprender información de interés para una o varias investigaciones (...).”

Del mismo modo, la utilización de este mecanismo de protección ha sido desarrollada en el acápite 7.7. del Instructivo General, tal como consta en la siguiente glosa:

“7.7. Carpeta fiscal

La carpeta es reservada, por lo que el fiscal de la colaboración tomará las medidas pertinentes para su debida cautela.

La reserva de la carpeta requiere un tratamiento especial a efectos de su custodia; así como el traslado de información que se realice a las diferentes investigaciones o procesos penales en los que se requiera la información proporcionada.”

Con base en lo examinado hasta este punto, es necesario advertir que las medidas de protección cumplen una finalidad directa e indirecta. La primera se cumple garantizando la seguridad de los colaboradores, mediante la no relevación de su identidad; y la segunda se cumple, asegurando la participación de colaboradores y manteniendo la confidencialidad de la información, ya que ello, asegura la eficacia del programa.

3. EL PROGRAMA DE CLEMENCIA O *LENIENCY PROGRAM*

Iniciamos nuestra investigación con la descripción de las características de la figura de la colaboración eficaz en el ámbito penal y cómo se desarrolló el tratamiento de los mecanismos de protección a favor del colaborador.

El objetivo de ello fue ofrecer un enfoque panorámico que nos permitiese identificar los aspectos que sirvieron de base configurativas al programa de clemencia incorporado en el ámbito administrativo a través de la normativa de competencia.



Hechas estas precisiones, corresponde revisar los orígenes del programa de clemencia para conocer sus presupuestos y advertir cuál es su finalidad y justificación.

3.1. ORÍGENES DEL PROGRAMA DE CLEMENCIA: ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA, UNIÓN EUROPEA E IBEROAMÉRICA

3.1.1. El surgimiento del *leniency program* en los Estados Unidos de Norteamérica

El programa de clemencia o *leniency program*, por sus siglas en inglés, es una figura que tiene arraigo en el derecho anglosajón. Esta herramienta tuvo su origen en 1978 en los Estados Unidos de Norteamérica en la práctica de la División Antimonopolio del Departamento de Justicia de los Estados Unidos (en adelante, DFO)²¹.

En 1993, este programa tuvo una reforma, a través de la *Corporate Leniency Policy*, cuya finalidad fue su actualización para volverla más atractiva. Esta consistió en dotar de una amnistía automática frente a cargos penales para el delator y clasificar el uso de beneficios en función al momento en que se hiciese la colaboración²².

Los elementos que caracterizan al programa de clemencia estadounidense son los siguientes:

- Una empresa o sus ejecutivos declaren o brinden información relevante para descubrir la formación de un cártel a título de colaboradores.
- La exoneración o reducción de la pena o sanción administrativa como beneficio ofrecido por la Autoridad competente a los colaboradores.
- Establecimiento de niveles de exoneración o reducción en función a la oportunidad de la entrega de la declaración o información.
- La “amnistía plus” como incentivo adicional para los colaboradores que puedan ayudar a descubrir más cárteles con la información que brinden.
- La existencia de mecanismos de protección para los colaboradores.

²¹ Véase: CHEN, Joe; HARRINGTON, Joseph. The impact of the corporate Leniency Program on Cartel Formation and the Cartel Price Path. **The Political Economy of Antitrust**. Tokyo: CIRJE F-Series CIRJE-F-358, CIRJE, Faculty of Economics, University of Tokyo. p. 59. 2005.

²² MOLINA, Juliana. Hacia la implementación de un programa de clemencia en Colombia. **Revista Derecho Competencia**. Bogotá, vol. 5, n. 5, p. 632, ene./dic. 2009.



3.1.2. La aplicación del programa de clemencia en la Unión Europea

Con base en el modelo estadounidense, la Comisión Europea de Competencia de la Unión Europea introdujo su propia versión en 1996, a través de la *Commission Notice on the Non-Imposition or Reduction of Fines in Cartel Cases*²³.

Este programa reprodujo gran parte de lo que ya se había trabajado en Estados Unidos, con la diferencia que no contempló la “amnistía plus” que sí existía en aquel país²⁴.

Los elementos que caracterizan al programa de clemencia comunitario son los siguientes:

- Se admite que una empresa o sus ejecutivos puedan acogerse al programa de clemencia y brinden información relevante para descubrir la formación de cárteles.
- Se ofrece una exoneración o reducción de la sanción a los colaboradores que cumplan con los brindar declaraciones o informaciones relevantes.
- La Autoridad establece niveles de reducción de la sanción para los solicitantes que no hayan sido los primeros en solicitar el beneficio. A estos últimos, se les exige que su información posea valor significativo a la investigación²⁵.
- La existencia de mecanismos de protección para los colaboradores²⁶.

3.1.3. La aplicación del programa de clemencia en Iberoamérica

El 3 de julio de 2007 fue aprobada en España la Ley 15/2007, Ley de Defensa de Competencia. Esta legislación, a través de los artículos 65 y 66²⁷, adoptó los princi-

²³ “El estatuto jurídico de la denuncia administrativa: la introducción del programa de clemencia en el procedimiento sancionador” NAVAJAS, Miguel. El estatuto jurídico de la denuncia administrativa: la introducción del programa de clemencia en el procedimiento sancionador. In: HUERGO, Alejandro (Dir.). **Problemas actuales del derecho administrativo sancionador**. Madrid: Lustel, 2018. p. 186; “El programa de clemencia en la Unión Europea ha pasado por tres etapas, correspondiendo cada una de ellas a sucesivas actualizaciones de la Comunicación de la Comisión relativa a la no imposición de multas o la reducción de su importe en los casos de cárteles- la primera de ellas, de 18 de julio de 1996, la segunda de 19 de febrero de 2002- siendo la última publicada en el DOCE de 8 de diciembre de 2006 (2006/C298/11)”.

²⁴ MOLINA, Juliana. Hacia la implementación de un programa de clemencia en Colombia. **Revista Derecho Competencia**. Bogotá, vol. 5, n. 5, p. 638, ene./dic. 2009.

²⁵ Se aplica una deducción de entre el 30% y el 50% del monto de la multa al colaborador inmediatamente posterior al primero; al que sigue se le aplica una deducción entre el 20% y 30% y a los demás, se le aplica hasta el 20%.

²⁶ En palabras de MOLINA, Juliana. Hacia la implementación de un programa de clemencia en Colombia. **Revista Derecho Competencia**. Bogotá, vol. 5, n. 5, p. 644, ene./dic. 2009: “(...) se resalta la protección que se brinda en el marco de un programa de clemencia para las empresas que aspiran a ésta (sic), ya que sus declaraciones gozan de reserva en cuanto no serán ni públicas, ni divulgadas, es decir, no se trasladará las pruebas a juicio civil por daños y perjuicios”.

²⁷ “Artículo 65. *Exención del pago de la multa*

1. Sin perjuicio de lo establecido en los artículos anteriores, la Comisión Nacional de la Competencia eximirá a una empresa o a una persona física del pago de la multa que hubiera podido imponerle cuando:

a) Sea la primera en aportar elementos de prueba que, a juicio de la Comisión Nacional de la Competencia, le permitan ordenar el desarrollo de una inspección en los términos establecidos en el artículo 40 en relación con



pales aspectos de la normativa desarrollada por el derecho comunitario, teniendo como principal característica el intercambio de beneficios punitivos por información relevante.

En México también se incorporó una política de clemencia, la cual fue refrendada en la Ley Federal de Competencia Económica el 23 de mayo de 2014. De manera posterior, la Comisión Federal de Competencia Económica (en adelante, la COFECE), publicó la Guía del Programa de Inmunidad y Reducción de Sanciones (en adelante, la Guía de Inmunidad), en virtud del artículo 103²⁸ de la legislación antes glosada.

En el caso de Chile, este país incorporó su programa de delación compensada, a través de la publicación del Decreto Ley N° 211²⁹ de 22 de diciembre de 1973. Con la finalidad de presentar un documento en el que se detalle y explique los procedimientos y beneficios de la delación compensada prevista en el artículo 39 bis³⁰ de la citada norma, la Fiscalía Nacional Económica de Chile publicó la Guía Interna sobre Delación Compensada en Casos de Colusión (en adelante, la Guía de Delación Compensada).

Colombia también incorporó su programa de colaboración a través de la Ley 1340 de 2009 la misma que fue reglamentada por el Decreto 1074³¹. En el artículo 14³² de la

un cártel, siempre y cuando en el momento de aportarse aquellos no se disponga de elementos suficientes para ordenar la misma o (...)

3. La exención del pago de la multa concedida a una empresa beneficiará igualmente a sus representantes legales, o a las personas integrantes de los órganos directivos y que hayan intervenido en el acuerdo o decisión, siempre y cuando hayan colaborado con la Comisión Nacional de la Competencia.

Artículo 66. *Reducción del importe de la multa*

1. La Comisión Nacional de la Competencia podrá reducir el importe de la multa correspondiente en relación con aquellas empresas o personas físicas que, sin reunir los requisitos establecidos en el apartado 1 del artículo anterior:

a) faciliten elementos de prueba de la presunta infracción que aporten un valor añadido significativo con respecto a aquéllos de los que ya disponga la Comisión Nacional de la Competencia (...).

²⁸ "Artículo 103. Cualquier Agente económico que haya incurrido o esté incurriendo en una práctica monopólica absoluta; haya participado directamente en prácticas monopólicas absolutas en representación o por cuenta y orden de personas morales; y el Agente Económico o individuo que haya coadyuvado, propiciado, inducido o participado en la comisión de prácticas monopólicas absolutas, podrá reconocerla ante la Comisión y acogerse al beneficio de la reducción de las sanciones establecidas en esta Ley, siempre y cuando:

I. Sea el primero, entre los Agentes Económicos o individuos involucrados en la conducta, en aportar elementos de convicción suficientes que obren en su poder y de los que pueda disponer y que a su juicio de la Comisión permitan iniciar el procedimiento de investigación o, en su caso, presumir la existencia de la práctica monopólica absoluta (...).

²⁹ El Decreto Ley N° 211 fue posteriormente modificado por la Ley N° 20.945, Ley que perfecciona el Sistema de Defensa de la Libre Competencia de fecha 30 de agosto de 2016. Esta reforma fue la que incorporó la versión actual del régimen del programa de clemencia chileno o también conocido como delación compensada.

³⁰ "Artículo 39 bis. - (...)

Para acceder a uno de estos beneficios, quien intervenga en la conducta deberá cumplir con 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 (...).

³¹ El Reglamento fue posteriormente modificado por el Decreto 1523 del 2015.

³² "Artículo 14. Beneficios por Colaboración con la Autoridad. La Superintendencia de Industria y Comercio podrá conocer beneficios a las personas naturales o jurídicas que hubieren participado en una conducta



citada ley se estableció el alcance y los procedimientos para obtener el beneficio por colaboración, los cuales guardan similitudes con las legislaciones de Estados Unidos de Norteamérica, la Unión Europea, España y Chile.

3.2. EL CONCEPTO DEL PROGRAMA DE CLEMENCIA

El programa de clemencia se define como una herramienta orientada a superar la situación de impotencia de las agencias de competencia para detectar y reprimir las conductas anticompetitivas provocadas por los acuerdos colusorios horizontales (*hard cartel*)³³.

Así, representa un mecanismo consensual en el que una de las partes entrega información relevante, oportuna y eficaz sobre la existencia de un cártel a cambio de una exoneración o atenuación de la potencial sanción a la que estaría expuesto³⁴.

3.3. PRESUPUESTOS DEL PROGRAMA DE CLEMENCIA

Son dos los presupuestos que dan forma al programa de clemencia: la existencia de un cártel formado por empresas coludidas, y la figura de la delación, que implica la remisión de información vital sobre el funcionamiento del cártel.

3.3.1. Los cárteles o acuerdos colusorios

Se caracterizan por su tendencia a obtener un control sobre la producción y distribución en un mercado determinado; por lo que esta práctica está considerada como una conducta indeseable y grave en materia de la competencia, creando consecuencias nefastas a la estructura de un mercado de un país determinado³⁵.

Así, conviene remarcar que la generación de cárteles o “la cartelización” carga con este estigma debido a que los efectos que producen socavan directamente la eficiencia y las bases sobre las que se edifica la competencia, ya que, se trata de un acuerdo que no comporta eficiencias productivas, sino, como fue indicado, perjudica la generación de estas últimas³⁶.

que viole las normas de competencia, en caso de que informen a la autoridad de competencia acerca de la existencia de dicha conducta y/o colaboren con la entrega de información y de pruebas (...)

1. Los beneficios podrán incluir la exoneración total o parcial de la multa que le sería impuesta. No podrán acceder a los beneficios el instigador o promotor de la conducta (...)."

³³ MOLINA, Juliana. Hacia la implementación de un programa de clemencia en Colombia. **Revista Derecho Competencia**. Bogotá, vol. 5, n. 5, p. 613, ene./dic. 2009.

³⁴ EUGENIO, José. **La defensa de la competencia en España**. Madrid: Iustel, 2007. p. 213.

³⁵ JIMÉNEZ, Fernando. La persecución de los cárteles: la política de clemencia. In: MARTÍNEZ-LAGE, Santiago; PETITBÔ I JUAN, Amadeu (Coord.). **La modernización del derecho de la competencia en España y en la Unión Europea**. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 127.

³⁶ JIMÉNEZ, Fernando. La persecución de los cárteles: la política de clemencia. In: MARTÍNEZ-LAGE, Santiago; PETITBÔ I JUAN, Amadeu (Coord.). **La modernización del derecho de la competencia en España y en la Unión Europea**. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 129.



3.3.2 La figura de la delación

Esta se define como un acto mediante el cual un particular pone en conocimiento de las entidades públicas la comisión de una conducta atentatoria del ordenamiento jurídico³⁷.

Existe una clasificación propuesta por Doménech³⁸, quien distingue tres tipos de delación, en función a las personas a que se refiera:

- La autodelación, la cual se da cuando uno se denuncia a sí mismo.
- La heterodelación, la cual se da cuando se denuncia a otras personas.
- La delación mixta, la cual se da cuando denuncia una infracción cometidas por un grupo de personas del que el delator formó parte.

Ahora bien, esta clasificación nos permite determinar cuál es el tipo de delación propia del programa de clemencia. De acuerdo al concepto del programa de clemencia que hemos expuesto previamente, este se produce cuando una persona que ha sido parte de un cártel confiesa haber tenido dicha filiación, así como, también, indica a las demás personas que fueron o continúan perteneciendo a ese cártel con la finalidad de obtener una exoneración o reducción de la sanción que le correspondería en circunstancias normales.

Se advierte, por lo tanto, que en el programa de clemencia concurren una autodelación y una heterodelación, ya que, el colaborador admite haber cometido una infracción y denuncia a quienes lo acompañaron en dicha conducta antijurídica. Por ende, es posible colegir que el programa de clemencia se enmarca dentro de la delación mixta.

3.4. JUSTIFICACIÓN Y FINALIDAD DEL PROGRAMA DE CLEMENCIA

El surgimiento de la figura del programa de clemencia se justificó a partir de la dificultad que tenía la autoridad de competencia para obtener pruebas que pudieran acreditar la existencia de un cártel, así como demostrar la responsabilidad de los autores³⁹. Esto último representaba una desventaja para las autoridades, las cuales solo contaban con las herramientas tradicionales de investigación y sanción basadas en un

³⁷ ZEGARRA, Diego. El programa de clemencia en el ámbito de la defensa de competencia peruano. In: **Memorias del XIV Congreso de ASIER**. Medellín: ASIER, 2019. p. 5.

³⁸ DOMÉNECH, Gabriel. Roma Delatoribus Praemiat: La denuncia en el derecho público. In: DIEZ, Juan José (Coord.). **Función Inspectora**. Madrid: INAP, 2013. p. 171-187

³⁹ En base a lo señalado en los numerales precedentes, coincidimos con el planteamiento de NAVAJAS, Miguel. El estatuto jurídico de la denuncia administrativa: la introducción del programa de clemencia en el procedimiento sancionador. In: HUERGO, Alejandro (Dir.). **Problemas actuales del derecho administrativo sancionador**. Madrid: lustel, 2018. p. 187; para quien el programa de clemencia justifica su operación porque permite dismantelar las prácticas que obstruyen o limitan la libre competencia, en lugar de priorizar la imposición de sanción, dado que el beneficio resultante de dismantelar cárteles es muy superior al interés que pueda suponer sancionar financieramente a las empresas que hayan cooperado con las autoridades de competencia.



enfoque punitivo⁴⁰. Jiménez⁴¹ sostiene que son tres las dificultades que se presentan por mantener este tipo de esquema:

- Dificultad para obtener pruebas documentales;
- Las limitaciones de las autoridades de competencia en lo que respecta a los recursos con los que cuenta;
- Limitado efecto disuasorio de la sanción como otro de las debilidades del esquema tradicional.

En cuanto a la finalidad del programa de clemencia⁴², cabe indicar que la misma se fundamenta en:

- La desestabilización de cárteles existentes.
- La disuasión de formación de nuevos cárteles.
- La reducción de costos del proceso persecutorio.
- Tratamiento de las medidas de protección para los colaboradores

Un aspecto importante en su implementación está relacionado a las medidas de protección para los colaboradores. Por ese motivo, el programa de clemencia dispone los siguientes mecanismos de protección.⁴³

3.4.1. La autonomía y confidencialidad el expediente del programa de clemencia

La primera medida que se adopta cuando se recibe una solicitud de clemencia, es dotar de autonomía a dicha solicitud y tramitarlo en un expediente aparte. Esta opción se orienta a proteger la confidencialidad de la información, toda vez, que su revelación podría advertir a los presuntos responsables y ello conllevaría al fracaso de las investigaciones.

⁴⁰ JIMÉNEZ, Fernando. La persecución de los cárteles: la política de clemencia. In: MARTÍNEZ-LAGE, Santiago; PETITBÔ I JUAN, Amadeu (Coord.). **La modernización del derecho de la competencia en España y en la Unión Europea**. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 132- 134.

⁴¹ Seguimos el planteamiento de JIMÉNEZ, Fernando. La persecución de los cárteles: la política de clemencia. In: MARTÍNEZ-LAGE, Santiago; PETITBÔ I JUAN, Amadeu (Coord.). **La modernización del derecho de la competencia en España y en la Unión Europea**. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 133, para quien, debido a la dificultad de obtener pruebas, las autoridades se ven en la necesidad de recurrir a la prueba de presunciones, de forma que tras la investigación se llegue a la conclusión de que la única explicación lógica sea por inferencia o deducción. Sin embargo, esta práctica no resulta la más idónea y legítima para destruir la presunción de inocencia del imputado.

⁴² MOLINA, Juliana. Hacia la implementación de un programa de clemencia en Colombia. **Revista Derecho Competencia**. Bogotá, vol. 5, n. 5, p. 646, ene./dic. 2009.

⁴³ Sobre este particular, es importante seguir lo señalado por GUZMÁN, Clara. **El Programa de clemencia en el sistema español de defensa de la competencia**: una visión práctica. Working paper IE-Law School (AJ8-188). Madrid: Centro de Estudios Europeos, 2012. p. 7; para quien la autoridad debe garantizar la confidencialidad de la solicitud de clemencia y de la información presentada, así como el anonimato del solicitante de clemencia. En ese sentido, es confidencial el hecho mismo de la presentación de una solicitud de clemencia, junto con todos los datos o documentos que acompañen a dicha solicitud y que también se consideran de carácter confidencial.



La confidencialidad y autonomía de la información contenida en el expediente es una medida que ha tenido tratamiento en las legislaciones de otros países. Por ejemplo, esto último se ve reflejado en el artículo 2.2.2.29.4.4 del Decreto 1074 de 2015⁴⁴ de Colombia.

Del mismo modo, en el acápite IV de la Guía de Inmunidad de México dispone que solo los servidores públicos tendrán acceso y conocimiento a las solicitudes de inmunidad, ya que, estos expedientes son confidenciales⁴⁵. También es posible observar este mecanismo en el acápite 81 de la Guía de Delación Compensada⁴⁶ y en el numeral a) del artículo 39 del Decreto Ley 211 de Chile⁴⁷.

Como se observa, la confidencialidad y autonomía del expediente donde se recoge la solicitud del colaborador ha sido incorporado como parte del programa de clemencia en diversas legislaciones, lo cual evidencia su importancia y necesidad en la configuración del mismo.

3.4.2. La reserva de la identidad de los colaboradores

La segunda medida se orienta más a la protección de la integridad de las personas. Para conseguir este fin, se reserva la identidad de los colaboradores, así como, también se hace lo mismo con la información que sirva para deducir su identidad. Esta medida evita que los demás imputados sepan quién es el colaborador y preserva la tranquilidad y seguridad de este último.

Con la finalidad de mantener la reserva del colaborador, la autoridad puede recurrir al uso de varios métodos que aseguren el cumplimiento de esta tarea. La forma más común, y que tiene bastante éxito en el ámbito penal, es el uso de códigos o claves para referirse al colaborador, de quien solo las autoridades conocerán su verdadera identidad.

La reserva de la identidad es una preocupación que ha sido atendida, también, por otras legislaciones como la chilena, la cual resalta la importancia de mantener en reserva la identidad de los colaboradores⁴⁸. El mismo tratamiento dado en la ley chilena

⁴⁴ "(...) Artículo 2.2.2.29.4.4. Expediente separado por cada solicitud de beneficios. Cada solicitud de beneficios por colaboración se transmitirá en expediente separado del que corresponda a la investigación (...)".

⁴⁵ "IV. CONFIDENCIALIDAD Y RESGUARDO DE LA IDENTIDAD DEL SOLICITANTE (...)

En este sentido, durante el trámite de las solicitudes y la investigación, solo tendrán acceso a los expedientes de trámite de las solicitudes de inmunidad los servidores públicos de la DGIPMA asignados y el titular de la Autoridad Investigadora, pues dichos expedientes son confidenciales (...)"

⁴⁶ "(...) 81. Confidencialidad. En resguardo de la eficacia de sus investigaciones, la FNE mantendrá en confidencialidad la existencia de la Solicitud de Beneficios (...)".

⁴⁷ "(...) Asimismo, el Fiscal Nacional Económico podrá disponer de oficio o a petición del interesado, que ciertas piezas del expediente sean reservadas o confidenciales, siempre que tengan por objeto proteger la identidad de quienes hayan efectuado declaraciones o aportado antecedentes en conformidad al artículo 39 bis (...)".

⁴⁸ "Artículo 39º.- El Fiscal Nacional Económico, en el ejercicio de sus funciones, será independiente de todas



se presenta en su Guía de Delación Compensada en donde señala que *“se protegerá la identidad de quienes hayan efectuado declaraciones o aportado antecedentes en el marco de la solicitud de beneficios (...)”*.

En la normativa mexicana también cobra realce la importancia de mantener en reserva la identidad de los colaboradores, tal como queda registrado en el acápite IV, el cual señala que *“(...) el solicitante puede estar seguro de que la COFECE mantendrá con carácter de confidencialidad la identidad de los agentes económicos que pretendan ingresar al Programa (...)”*.

Conforme a lo expuesto, queda patente la importancia que tiene la conservación de la identidad del colaborador en la legislación comparada a efectos de que este no se vea expuesto a una situación desventajosa ni que su develación socave la eficacia del programa de clemencia, el cual se nutre, fundamentalmente, de la información derivada de los colaboradores.

4. SEMEJANZAS ENTRE LA FIGURA DE LA COLABORACIÓN EFICAZ Y EL PROGRAMA DE CLEMENCIA

Ambas figuras, a pesar de ser aplicadas en ámbitos jurídicos diferentes, guardan similitudes en cuanto a su configuración, funcionamiento y finalidades.

4.1. CONFIGURACIÓN DE AMBAS FIGURAS

La colaboración eficaz y el programa de clemencia son mecanismos o herramientas para combatir, de manera eficaz, actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico. Ambas se sustentan en la participación de un delator que brinda información privilegiada, oportuna y relevante a cambio de recibir una exención en sus sanciones penales o administrativas.

4.2. OBJETIVOS EN COMÚN

El objetivo de la colaboración eficaz y el programa de clemencia es tener acceso a información útil, pero de difícil acceso para las autoridades. Por ello, el rol del delator es esencial, ya que, siendo este parte de la organización infractora o delictiva, cuenta con información sobre la composición, el funcionamiento, las identidades de los autores y

las autoridades y tribunales ante los cuales actúe. Podrá, en consecuencia, defender los intereses que le están encomendados, en la forma que estime arreglada a derecho, según sus propias apreciaciones.

Serán atribuciones y deberes del Fiscal Nacional Económico:

a) (...) El Fiscal Nacional Económico (...) podrá disponer que las investigaciones que se instruyan de oficio o en virtud de denuncias tengan el carácter de reservadas (...) siempre que tengan por objeto proteger la identidad de quienes hayan efectuado declaraciones o aportado antecedentes en conformidad al artículo 39 bis, o que contengan fórmulas, estrategias o secretos comerciales o cualquier otro elemento cuya revelación pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular, o resguardar la eficacia de investigaciones de la Fiscalía (...)."



las actividades ilícitas que hayan sido cometidas. De ahí que se premie al colaborador con la exención o reducción de su sanción, toda vez que, posibilitará el desmantelamiento de toda la organización.

4.3. DISEÑO Y FUNCIONAMIENTO DE LA COLABORACIÓN EFICAZ Y EL PROGRAMA DE CLEMENCIA

El programa de clemencia y la colaboración eficaz funcionan en base a una lógica de incentivos para las personas que formen parte de estas organizaciones criminales o cárteles. De lo que se trata es de moldear un esquema de incentivos suficientemente atractivo para alentar a que las personas se acojan a estos procedimientos de colaboración.

Así, el establecimiento de incentivos adecuados en la estructura de cada uno de dichos mecanismos para que los delatores prefieran dichas herramientas sobre otras que también aporten beneficios, es de vital análisis en la formulación de las mismas. Por ejemplo, en el caso peruano, el Capítulo III del Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas – Decreto Legislativo N° 1034, aprobado mediante Decreto Supremo N° 030-2019-PCM, regula el Compromiso de Cese y la Solicitud de Exoneración de Sanción. Sobre el primero, el artículo 25⁴⁹ de dicha norma señala que el Compromiso de Cese se presenta luego de iniciado el procedimiento o notificada la imputación de cargos, y podrá realizarse de manera individual o conjunta, y el objetivo es lograr la terminación anticipada del procedimiento a cambio de medidas correctivas que contrarresten los efectos de la conducta infractora.

Sobre el segundo, el Programa de Clemencia⁵⁰ se sustenta en la regulación de la Solicitud de Exoneración de Sanción, contenida en el artículo 26⁵¹ del citado Texto

⁴⁹ "Artículo 25.- Compromiso de Cese.-

25.1. Dentro del plazo de cuarenta y cinco (45) días hábiles contados desde la fecha de notificación de la imputación de cargos o resolución de inicio del procedimiento, los investigados podrán ofrecer, de manera individual o conjunta, un compromiso de cese referido a la terminación anticipada del procedimiento administrativo sancionador a cambio de implementar medidas correctivas eficaces para contrarrestar los efectos de la conducta infractora.

25.2. La solicitud de compromiso de cese se tramitará como cuestión incidental, siendo accesoria del expediente principal.

(...)"

⁵⁰ A fin de dotar de mayor predictibilidad al mecanismo el Indecopi ha emitido una guía del Programa de Clemencia, la misma que desarrolla el contenido de la solicitud de exoneración de sanción. Al respecto, véase INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL – INDECOPI. Guía de Programa de Clemencia. Lima: INDECOPI, 2017.

⁵¹ "Artículo 26.- Exoneración de sanción.-

26.1. Antes del inicio de un procedimiento administrativo sancionador, cualquier persona podrá solicitar a la Secretaría Técnica que se le exonere de sanción a cambio de aportar pruebas que ayuden a detectar y acreditar la existencia de una práctica colusoria, así como a sancionar a los responsables.

26.2. La solicitud de exoneración de sanción se presentará por escrito y será tramitada, en un expediente confidencial, de conformidad con el siguiente procedimiento:

(...)"



Único Ordenado. Como ha sido regulada, por un lado, la solicitud se presenta de manera independiente, por lo que no se aceptan solicitudes conjuntas que consideren a más de un agente económico involucrado⁵², situación que desde ya puede influir en la elección de dicho mecanismo o, por el contrario, de un Compromiso de Cese. Por otro lado, la oportunidad para presentar una solicitud considera que ésta se presenta antes del inicio del procedimiento sancionador, aportando pruebas sobre la existencia de la práctica colusoria.

El diseño de cada uno de los mecanismos premiales debe considerar, entre otras, dos perspectivas:

- Un análisis de coherencia interna, la misma que implicará que cada uno de los elementos de la estructura y regulación del mecanismo premial promueven y sustentan el objetivo del mismo. Por ejemplo, tanto la colaboración eficaz como el programa de clemencia tienen como objetivo la obtención de información relevante para la investigación de delitos o infracciones administrativas. Así, la regulación de los mismos debe servir y reforzar la calidad y pertinencia de dicha información, estableciendo recompensas adecuadas por ello. Cualquier elemento que desvíe la atención de dicho objetivo desnaturaliza en sí mismo la herramienta.
- Un análisis de coherencia sistemática, la misma que implicará que el mecanismo premial analizado no colisione ni sustituya los objetivos de otro régimen de beneficios o, en general, figura legal. Ello garantiza que se establezcan los incentivos correctos en los agentes económicos para preferir un mecanismo sobre otro, alineado al objetivo de su existencia.

4.4. NIVELES DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN

Las medidas de protección referentes a la confidencialidad del expediente y la reserva de la identidad de los colaboradores se encuentran incorporadas tanto en la colaboración eficaz y el programa de clemencia.

La razón de su inclusión en el diseño de ambas figuras reside en la necesidad de ofrecerle garantías de seguridad al colaborador, ya que, su integridad puede correr riesgo en caso se llegue a descubrir su identidad. Sobre este punto, conviene traer a colación lo declarado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el asunto *Norín Catrimán y otros vs. Chile*⁵³.

En dicho caso, la Corte expresó que la utilización de estas medidas de protección no era contraria a los derechos fundamentales y garantías procesales reconocidas en

⁵² INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL – INDECOPI. Guía de Programa de Clemencia. Lima: INDECOPI, 2017. p. 26.

⁵³ Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C Nº 279, fundamentos jurídicos 245-247.



la Convención Americana de Derechos Humanos, en la medida que los Estados deben buscar alternativas que sean propicias al cumplimiento de sus finalidades.

Con todo, en ambas figuras, cobra realce los mecanismos de protección; sin embargo, depende mucho de qué grado de fortalecimiento se les dote a estas figuras en el diseño final para advertir si el nivel de protección es el mismo en el ámbito penal y en el administrativo.

5. CONSIDERACIONES FINALES Y CONCLUSIONES

Los mecanismos premiales ofrecen una serie de beneficios frente a la investigación exclusiva de los hechos por parte del propio Estado, tales como eficiencias en los costos administrativos de investigación, costos de especialización en la conducta a analizar o, simplemente, acceso a información que no podría ser obtenida sino fuese a través de un delator.

Reforzar la claridad y predictibilidad de los mecanismos premiales permitirá hacer frente a los nuevos retos que hoy en día se nos presentan dado el perfeccionamiento de las técnicas para infringir normas penales y administrativas. Entonces, en la formulación de los mecanismos premiales deben considerarse los incentivos de los investigados y garantizar su acceso y participación.

Como vimos, el establecimiento de un mecanismo premial debe contar con un análisis de, por lo menos, coherencia interna y sistemática, y en ambos casos no se debe perder de vista el objetivo del mismo. Toda regulación y aplicación del mismo debe reforzar su objetivo, enviando señales a los investigados de las ventajas que ofrece frente a las sanciones asociadas a la conducta ilícita sin dicho mecanismo.

Ahora bien, resulta importante garantizar la confidencialidad y reserva de identidad de los delatores. Así, por ejemplo, en el Derecho Penal se emplean reservas de identidad mediante el uso de códigos, situación que, de forma análoga para el Derecho Administrativo, no vulneraría el derecho a la contradicción de los acusados si en la investigación se ofrece el acceso a las declaraciones y documentos sustentatorios. En la búsqueda de la verdad material en el ámbito administrativo, no es la mera declaración del delator lo que busca satisfacer a aquella, sino las pruebas que acrediten las declaraciones que hace el investigado respecto de los hechos.

Como anotación final podemos indicar que, a fin de incentivar el acceso a la colaboración eficaz y a los programas de clemencia, se debe dotar de seguridad a las bases de datos donde se almacene y administre esta información. Por ejemplo, y sobre la seguridad de bases de datos que contengan datos personales, la vigente Ley de protección de datos personales, Ley N° 29733, en su artículo 34, creó el Registro Nacional de Protección de Datos Personales a cargo de la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales, a fin de, entre otros, inscribir los bancos de datos



personales de administración pública o privada⁵⁴. A su vez, dicha ley en su artículo 9 regula el Principio de Seguridad, el mismo que impone la obligación a los titulares públicos y privados de los bancos de datos y responsables de su tratamiento, de “adoptar las medidas técnicas, organizativas y legales necesarias para garantizar la seguridad de los datos personales. Las medidas de seguridad deben ser apropiadas y acordes con el tratamiento que se vaya a efectuar y con la categoría de datos personales de que se trate”⁵⁵.

El actual Reglamento de la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales, fue aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-2013-JUS. En su artículo 10⁵⁶, complementa el desarrollo del Principio de Seguridad de la ley e indica que se busca evitar, la adulteración, pérdida y desviaciones de información, sean éstas generadas de manera intencional o no, producto del factor humano o medio técnico empleado. Con ello se muestra la relevancia de proteger las bases de datos que contengan datos personales y garantizar la integridad de las mismas.

Mientras que el banco de datos no se encuentre en los supuestos de exclusión de la Ley de Protección de Datos Personales⁵⁷, los organismos públicos deben velar por con-

⁵⁴ “Artículo 34. Registro Nacional de Protección de Datos Personales

Créase el Registro Nacional de Protección de Datos Personales como registro de carácter administrativo a cargo de la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales, con la finalidad de inscribir en forma diferenciada, a nivel nacional, lo siguiente:

1. Los bancos de datos personales de administración pública o privada, así como los datos relativos a estos que sean necesarios para el ejercicio de los derechos que corresponden a los titulares de datos personales, conforme a lo dispuesto en esta Ley y en su reglamento.

El ejercicio de esta función no posibilita el conocimiento del contenido de los bancos de datos personales por parte de la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales, salvo procedimiento administrativo en curso.

2. Las comunicaciones de flujo transfronterizo de datos personales.

3. Las sanciones, medidas cautelares o correctivas impuestas por la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales conforme a esta Ley y a su reglamento.

Cualquier persona puede consultar en el Registro Nacional de Protección de Datos Personales la existencia de bancos de datos personales, sus finalidades, así como la identidad y domicilio de sus titulares y, de ser el caso, de sus encargados”.

⁵⁵ “Artículo 9. Principio de seguridad

El titular del banco de datos personales y el encargado de su tratamiento deben adoptar las medidas técnicas, organizativas y legales necesarias para garantizar la seguridad de los datos personales. Las medidas de seguridad deben ser apropiadas y acordes con el tratamiento que se vaya a efectuar y con la categoría de datos personales de que se trate.”

⁵⁶ “Artículo 10.- Principio de seguridad.

En atención al principio de seguridad, en el tratamiento de los datos personales deben adoptarse las medidas de seguridad que resulten necesarias a fin de evitar cualquier tratamiento contrario a la Ley o al presente reglamento, incluyéndose en ellos a la adulteración, la pérdida, las desviaciones de información, intencionales o no, ya sea que los riesgos provengan de la acción humana o del medio técnico utilizado.”

⁵⁷ “Artículo 3. Ámbito de aplicación

La presente Ley es de aplicación a los datos personales contenidos o destinados a ser contenidos en bancos de datos personales de administración pública y de administración privada, cuyo tratamiento se realiza en el territorio nacional. Son objeto de especial protección los datos sensibles.

Las disposiciones de esta Ley no son de aplicación a los siguientes datos personales:



tar con el registro⁵⁸ correspondiente ante la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales y dotar de seguridad a los bancos de datos. Dichas condiciones podrán ser fiscalizadas por la autoridad administrativa ya sea por iniciativa directa o por denuncia de cualquier entidad pública, persona natural o jurídica.

6. REFERENCIAS

DOMÉNECH, Gabriel. Roma Delatoribus Praemiat: La denuncia en el derecho público. In: DIEZ, Juan José (Coord.). **Función Inspectora**. Madrid: INAP, 2013. p. 171-187

EUGENIO, José. **La defensa de la competencia en España**. Madrid: lustel, 2007.

GUZMÁN, Clara. **El Programa de clemencia en el sistema español de defensa de la competencia**: una visión práctica. Working paper IE-Law School (AJ8-188). Madrid: Centro de Estudios Europeos, 2012.

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL – INDECOPI. **Guía de Programa de Clemencia**. Lima: INDECOPI, 2017.

JIMÉNEZ, Fernando. La persecución de los cárteles: la política de clemencia. In: MARTÍNEZ-LAGE, Santiago; PETITBÔ I JUAN, Amadeu (Coord.). **La modernización del derecho de la competencia en España y en la Unión Europea**. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 127-153.

MOLINA, Juliana. Hacia la implementación de un programa de clemencia en Colombia. **Revista Derecho Competencia**. Bogotá, vol. 5, n. 5, p. 609-657, ene./dic. 2009.

NAVAJAS, Miguel. El estatuto jurídico de la denuncia administrativa: la introducción del programa de clemencia en el procedimiento sancionador. In: HUERGO, Alejandro (Dir.). **Problemas actuales del derecho administrativo sancionador**. Madrid: lustel, 2018. p. 179-206.

ORTIZ, Juan Carlos. La delación premiada en España: instrumentos para el fomento de la colaboración con la justicia. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 39-70, jan./abr. 2017.

QUIROZ, Willian. La colaboración eficaz como estrategia política procesal contra el crimen en el Perú. **Revista Oficial del Poder Judicial**. Lima, vol. 2, n. 1, p. 159-171. 2008

1. A los contenidos o destinados a ser contenidos en bancos de datos personales creados por personas naturales para fines exclusivamente relacionados con su vida privada o familiar.

2. A los contenidos o destinados a ser contenidos en bancos de datos de administración pública, solo en tanto su tratamiento resulte necesario para el estricto cumplimiento de las competencias asignadas por ley a las respectivas entidades públicas, para la defensa nacional, seguridad pública, y para el desarrollo de actividades en materia penal para la investigación y represión del delito”

⁵⁸ El artículo 78 del Reglamento de la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales establece lo siguiente:

“Artículo 78.- Obligación de inscripción.

Las personas naturales o jurídicas del sector privado o entidades públicas que creen, modifiquen o cancelen bancos de datos personales están obligadas a tramitar la inscripción de estos actos ante el Registro Nacional de Protección de Datos Personales.”



SÁNCHEZ, Pablo. Criminalidad Organizada y procedimiento penal: la colaboración eficaz. In: HURTADO, Pozo (Dir.); SAN MARTÍN, César (Coord.) **La Reforma del Proceso Penal Peruano**: Anuario de Derecho Penal. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Friburgo Suiza, 2004. p. 237-258.

SÁNCHEZ, Pablo. La colaboración eficaz en el nuevo Código Procesal Penal. **Revista Jurídica del Consejo de Defensa Jurídica del Estado**: Estudios sobre la Corrupción y la Criminalidad Organizada Transnacional. Lima, n. 1, p. 23-30, dic. 2011.

ZEGARRA, Diego. El programa de clemencia en el ámbito de la defensa de competencia peruano. In: **Memorias del XIV Congreso de ASIER**. Medellín: ASIER, 2019.