

LAS REGLAS DE LA COLABORACIÓN EFICAZ, SU APLICACIÓN Y LA INEXISTENTE CONTRAPOSICIÓN DE LA PONDERACION CON PRINCIPIOS

Roberto Luis Castillo Berrocal¹
(Perú)
Abogado penalista litigante

Correo: lcastillob20@gmail.com
Master Argumentación Jurídica
2da Edición

Índice

Introducción

1. La figura procesal de la colaboración eficaz
2. “Necesidad” de la existencia del procedimiento especial
3. Oportunidad u oportunismos del colaborador / delator
4. Deberes del colaborador con la administración de justicia
5. Eficacia y contundencia de la información del colaborador: cualidad y no cantidad
6. Afectación de los derechos y la no incidencia de la ponderación en el procedimiento especial
7. Conclusiones

¹ Abogado por la Universidad Nacional Federico Villarreal - Perú, egresado de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad San Martín de Porres - Perú y maestrando del Master online de Argumentación Jurídica de la Universidad de León- Tirant lo Blanch - España

INTRODUCCIÓN

Las primeras impresiones que tenemos al leer o escuchar sobre la colaboración eficaz en el Perú la asociamos, por un lado, a la inmediata figura legal que supone revelación de información, evidencias e incriminaciones sobre sujetos que han cometido delito, especialmente relacionados con altos cargos públicos u organizaciones criminales; pero también, por otro lado, podemos asociarlo a la aceptación legal de que se pueda entablar actos de negociación entre la persona sea natural o jurídica que cometió o participó en la comisión de un delito con la Fiscalía, para mitigar el impacto de la sanción penal que le correspondiese a cambio de una delación que se mantiene en estricta reserva para todas las partes del proceso penal.

En esas dos impresiones descritas, queda excluida toda reflexión de los operadores de justicia en general sobre si las reglas procesales que regulan esta figura son o no parte de un ordenamiento jurídico respetuoso de los derechos reconocidos en la Constitución o si estas reglas forman parte del conglomerado de normas que tratan de establecer garantías mínimas para el ejercicio idóneo del debido proceso, derecho a la defensa o derecho a la igualdad. Tampoco se ha reflexionado bajo que condiciones ha sido admisibles que los legisladores introdujeran esta figura procesal penal sin cuestionarse la abundante carga de afectación a derechos de los investigados que contiene; especialmente, porque la ley (que contiene a las reglas de este procedimiento especial) debe ser entendida no sólo como protectora de intereses jurídicamente reconocidos, sino también que contenga expectativas dignas de aprobación jurídicas, como menciona Werner Maihofer en su tesis sobre la dignidad humana².

Lo único cierto y claro que tenemos a la fecha es que el procedimiento es aparentemente útil y eficaz para los fines de la persecución penal en términos amplios (para investigar, realizar actuación de búsqueda de pruebas, procesar a personas, acusar por cargos concretos y obtener la sanción penal correspondiente), lo demás aún no ha sido debidamente reflexionado ni lo suficientemente criticado para someterlo a cuestionamiento contundentes o someterlos a peticiones de inconstitucionalidad o a peticiones de control difuso en cada caso concreto, con especial incidencia cuando se trate de la recopilación de pruebas de la colaboración eficaz o sobre la participación de la defensa del investigado en la declaración u en otros estadio del procedimiento que podría señalarse como la limitación del principio de contradicción en el proceso penal.

Por ello, creemos importante hacer la reflexión en este texto sobre la figura de la colaboración eficaz y como los afanes del constitucionalismo moderno³ no llegan a imponerle un centímetro de cuestionamientos, ni la tan renombrada ponderación con principios tiene posibilidad de inmiscuirse en la existencia de estas reglas que están

² MAIHOFFER, Werner (2008), *Estado de Derecho y dignidad humana*, Buenos Aires, BdeF, p. 141

³ CELANO, Bruno (2022) *El gobierno de las leyes: ensayos sobre el rule of law*, Barcelona, Marcial Pons, p. 153. El autor caracteriza el constitucionalismo moderno por el reconocimiento y exigencia de la tutela de derechos como elemento fundamental de la realidad jurídica y política.

altamente cargadas de actos que afectan directamente los derechos fundamentales de los investigados en un proceso penal.

En este texto, además, pretendemos reflexionar en la aparente enorme utilidad que ha tenido la existencia de la colaboración eficaz para esclarecer el delito y sus partícipes que no podrían ser inculcados sin las evidencias otorgadas por el colaborador o delator; entonces, el resultado de una breve y superficial reflexión es que sí es muy útil, porque nos muestra la eficacia del principio de la persecución del delito, así como el ideal de combatir los delitos graves y evitar la impunidad. Sin embargo, estaría generando la construcción una comprensión moral social de aceptación frente a la relativización de los derechos de los sometidos al proceso, pero de manera inaceptable y degradante. Un procedimiento que se realiza sin poder intervenir en su contradictorio, sin hacer ejercicio de la defensa; es decir, es un procedimiento que se desarrolla de forma reservada, oculta, a espaldas y sin la mínima posibilidad de contradecir la versión del colaborador o la forma en la que se obtienen las evidencias para luego utilizarlas contra los investigados no delatores.

En ese escenario, en este texto pretendemos dejar en evidencia que el derecho a la defensa y los otros derechos mínimos del procesado o investigado, más bien se convierten en derecho pasivos; esto es, queda a la espera de los resultados de los acuerdos de intercambio de evidencia a cambio de beneficios entre el colaborador eficaz y el Fiscal.

En este punto es donde pretendemos analizar o reflexionar sobre como la teoría o posición sobre la ponderación en principios desde Ronald Dworkin hasta Robert Alexy (comprensión de los principios como mandatos de optimización y su distinción con las reglas⁴) no han alcanzado para contraponerse a las reglas de la colaboración eficaz, pese a la constante alegación de la aplicación del derecho como corrección de la ley, pero que pareciera que cuando de reglas de colaboración se trata no han llegado a nutrir con suficiencia a los tribunales para reflexionar sobre las reglas formales (positivas) que regulan figuras tan degradante de un Estado Constitucional, como es el derecho a la defensa o si en realidad la moral que predicen estas posiciones de la ponderación retroceden frente a estas reglas como la colaboración sostenida en realidad en preferencias subjetivas y morales o coyunturales sobre el rol de la persecución penal y el implacable sentimiento de no impunidad, porque, como lo señala el Prof. García Amado, la moral de los que ponderan siempre es una moral ajustada a la situación como le gusta más o menos justa⁵ y, por tanto, no existe de manera objetiva o independiente a preferencias subjetivas del momento; de lo contrario, si existiese una moral única y una respuesta siempre correcta a la aplicación e interpretación de la ley, deberíamos tener

⁴ ALEXY, Robert (1993), *Teoría de los Derecho Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales p. 86-87. También el concepto de principios que se entiende para el presente trabajo es homologable a lo que Karl Larenz comprendió como “pensamientos directores de una regulación jurídica existente o posible”, véase LARENZ Karl, (1985) *Derecho Justo, fundamentos de ética jurídica*, Madrid, Civitas, p. 32.

⁵ GARCIA AMANDO, Juan Antonio (2019), *Razonamiento Jurídico y Argumentación*, Lima, 2 ed., Zela, p.171.

jueces que repelieran de inmediato las reglas de colaboración eficaz por inconstitucionales.

Así, en el presente trabajo pretendemos abarcar en principio la definición procesal de la figura procesal de la colaboración eficaz en el Perú, las justificaciones de su necesidad o existencia en el ordenamiento jurídico, la implicancia del entendimiento de la oportunidad o del oportunismo que puede significar acogerse a este procedimiento especial, los deberes del colaborador frente a la administración de justicia, la aparente eficacia de la información o sindicación del colaborador, los derechos y garantías que pueden ser afectados que justifican las reglas de la colaboración, para finalmente analizar cómo esta figura especial no termina alcanzada ni por los afanes del garantismo, ni por los afanes de la ponderación con principios.

1. LA FIGURA PROCESAL DE LA COLABORACIÓN EFICAZ

La colaboración eficaz es un proceso calificado como especial en el proceso penal peruano, se encuentra regulado taxativamente entre los artículos 472° al 481°-A del Código Procesal Penal y reglamentado mediante Decreto Supremo N° 007-2017-JUS.

Este proceso especial supone la posición de una persona o empresa⁶ (sea investigada o no investigada) que asume ante la justicia la posición de un colaborador⁷ para brindar información sobre la comisión de un delito, revelar la existencia de una organización criminal o la actividad que esta realiza y poder identificar a los intervinientes de la actividad ilegal a cambio, por supuesto, de una beneficio o premio que supone rebaja de la sanción que le podría corresponder, suspensión de la pena (pena que se cumple en libertad) y exención de pena (no imposición de sanción). La graduación del beneficio premial depende de la eficacia de la información brindada y si estamos ante delitos especialmente graves (pensemos en actos de organizaciones criminales de terroristas, narcotraficantes, trata de personas, corrupción en altas esferas de la administración pública y otros)⁸.

⁶ La extensión del proceso de colaboración a personas jurídicas se realizó mediante la publicación de la Primera Disposición Complementaria Transitoria de la Ley N° 30737 publicado el 12 de marzo de 2018 en el Perú; ley que tiene como finalidad fijar las reglas para asegurar el pago de la reparación civil a favor del Estado por comisión de delitos de corrupción de funcionarios o delitos conexos cometidos por empresas. Esta ley fue una acción reactiva a un grupo de empresas que se le relaciono con actos de corrupción masivos en contrato y licitaciones públicas donde también estuvo involucrada la empresa ODEBRECHT. En lo que nos interesa en este trabajo, nos vamos a referir íntegramente a la incidencia del proceso especial con referencia a personas naturales y sus derechos.

⁷ De acuerdo con lo establecido en el numeral 2 del artículo uno del Reglamento de colaboración eficaz este es la persona sometida o no a una investigación o proceso penal, o que ha sido condenada, que se ha dissociado de la actividad criminal y se presente ante el Fiscal o acepte propuesta de este para proporcionar información útil, procurando obtener beneficios premiales.

⁸ En el numeral 2 del artículo 475° del Código Procesal peruano se establece una clausula abierta sobre el beneficio premial solo bajo la frase: “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”. Esto en el Perú aún es una materia por discutir, puesto que por no tener reglas claras ni taxativas han dejado

La particularidad del proceso especial es que se realiza sin acceso a las partes, siendo que el numeral 1 del artículo 1° del Reglamento señala que es un “*proceso no contradictorio*”; es decir, es un procedimiento reservado u oculto para las partes investigadas⁹, debido a que sólo comprenden las acciones que realizan el fiscal (titular de la investigación y titular de la persecución penal) y el aspirante a colaboración eficaz, por esa razón también se le denomina delación premiada al procedimiento o delator a quien se somete al mismo¹⁰.

El proceso de colaboración eficaz inicia con la promoción de oficio que se le facultad al fiscal realizar o cuando existe solicitud de parte de la persona, sea natural o jurídica, que está siendo investigada o que aún no tiene tal condición, pero requiere abrir el proceso asumiendo que tendrá un beneficio premial por la información que brinde y sea eficaz para (i) *evitar la continuidad, permanencia o consumación del delito, mitigar sus efectos o consecuencias, en caso ya se haya cometido, y evitar futuras acciones programadas por la organización criminal;* (ii) *conocer la planificación o forma de ejecución del delito cometido o el que está por cometerse;* (iii) *identificar a los autores o partícipes de la organización criminal que hayan participado en el delito cometido o el que esté por cometerse;* (iv) *identificar la estructura o forma en la que se cohesionan la organización;* (v) *poner a disposición de las autoridades los instrumentos, ganancias, bienes o la ubicación de los mismos que estén relacionado con las actividades de la organización;* y (vi) *revelar las fuentes de financiamiento de la organización criminal*¹¹.

Como podemos observar las reglas fijan en realidad diversidad de formas en la que puede ser útil la información del colaborador, siempre que dicha información no haya sido previamente obtenida por la Fiscalía; esto es, sólo será viable la posición y el beneficio hacia el colaborador siempre que dicha información sea nueva o permita en general descubrir el delito, sus partícipes o mitigar sus impactos sociales en general; sin embargo a diferencia de otras legislaciones, en el Perú el colaborador en principio debe reconocer haber cometido un delito u haber participado en su organización, por lo que se le obliga a aceptar por menos parcialmente los cargos que la Fiscalía postule a partir de su versión o que hayan sido estructurados como parte del caso que se encuentra en curso de

espacios abiertos a los beneficios que son negociados entre el Fiscal y el colaborador, para luego ser cometidos al control judicial (denominado procedimiento de homologación de beneficio premial).

⁹ El Reglamento de colaboración eficaz hace, incluso, taxativo la exigencia de reserva de la colaboración entre fiscal, el colaborador, su abogado defensor, el agraviado -en su oportunidad- (cuando requiera del cierre de la colaboración, sin participación en las diligencias) y el Juez que atenderá la procedencia de beneficios, conforme establece el numeral 7 del artículo 2 del Decreto Supremo N° 007-2017-JUS.

¹⁰ Al respecto el profesor Juan Carlos Ortiz señala que: “Socialmente, vemos como el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua identifica la voz «delator» como la persona que denuncia o acusa a otros, pero con un matiz especial: “en secreto y cautelosamente”, y en el lenguaje común se utilizan sinónimos como “soplón”, “traidor”, “chivato” o “judas”, en: “La delación premiada en España: instrumento para el fomento de la colaboración con la justicia”, véase ORTIZ, Juan Carlos (2017), *Delación premiada en España: instrumentos para el fomento de la colaboración con la justicia*, Brasil, Tomo 3, Revista Brasileira de Derecho Procesal Penal.

¹¹ Los supuestos para que la información entregada por el colaborador sea de utilidad o eficaz están taxativamente fijados en los literales a) al d) del artículo 475° del Código Penal, sin que se pueda considerar como presupuestos restringidos o cerrados para la eficacia de la información, porque el colaborador, también puede revelar otra información que considera pertinente para investigar otros delitos independiente de los que corresponde a la organización a la que esté vinculado o tenga pertenencia.

investigación, tal como se regula taxativamente en el numeral 4 del artículo 472° del Código Procesal Penal.

De acuerdo con la reserva del proceso (sin acceso a las partes investigadas), el primer acto de inicio del proceso está regulado en el numeral 1 del artículo 472° señala que se levanta un acta correspondiente, donde el colaborador brinda su primera versión e información para luego, firma un pre acuerdo e informar al Juez, de ahí su denominación como *proceso reservado y autónomo* (numeral 3 del artículo 472°). Significa que no existe contaminación del proceso con la investigación principal, manejándose el procedimiento bajo entera discreción de la Fiscalía¹².

Por ejemplo, si se trata de una investigación hacia una organización criminal de 15 miembros que se encuentran en condición de investigados, uno de ellos puede someterse a este procedimiento especial, sin que los otros 14 puedan interferir o hacer usos de garantías en el desarrollo paralelo y oculto de la colaboración cuyo resultado de la sindicación y la recopilación de evidencia será entregado al Fiscal para usarlo contra los otros 14 investigados, sin que hayan podido ejercer algún acto contradictorio, sin siquiera haber controlado o haberse opuesto a la obtención de pruebas; menos aún tienen espacio a realizar acciones de control de prueba prohibida, puesto que éstas quedan absolutamente relegadas, solo para la investigación principal y sobre actos que se dan en la investigación principal, porque los actos de la colaboración son intocables.

Luego de que se haya brindado la información, el proceso de colaboración eficaz requiere de una fase de corroboración (artículo 473° del Código Procesal Penal) que se realiza mediante diligencias que ordena, domina y direcciona la Fiscalía en concordancia con la información brindada por el delator¹³; esto lo hace para contrastar la información brindada y obtener la eficacia que espera de la misma; por ejemplo, el delator o aspirante a colaborador eficaz, en un caso por cohecho activo genérico a altos funcionarios del Estado, revela que los pagos se realizaron mediante cuentas alojadas en paraísos fiscales y que para ello se instrumentalizaron empresas fachadas y a personas quienes figuran como beneficiarios finales, por lo que para obtener esa información el Fiscal tiene que recurrir a peticiones vía cooperación judicial internacional y realizar los requerimiento directamente de levantamientos de secretos bancarios y de reserva tributaria, sin mayor debate sobre la afectación de estos derechos a las partes investigadas; es decir, en estricta reserva, puesto que la fase de corroboración se hace en paralelo a la investigación

¹² En el Reglamento de la colaboración eficaz se establece esto textualmente en el artículo 3 que señala la estructura del procedimiento fijando lo siguiente: *“la colaboración eficaz es un proceso especial que requiere la formación de una carpeta Fiscal y expediente judicial propio. No se tramita como un incidente del proceso común”*, esto en referencia a que no forma parte de la carpeta fiscal ni se contamina con esta.

¹³ El reglamento de colaboración eficaz señala que la persona que brinda la información es la designada o calificada como colaborador eficaz, mientras que el acto de revelar información lo define como delación; así en el numeral 6 del artículo 1: *“la delación es el acto de proporcionar información útil que permita perseguir con eficacia las conductas delictivas graves o cometidas por organizaciones criminales, ejecutadas o por ejecutar, a efectos de obtener determinados beneficios premiales”*.

principal, con la única y marcada diferencia que los investigados, ni sus abogados tienen intervención.

Así también lo ha fijado el numeral 1 del artículo 13° y el numeral 4 del artículo 16° del Reglamento de la colaboración eficaz, respectivamente, que señalan: “durante la fase de corroboración intervienen obligatoriamente el fiscal y el colaborador” y las “*diligencias de corroboración son reservadas*, respectivamente. Estas reglas de reserva incluso se extienden hasta la policía nacional quien puede hacer actos o diligencias de corroboración con estricta reserva y estricta discreción sobre las mismas para que no afecte ni se reproduzca la información en el proceso penal principal. Para culminar con los candados de este procedimiento, el numeral 3 del artículo 14° del Reglamento señala expresamente: “*solo tendrán acceso a la carpeta fiscal, el fiscal, el colaborador y su defensor y, en su oportunidad, el agraviado*”.

Otras reglas existente en este procedimiento son las que refieren, por un lado, a la denegatoria de la colaboración eficaz por insuficiencia de corroboraciones (numeral 2 del artículo 476° del CP) y, por otro lado, las que se refieren al traslado de la información, evidencia o cualquier declaración tomada en el proceso reservado al proceso principal bajo única y absoluta discrecionalidad del Fiscal (numeral 2 del artículo 476° - A del CP), incluso la discrecionalidad se extiende a que el fiscal pueda dirimir en perseguir o sancionar a responsable que el colaborador haya sindicado, aun cuando haya evidencia que sugiera por lo menos actos mínimos de investigación para imputarle un delito.

En el primer caso, sobre la denegación unilateral que puede realizar el Fiscal existe sub reglas: (i) el fiscal puede tomar la decisión de denegar el cierre del procedimiento de colaboración eficaz al delator, por decisión simple y sin control judicial de ninguna naturaleza; significa que la ley procesal peruana no regula una forma de oposición para el propio delator ante la denegatoria, para que sea evaluada por un ente distinto a la Fiscalía; (ii) que, aun produciéndose la denegatoria la Fiscalía tiene plena facultad y libertad de usar los evidencias que se hayan recopilado durante el procedimiento de colaboración eficaz; esto significa que la pertinencia y utilidad de la evidencia recopilada no se pierde con la denegatoria, sino que la Fiscalía la pueda usar a instrumentalizar a libre discreción e introducirlas al procedimiento principal, donde se encuentran los otros investigados; y (iii) que toda la evidencia recopilada puede ser usada como prueba de cargo en contra de los investigados de la investigación principal, pese a que estos no hayan podido someter dicha actuaciones al contradictorio, como si sería posible si el procedimiento fuese, digamos, no excepcional y mínimamente garantista.

En el segundo caso, respecto al traslado de la evidencia¹⁴, también existen sub reglas: (i) el fiscal puede decidir bajo unilateral argumentación o comprensión sobre la utilidad de una evidencia recopilada durante la colaboración eficaz mediante una disposición fiscal

¹⁴ Al respecto, el Reglamento de colaboración eficaz en su artículo 25°, sobre la denegación del acuerdo, señala taxativamente: “*los elementos de convicción recabados durante la fase de corroboración, tendrán plena validez para ser incorporados en otros procesos*”, entendiéndose otros procesos a los que afectan al caso principal u otros procesos a cargo de otros despachos fiscales.

e incorporarlo como evidencia contra otros investigados, incluso el procedimiento de traslado de la evidencia no tiene hasta la fecha una discusión de control sobre esta decisión ante el Juez; en términos sencillos, no existe un precedente que se oponga a dicha incorporación unilateral que realiza el Fiscal; (ii) el fiscal tiene plena discrecionalidad de seleccionar, elegir y discriminar que evidencia desea trasladar, sea partes de la declaración del colaborador, su versión íntegra o evidencia parcial; situación que tampoco puede ser controlado por ninguna de las partes en lo absoluto, al ser el procedimiento reservado; por ejemplo, en caso hubiese existencia de evidencia favorable a alguna de las partes si el fiscal decide no ingresarla (aun faltando a su deber de objetividad en el desarrollo de la investigación) no estaría cometiendo ilegalidad alguna, porque la ley en el procedimiento de colaboración eficaz no lo obliga a actuar con objetividad, sino a libre discrecionalidad.

En definitiva, la descripción de esta herramienta procesal nos lleva, desde este inicio, a reflexionar que tan crítica ha sido la exigencia de racionalidad legislativa, por lo menos para su vigencia y expedición como norma integrante del ordenamiento jurídico no ha sido discutidas con mínimos parámetros racionales que justifiquen su existencia como lo desarrollado el profesor José Luis Díez Ripollés¹⁵ y a qué nos afrontamos cuando se trata de la aplicación a interpretación de estas reglas en los tribunales y en las decisiones de los jueces, aun cuando se ha mostrado la alta carga de incidencia y vulneración de derechos que evidencia su aplicación en el proceso penal.

2. “NECESIDAD” DE LA EXISTENCIA DEL PROCEDIMIENTO ESPECIAL

La necesidad de la existencia de esta herramienta procesal muchas veces se encuentra justificada como parte de las acciones contra la criminalidad organizada o la criminalidad asociada a actos de corrupción en grandes esferas de la administración pública, por un lado; o al reconocimiento que el sistema necesita negociar con el propio criminal para poder arribar a la obtención de información sobre el delitos, su prevención o la identificación de los partícipes¹⁶ mostrando o poniendo en evidencia la no posibilidad de hacerlo sin esta figura, por otro lado.

Para indagar un poco sobre la necesidad de este procedimiento probablemente tendremos que reabrir la antaño y constante discusión de la ponderación entre el

¹⁵ DIEZ RIPOLLES, José Luis (2003), *La Racionalidad de la Leyes Penas, practica y teoría*, Madrid, Trotta, p. 109-115

¹⁶ En este extremo es importante precisar que no se asocia esta forma de justificar la existencia o la necesidad de vigencia de las reglas de colaboración eficaz con el denominado populismo punitivo; puesto que como señala la Prof. Laura Zuñiga: “*el populismo punitivo y el derecho penal de la seguridad que es su correlato se han centrado en un tipo de delincuencia: callejera, de los marginales, mayoritariamente violenta, hacia la cual han ido dirigidas fundamentalmente las reformas penales de nuevas criminalizaciones de penas*”, véase en ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura (2021), *Derecho Penal de la seguridad: delincuencia grave y visibilidad, Anales de la Catedra Francisco Suarez, Protocolo I*, pp. 155-1557. Por esta razón, la colaboración eficaz no necesariamente puede ser asociada a acciones de populismo punitivo, porque tiene otra naturaleza, por el contrario, puede ser entendida como acciones de justicia negociada.

principio de persecución del delito frente a derechos y garantías fundamentales o prohibición de la tortura¹⁷; esto es, discutir hasta dónde debería ser aceptable sacrificar derechos por construcciones de principios como la eficacia en el persecución penal. Incluso, se suele asumir que la colaboración es un medio eficaz de investigación¹⁸, aun cuando no se comparta las incidencia o afectación hacia otros derechos y que, por tanto, su necesidad está justificada precisamente por la existencia de altos índices de criminalidad, teniendo como única preocupación, en realidad, la manera en que los jueces aceptan el cierre de los acuerdos y la forma en la que se desarrollado o se hace efectivo la recopilación de evidencia y utilización de la misma en contra de otros investigados, quiere decir que *se enfocan en la contundencia de la información y no en la afectación de los derechos de otros investigados*.

Esa necesidad de aceptar un procedimiento como el descrito en los párrafos anteriores, desde nuestro punto de vista tiene que ver con dos cuestiones irrefutables: (i) *la coyuntura social, política y preferencias morales de justicia de una determinada sociedad* y (ii) *la aceptación del órgano persecutor del crimen sobre la no posibilidad de tener medios y formas eficaces de prevenir, descubrir o enjuiciar acciones ilegales, ni de identificar oportunamente a todos los partícipes de estas*. Estos supuestos existen aun cuando ninguno debería ser lo suficientemente fuerte y contundente para involucrar afectar derecho y garantías fundamentales de un procesal penal.

Solo repararemos en uno de los supuestos coyunturales, la implicancia de los actores políticos en referencias a las actuaciones de la justicia. No cabe duda que en el Perú, probablemente igual que en otros países de América Latina, el reconocimiento de responsabilidad de la empresa ODEBRECHT sobre actos de corrupción en grandes instancias de los gobiernos de turno (Poder Ejecutivo y Ministerios), puestos al conocimiento público en diciembre de 2016¹⁹, no sólo generó que la Fiscalía inicie actos de investigación contra ex altos funcionarios, sino que a la vez generó la notoriedad de la figura de la colaboración eficaz, especialmente sobre personas (identificadas o no) que se sometían a este procedimiento para entregar información que la Fiscalía aún no

¹⁷ Este debate parece ser ahora más que notorio cuando hablamos de las reglas vigentes de la colaboración eficaz justificada bajo la premisa de necesidad de la persecución penal y reanima la discusión entre la moral de la ponderación y el positivismo que relatan los maestros García Amado ATIENZA Manuel y Juan Antonio GARCIA AMADO (2018), *Un debate sobre la ponderación*, Edición Especial, Academia Plurinacional de Estudios Constitucionales, Tribunal Constitucional de Bolivia.

¹⁸ Al respecto, véase FERNÁNDEZ LOPEZ, Mercedes (2017), *Eficacia procesal de las declaraciones obtenidas en procedimientos de colaboración*, edición de revista. N° 50, Lima, Derecho y Sociedad, quien señala: “entre todas estas medidas se encuentra la posibilidad de lograr información de primera mano de quienes forman parte del entramado delictivo o poseen información valiosa al haber entrado en contacto con él, bien por haber participado en las relaciones clientelistas habituales en estos casos, bien por haber sido víctimas de sus actuaciones, bien porque pertenecen a otros grupos criminales que han cooperado con la organización investigada o simplemente porque disponen de información por su contacto más o menos directo con miembros de la organización. Cada uno de estos sujetos, con sus especiales características, puede ofrecer datos sustanciales para la investigación, como testigos o como coinvestigados y, en este caso, con un peculiar y reforzado estatuto jurídico que garantiza sus derechos pero que, al tiempo, puede contribuir a poner todavía más en cuestión la fiabilidad de sus declaraciones”.

¹⁹ Ver nota periodística de un medio peruano en: <https://rpp.pe/politica/judiciales/odebrecht-soborno-con-us-29-millones-a-funcionarios-peruanos-noticia-1018224> ; véase también: https://elpais.com/internacional/2017/02/08/actualidad/1486547703_321746.html

conocía sobre la trama organizativa del delito o sus partícipes o revelar, por ejemplo, la existencia o el destino de las cuentas donde se depositaban los sobornos a los altos funcionarios, especialmente en off shore internacionales, pero el detalle más notorio fue que al ser sindicaciones de personajes envueltos en la política cotidiana de la sociedad, como ex presidentes, ex funcionarios o funcionarios que estaban en ejercicio del cargo, la figura de la colaboración se convirtió en una herramienta incuestionable legal y moralmente para perseguir a los “*corruptos*”, aun cuando legalmente la presunción de inocencia no habría sido rebatida en un juicio oral, porque en todos estos casos nos situamos en la fase de investigación.

Tan es así, que la primera reacción legislativa y política ante estos hechos fue, precisamente, la publicación del Decreto Legislativo N° 1301 el 30 de diciembre de 2016 que modificó diversas reglas de los artículos de la colaboración eficaz fijadas en el Código Procesal Penal peruano, con la finalidad de “*dotar de eficacia al proceso especial*” y posteriormente la publicación del Decreto Supremo N° 007-2017-JUS publicado el 30 de marzo de 2017. Así, podríamos asumir, que el derecho o el sistema de normas que integra particularmente las reglas de persecución penal del delito está intrínsecamente relacionada con los actores políticos y sus preferencias, tanto desde el punto de vista teórico como pragmático, como diría Carlos Santiago Nino: “*el derecho es un fenómeno esencialmente político; es decir, que tiene relaciones intrínseca con la práctica política...el derecho de una sociedad varía de acuerdo con las relaciones del poder político que se dan en esa sociedad*”²⁰; por lo que resulta innegable la incidencia de los actores políticos para justificar la existencia de estas reglas de la colaboración eficaz.

Entonces, independientemente de si la colaboración eficaz tenía reglas mínimas sobre debido proceso y garantías del ejercicio del derecho a la defensa de quienes afectaban o de su reflexión sobre la condición constitucional de esta, el ambiente político arrastró el prejuicio sobre la vigencia necesaria de esta herramienta procesal para “*descubrir el delito, sus partícipes y las ganancias ilegales*”, *sin importar los costos asociados a su vigencia frente a derechos fundamentales.*

Así, en la primera fase u ola de impactos de las colaboraciones eficaces se generó toda un *modus operandi* de fiscales que solicitaban medidas cautelares de privación de la libertad (detención preliminar y detención preventiva) basados únicamente en las sindicaciones de los colaboradores, de acuerdo a sus versión sin haberse aún sometido a la corroboración pertinente y sin mínimas garantías del debido proceso; es decir, en realidad, poco importaban las reglas procesales y del debido proceso que son imprescindibles en un Estado constitucional de derecho, sino más bien importaba e importa actualmente la revelación, la sindicación, la posición del colaborador frente al sindicado y la interpretación de los jueces o argumentación de sus resoluciones redundaban sobre la verificación de una sindicación creíble y verosímil, antes que reparar en algún control sobre la calidad de la información brindada o la corroboración de la

²⁰ NINO, Carlos Santiago (1994), Derecho, Moral y Política, Ariel Derecho, Barcelona, p.11

información o el respeto a la defensa en el desarrollo del procedimiento reservado de la colaboración; probablemente (y no lo podemos confirmar) también con jueces afectados por los ánimos políticos coyunturales que afectan, por supuesto, a la decisión y la interpretación de los jueces sobre el derecho aplicable o sobre la constitucionalidad de estas reglas.

Así también lo menciona el profesor Antonio Martins cuando atiende al papel de los prejuicios políticos en la interpretación jurídica señalando: *“lo que caracteriza particularmente a estos peligrosos prejuicios son dos rasgos: por un lado, la omisión del proceso de legitimación de su materialización jurídica con la consiguiente disolución de un potencial de disputa democrático; y por otro lado, la violación de los fundamentos de un orden jurídico y político establecido”*²¹. Lo que supone una reflexión sobre la contundencia coyuntural de la política en la aplicación, interpretación y el rol de corrección que tendría un Juez frente a normas, como las reglas de colaboración eficaz que se han descrito, pero que corren el riesgo de no tener legitimidad por afectar seriamente derechos fundamentales y afectar directamente las bases de la democracia institucionalizada en las reglas del debido proceso e incluso del derecho a la defensa, pero que puede no ser si quiera advertidas, en tanto los prejuicio políticos superan cualquier posición de respecto a derecho fundamentales y ni hablar si quiera de la ponderación que en estos casos no aparece ni por asomo; es decir, ningún juez al inicio de las acciones de la existencia masiva de colaboradores eficaces y sus procedimientos reservados ponía en la palestra la discusión sobre ponderaciones entre principios fundamentales del Estado de Derecho o, más modernamente establecido, Estado Constitucional contra esas reglas de investigación secreta y afectación evidente al derecho a la defensa de los investigados afectados por la colaboración eficaz. Incluso ese compromiso sobre el garantismo positivo y la responsabilidad de juez en defensa de los derechos del que nos relatan Marina Garzón Abellán y Alfonso García Figueroa²² como corriente vigente actualmente, no tiene incidencia en esta ámbito frente a la colaboración eficaz.

Si esto es así desde el punto de vista político, no habría mínimo espacio de discusión en el caso desde el punto de vista moral social construido a partir de las crecientes sensaciones de justicia y no impunidad que se construía sólidamente en la instrumentalización de las versiones de los colaboradores eficaces y de las evidencias que habría proporcionado para sindicar especialmente a altos funcionarios públicos o altos mandos de la organización criminal, son como la especies de construcciones morales causales de las que nos relata Ronald Dworkin²³ o cadena causal de preferencia que sienta la base de una elección o inclinación, pero que no necesariamente se tratan de juicios

²¹ MARTINS, Antonio (2022), *El papel de los prejuicios políticos en la interpretación jurídica*, en: Argumentación Jurídica y Control Fiscal, Coord. Tania Hernández Guzmán, Bogotá, Contraloría General de la República, p. 93 - 110.

²² GASCÓN ABELLÁN, Marina y Alfonso GARCÍA FIGUEROA (2017) *La argumentación en el derecho, algunas cuestiones fundamentales*, Lima, cuaderno 3 Derecho & Argumentación, Palestra, p 33-37

²³ DWORKIN, Ronald (2014), *Justicia para erizos*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Jurídica, p. 69-70

morales verdaderos positivos, sino diríamos de juicio morales sesgados por afán de justicia y no impunidad, sin atender a los medios o formas con la que se obtiene la justicia.

Quizá uno de los muros más pesados de pasar o contrarrestar son las inclinaciones morales no necesariamente personales del juez, sino aquellas basadas en un sentimiento colectivo de condena desmesurada y de sanción inmediata, sin respecto de las reglas democráticas de un Estado de Derecho o Constitucional, puesto que dicha afectación puede reproducirse en cualquier ciudadano, ya que el sistema de persecución penal no discrimina.

La presión mediática y sobredimensionada de los medios de comunicación, incluso podría menos con lo que pueda ser asociado a la moral de indignación colectiva²⁴ frente a actos de corrupción que hacen incuestionable e irrefutable el apoyo del sistema de justicia hacia la herramienta de la colaboración eficaz, por lo que podríamos decir que esa moral social estaría íntegramente conectado con ideales de justicia²⁵, pero de nuestro punto de vista “*aparentes*”, que justificarían la posición de los tribunales de aceptar un procedimiento tan flagrante vulnerador de derechos fundamentales y dejando de lado lo que García Toma denomina como eficacia vertical de los derechos fundamentales entendido como “*los atributos de defensa que tiene todo ciudadano oponible al Estado cuando genera acciones u omisiones arbitrarias y lesivas a la dignidad*”²⁶.

El defecto no sólo parece estar, entonces, desde la fase de construcción legislativa de las reglas de colaboración eficaz, puesto éstas no parecen tener un mínimo de orientación al respecto de principios o derechos básicos del proceso penal; sino también en la aplicación sin reparos de los administradores de justicia; por eso es importante resaltar la apreciación de Mauro Barberis cuando hace referencia a que “*el rol más vistoso de los principios, en el Estado Constitucional, no consiste tanto en justificar la producción de las reglas por parte del legislador, sino más bien en fungir de parámetro para el control de la constitucionalidad de estas por parte del juez constitucional*”²⁷, que, sin embargo, no parece alcanzar en lo mínimo cuando se aplicar reglas de la colaboración eficaz se trata.

Tampoco a la existencia de las reglas y aplicación de la colaboración eficaz le alcanza las proclamaciones de lo que Aldo Schiavello denomino el “*tiempo de los derechos*” que se ve reflejado en el paso del Estado de Derecho al Estado constitucional de derecho donde

²⁴ Al respecto, por ejemplo, GÓNZALES LAGIER, Daniel (2009), *Emociones, responsabilidad y Derecho*, Marcial Pons, Barcelona, p. 76. Identifica formas de emociones como las sociales y morales y señala: “...se habla en ocasiones de emociones sociales para referirse a aquellas que requieren alguna relación entre dos personas (como el odio, la envidia o el amor) y de emociones morales para aquellas que involucra juicios de valor y creencias de carácter moral acerca de normas de comportamiento (como la culpa, arrepentimiento, algún tipo de vergüenza, la indignación, la compasión, etc)”.

²⁵ Al respecto podemos citar a Carlos Santiago Nino, p. 193 quien señaló: “...el derecho visto desde el punto de vista interno está esencialmente conectado a ciertos principios ideales de justicia y moralidad social, que constituyen la fuente de las razones justificatorias en el razonamiento jurídico. Pero, en segundo lugar, esos principios ideales no se aplican directamente a las acciones o decisiones jurídicas, sino que se aplican a prácticas colectivas, de modo que, si éstas resultan justificadas por aquellos, las acciones y decisiones tienen que ser compatibles con la preservación de aquellas prácticas y, por otro lado, tiene que contribuir a que la práctica se acerque lo más posible a dichos principios ideales de justicia y moralidad...”.

²⁶ GARCIA TOMA, Víctor (2014), *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, Lima, Adrus, p. 860-861

²⁷ BARBERIS, Mauro (2019), *Estado Constitucional, acerca del nuevo constitucionalismo*, Editorial Zela, Lima, p. 65.

la persona o el individuo y el respeto por sus derechos es el centro de atención, considerando que el respeto por los derechos humanos representa una etapa importante del progreso moral de la humanidad²⁸. Es más para estos efectos ni siquiera les alcanza el ejercicio de extracción de las normas implícitas o principios implícitos que se realiza en la interpretación y aplicación del derecho que como señala Ricardo Guastini: “*construyendo normas implícitas, los interpretes llevan a cabo una actividad legislativa disimulada*”²⁹, en efecto, ni siquiera ese ejercicio de construcción de normas implícitas alcanza cuando de aplicación de las reglas de la colaboración eficaz se trata, no hay reparos, porque allí el peso de la persecución del delito está *per se* por encima de cualquier derecho, al mismo estilo que permitir la tortura para extraer información del torturado y evitar la lesión de mayores bienes derrotando la prohibición.

En suma lo que queremos hacer notar es que la necesidad de la existencia normativa de las reglas de colaboración eficaz están íntimamente relacionadas con los fines del proceso y con la atención desmesurada a la lucha contra la criminalidad o la corrupción, pero totalmente desenfocada sobre los medios que utiliza, aplicando para este caso la celebra frase: “el fin justifica los medios”, aun cuando estos medios podrían ser derrotados por ponderaciones que en este caso no son si quiera pensadas.

3. OPORTUNIDAD U OPORTUNISMO DEL COLABORADOR

Otra cuestiones que pretendemos hacer notar es que la vulneración de los derechos de los investigados no sólo se muestra o pone en evidencia cuando tenemos reglas de reserva del proceso o de obtención de prueba de forma oculta, sino también cuando, al no poder controlar las declaraciones, la obtención de prueba ni someterlas al contradictorio³⁰, podemos chocar con el oportunismo³¹ bajo la fachada de la regla de oportunidad de la colaboración eficaz, que se refiere, en realidad, a que el testimonio del colaborador debe ser oportuno para descubrir el delito, impedir mayores impactos o mitigar los ya ocasionados.

En ese sentido, en nuestro medio las opiniones políticas y las opiniones legales se han entrampado en cuestionar las limitaciones de plazos de duración del procedimiento especial y, en algunos casos, sobre reserva del procedimiento de colaboración, que han sido incluso reflejados en el Dictamen de la Comisión de Justicia que modifica los artículos 473°, 476-A y 481-A del Código Procesal Penal peruano, sin atender más temas de fondo como los que en realidad cuestionamos en este texto. Por tanto, todas las

²⁸ SCHIAVELLO, Aldo (2019), *Repensar en tiempo de los derechos*, Editorial Zela, Lima, p.29-33

²⁹ GUASTINI, Riccardo (2019), *Primera lección de interpretación*, Editorial Zela, Lima, p. 65

³⁰ FERNÁNDEZ LOPEZ, Mercedes (2018) Procedimiento por colaboración eficaz y proceso penal: algunas consideraciones sobre una extraña pareja en: *Colaboración Eficaz*, Directores Jose Maria Asencio Mellado / José Luis Castillo Alva, Lima, Ideas, p. 97 -98. La autora desarrolla las limitaciones al derecho a la contradicción en este procedimiento especial.

³¹ Entiéndase según definición de RAE: actitud que consiste en aprovechar al máximo las circunstancias que se le ofrecen y sacar de ellas el mayor beneficio posible.

modificaciones o precisiones de esta figura buscan redundar en la mejor eficacia de la figura procesal y que se garantice dos condiciones: (i) eficiencia en la corroboración para revelar los hechos delictivos y sus partícipes; y (ii) garantice que la incriminación del delator en contra de otro partícipe del delito se sostenga no sólo durante la investigación, sino hasta la acusación o eventual sentencia y que, al mismo tiempo, pueda garantizar mínimo ejercicio del derecho a la defensa, principalmente cuando la Fiscalía puede estar expuesta a un delator oportunista o simulado.

Por ejemplo, intuimos que quienes se preocupan por los plazos de extensión o no de la colaboración eficaz, y no por la afectación de los derechos, entienden que, por sí mismo, un aspirante o postulante es alguien que asume una posición de arrepentimiento de su participación en el delito y pretende un beneficio a su favor a partir de revelar información sobre el delito cometido, por cometer y sus partícipes, pero tal situación escapa de la realidad y es más usual de lo que parece en la práctica de las investigaciones encontrar delatores falsos, porque precisamente ante un delator oportunista o simulado, no hay sanción actualmente más que dejar sin efecto su procedimiento, siempre que no pueda corroborarse su “dicho”, aunque se haya utilizado su versión sea mediática o legalmente. Y más aún cuando no existe la posibilidad del contradictorio en ninguna parte del procedimiento, lo que limita a la propia defensa del sindicado a contraponerse a la versión del colaborador³² o poner en evidencia la falsedad de su versión. Pasamos una fase más de afectación de permitir el procedimiento reservado y oculto a ser sometido a delaciones falsas y oportunistas.

En esa situación, la reflexión no depende de limitación de plazos o de reservas de la investigación, tampoco de la adecuación de estas reglas a los procedimientos en curso o aplicación a los procedimientos que se encuentran pendientes de homologación, sino que trascienden a estos y permiten que el estándar de la colaboración sea mayor frente o en contra posición del oportunismo de delatores simulados que pueden beneficiarse de las reglas actuales que por supuesto limitan o restringen en lo absoluto la participación de la defensa de los sindicados.

De allí que merece la atención en el delator oportunistas, el que puede ser capaz de construir supuestos fácticos y medios de pruebas para buscar un beneficio, especialmente porque se deja a la discrecionalidad entre la Fiscalía y delator asumir como suficiente la primera versión del delator y la información que entrega para retribuirle con beneficios procesales previos a su sentencia como colaborador, pero que además supone *per se* una afectación al debido proceso y al derecho a la defensa de los investigados, puesto que el oportunismo tiene también pre beneficios, ya que pueda haber acuerdos previos de beneficios premiales.

³² LOPEZ YAGUES, Verónica (2018) *Incorporación al proceso penal y valor probatorio de la información lograda en el procedimiento de colaboración especial por colaborador eficaz; especial atención a las declaraciones incriminatorias vertidas por el delator, arrepentido o no*, en: *Colaboración Eficaz*, Directores José María Asencio Mellado / José Luis Castillo Alva, Lima, Ideas, p. 175. La autora rescata y justifica la existencia del no contradictorio en este procedimiento especial en base a la finalidad de la colaboración para la obtención de información útil y la eficacia en la persecución del delito.

Inclusive, en la práctica judicial el Juez que atiende una petición de beneficios procesales anticipado al aspirante a colaborador, debido a que no es su competencia la estructura del caso o la construcción del hecho delictivo, ni de la investigación a desarrollar, suele asumir como válido el acuerdo entre Fiscal y aspirante a colaborador o delator³³, sin mayor control que se le demuestre mínima actividad de corroboración, es decir, no tiene capacidad para advertir una delación falsa porque no maneja la investigación principal ni todos los detalles del caso, que si lo hace el Fiscal, aun cuando posteriormente éstas no puedan sostenerse pero ya generaron premios anticipado, puesto que, además, la defensa jamás pudo contrarrestar el oportunismo. La clave, entonces, no está en los beneficios que otorgue, sino en los derechos que vulneran y sacrifican para el otorgamiento de estos.

Si, por ejemplo, las modificación que se pretendían realizar con el Dictamen señalado en el segundo párrafo, nos ofrecían una exigencia de que el delator brinde toda la información que posee en etapa de corroboración y este sea sometido a un control de veracidad bajo sanción de revocar su beneficio genera algo importante, puesto que actualmente el numeral 2 del artículo 476° del Código Procesal Penal sólo señala que ante la no posibilidad de corroborar la versión del colaborador no se arribará a un acuerdo de beneficios; es decir, las reglas actuales permiten que el postulante o delator inicie su procedimiento con cualquier versión aun a sabiendas de la escasa fiabilidad de su versión³⁴ y si en adelante no se corrobora, simplemente no se concluye el acuerdo, pero en ese intermedio entre la versión y la no corroboración, la evidencias brindadas quedan expedita de ser introducida a la investigación principal y utilizada por la Fiscalía para modificar imputaciones, ampliar investigados o requerir medidas de coerción procesal penal como detención preliminares o prisiones preventivas³⁵ y todo construido a sacrificio de los derecho de los investigados del proceso penal. Sin embargo, esa exigencia, nuevamente, de ninguna manera se enfoca en el respecto o preocupación por el respeto de las garantías de los investigados, sino más bien se enfoca en los medios; esto es, se encuentra enfocado en las reglas de la corroboración de la información.

Desde nuestra posición elevar el estándar de control de veracidad del colaborador puede ser entendido aparentemente incluso beneficioso para la búsqueda de información eficiente, puesto que los casos complejos que involucra diversos actores del sector público y privado, pueden generar una lista de competencias entre delatores reales y eficientes versus delatores simulados u oportunistas, precisamente dicha modificación puede generar una mejor selección de colaboradores eficientes en la investigación., pero

³³ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, Soledad (2018) *Mecanismos de colaboración con la justicia en los ordenamientos jurídicos peruano y español*, en: *Colaboración Eficaz*, Directores José María Asencio Mellado / José Luis Castillo Alva, Lima, Ideas, p. 205. Se advierte que, en efecto, las partes intervinientes en el proceso son únicamente el colaborador y el fiscal, por lo que no existiría en realidad parte contrapuesta.

³⁴ TALAVERA ELGUERA, Pablo (2018) *Fiabilidad y suficiencia de las declaraciones de los colaboradores eficaces*, en: *Colaboración Eficaz*, Directores José María Asencio Mellado / José Luis Castillo Alva, Lima, Ideas, p. 249-250.

³⁵ SAN MARTIN CASTRO, César (2018) *Eficacia de los elementos de convicción en el proceso de colaboración eficaz*, en: *Colaboración Eficaz*, Directores José María Asencio Mellado / José Luis Castillo Alva, Lima, Ideas, p. 274. El autor señala que lo que queda como inexistente es la declaración del ex colaborador y que no puede ser usado en su contra, el resto de los recopilado tiene plena utilización en el proceso penal principal.

nuevamente sigue enfocado en la *supuesta eficacia* y no permite que se inmiscuya un derecho más fuerte que todas las afanes de la eficacia como es el derecho a la defensa. Si de información eficaz se trata, porque no podrían generar la misma condición en paralelo con el respeto a la defensa de los investigados y acabar con la reserva de ese procedimiento de obtención de información eficaz.

Por otro lado, hemos avanzado sólo un milímetro en el respecto del derecho a la defensa, cuando se discute en el Dictamen en lo que se refiere a que se prohíba que la declaración del colaborador A se corrobore con la declaración del colaborador B; es decir, que se prohíba que las versiones sean probadas con unas a otras, sino con evidencia independiente, aunque incluso sigue siendo reservado el procedimiento. Esta modificación que pretenden imponer sólo es el reflejo de precisamente la forma como se ha venido utilizando este procedimiento de colaboración eficaz, porque si la modificación pretende ser una solución es porque asume y pone en evidencia que el problema existe, siendo un problema con grave incidencia en los derechos de otros investigados en el proceso penal.

De hecho, aunque parezca innecesario, que se haya fijado una regla legal, expresa y taxativa, que obligue a evitar que la versión de un delator se corrobore con la versión de otro delator, parece muy necesario fijarla, puesto que, aunque dicha situación debería ser una exigencia natural para la Fiscalía o para el Juez que va a homologar la colaboración (cerrar el procedimiento con beneficios premiales), en la práctica no parece serlo, especialmente, porque muchas colaboraciones están rodeadas de ese defecto y la defensa no tiene posibilidad de acceso a conocerla o a cuestionarlas.

Eso se puede advertir cuando se enfrenta acusaciones particularmente en casos complejos, donde existe imputación por organización criminal en las que, sea integrantes o personas vinculadas, terminan asumiendo versiones que sólo se corroboran entre ellos, asumiendo que mientras más personas confirmen la versión es más verás; o sea, la suma de versiones podría garantizar la imputación, aún sin prueba independiente. Lo que evidentemente debe ser intolerable e inaceptable para condenar a una persona, con sólo versiones que se corroboran entre ellas, sin evidencias independiente, pero cuya incidencia continua podría ser evitada si asumimos que las reglas de reserva atentan contra los derechos y contra la posibilidad de advertir esta situación intolerable para la materialización de derechos fundamentales.

Hemos explicado también que la colaboración eficaz es la contraposición de la eficiencia del sistema penal para perseguir el delito³⁶. Cuando el sistema se muestra ineficiente e

³⁶ CASTILLO ALVA, José Luis (2018) Colaboración eficaz en el derecho peruano, en: Colaboración Eficaz, Directores Jose Maria Asencio Mellado / José Luis Castillo Alva, Lima, Ideas, p. 331. Al respecto en referencia a la filosofía de Bobbio señala: *“El derecho penal premial no sólo tiene un innegable acento político criminal y de estrategia eficaz y útil en el combate contra las distintas formas de delincuencia, sino que se incardina dentro de una corriente filosófica jurídica moderna que insiste en recordar que las sanciones impuestas por el ordenamiento jurídico pueden ser tanto de naturaleza negativa, en la medida que privan de derechos y bienes, como pueden haber sanciones positivas que se caracterizan por establecer beneficios en virtud a la ejecución de determinadas conductas estimadas valiosas y útiles por el ordenamiento jurídico”*.

incapaz de identificar el hecho o los partícipes es cuando se apoya en esta figura del colaborador o delator; por tanto, es válido intentar limitar la arbitrariedad que por sí misma ya significa la existencia en el ordenamiento jurídico de las reglas de la colaboración eficaz; creemos que si el sistema ya muestra un serio déficit en la persecución del delito eso no puede verse reflejado y direccionado hacia el ataque sobre derechos fundamentales de los investigados en un proceso penal.

Inclusive, podemos observar el manejo deliberado de la colaboración eficaz, debido a que la Fiscalía puede proponer (por cuenta propia, sin reportar a las partes investigadas y por entere discrecionalidad), a personas sometidas a detenciones preliminares, prisión preventiva o investigaciones en desarrollo que se sometan al procedimiento de colaboración eficaz a cambio de acceder a beneficios, pero que coadyuven a la construcción de su investigación, estructuración de la evidencia y fijación de los supuestos fácticos del caso, sin respecto a que en ese procedimiento debería poder acceder el investigado para ejercer sus pretensiones de defensa.

Esto es una regla, quiere decir que no es inválida, no se puede *per se* decir que es inaplicable, pero sí por el contrario derrotable (en el sentido amplio del término), porque hasta una regla que faculta proponer a espaldas del investigado debe ser entendida como una permisión de violar y transgredir derechos fundamentales que están por encima de cualquier regla justificada en la eficiencia de la persecución del delito, pero esa derrotabilidad se la encargamos a los jueces y siempre que sus ánimos aconsejen hacerlo, pero cuando de colaboración eficaz se trata no hay forma de esperar la derrotabilidad.

Por otro lado, también existe la petición de parte que nuevamente en la práctica se realiza con una petición reservada, sin acceso al conocimiento de las partes y con entere reserva del fiscal y su equipo de investigación; precisamente, esta reserva es la que pueda generar la concurrencia del acceso a este procedimiento de personas que no buscan el momento oportuno para brindar la información y someterse al procedimiento, sino que lo hacen con intereses de mitigar el impacto de la responsabilidad penal que le correspondería en un juicio sin beneficios premiales como la colaboración eficaz, pero principalmente porque puede estar basados en tergiversación de la información y construcción de evidencias incriminatorias con el afán de obtener beneficios.

De ahí que pensemos que siempre es altamente posible que, en casos complejos, mediáticos sea altamente usual que la Fiscalía se tope un delator oportunista o simulado que más allá de tratar de sorprender al persecutor del delito puede afectar gravemente derechos del investigado quien ni siquiera puede oponerse a esta versión oportunista. Creemos que la existencia del oportunismo de una colaborador o aspirante a tal es una realidad que la Fiscalía tiene que atender en cuanto la regla permite reserva del procedimiento que a la vez permite al colaborador manejar los hechos y evidencia conforme mejor versión pueda mantener para sus intereses; esto ocurre especialmente cuando el aspirante a colaborador eficaz maneja información y conocimientos, especiales, únicos, técnicos, parte de la reserva de información que pueden revelar el delito y sus

partícipes, pero que a la vez pueden ser manipulados por este como mejor convenga a sus intereses o de terceros, sin que la defensa pueda advertirlo, que podría ser la defensa de alguien que esté internamente involucrado en la misma institución sobre la cual el colaborador puede estar dando información y quizá la única que pueda advertir el oportunismo, pero que no puede actuar por las reglas de reserva del procedimiento.

Eventualmente puede ocurrir esto en casos de corrupción por compras estatales o licitaciones de obras complejas, donde las diversas competencias que asumen los funcionarios públicos dentro de la estructura de la institución y luego convertida en estructura criminal los actos de corrupción pueden haberse efectuado en desarrollo del procedimiento de compra o licitación y en la etapa de ejecución contractual, pero requiere de estricto conocimiento de competencias técnicas y de leyes especiales en materia de contrataciones que pueden ser tergiversadas en su interpretación o tergiversar la participación reales (funcionario público de hecho), pero que tampoco puede ser puesto a discusión si quiera, nuevamente, por la famosa reserva de la investigación y la regla que no permite tocar al colaborador ni cuestionar su dicho o versión.

Precisamente la garantía de la contradicción que es un eje pilar del proceso penal está garantizado en todo el proceso común, a excepción de este proceso especial. Y así, un delator puede revelar información sesgada que no se ajusten a la verdad del procedimiento materia de investigación, sino información que pueda ajustarse mejor a sus beneficios e incriminando a otros para pretender tener una mejor posición dentro del caso, esperar un mayor beneficio y, por supuesto, negociar en mejores términos una reparación civil, puesto que tiene una ventaja estratégica frente a los investigados: puede organizar libremente su versión y construir la evidencia tergiversando incluso, tiempos de los hechos, intervenciones y competencias.

Entonces, casos que suponen conocimiento técnico especializados en contrataciones estatales o compras estatales son especialmente sensibles para nuestro sistema de persecución del delito o aquellos que suponen un entramado de actos delictivos originados en una organización privada o empresa de estructura compleja, puesto que las competencias distribuidas de los funcionarios o particulares que interviene en las cadenas de desarrollo del delito, pueden ser manipulados y pueden caer en oportunismos de delator. Por tanto, la oportunidad del delator se convierte en oportunismo, cuando por ejemplo ante la noticia pública de un serio acto de corrupción de impacto nacional, el delator inmediatamente se pone a disposición de la Fiscalía para aprovechar el desconocimiento de los hechos aún por descubrir y organiza su posición reservadamente sin control o contradictoria de ninguna naturaleza y es ahí donde se hace más notoria la arbitrariedad de la existencia de estas reglas de colaboración eficaz.

En una organización criminal que opera en el mercado de la minería ilegal, por ejemplo, destinada a cometer actos de lavado de activos, la distribución de acciones, entre el acopio de mineral extraído ilegalmente, la etapa de procesamiento, la conversión, la contratación con el comprador, la exportación, la recepción de pagos y finalmente la utilización de

dichos fondos en beneficios de la empresa, supone una cadena estructurada de acciones organizadas donde pueden existir diversos actores con competencias estrictas, pero que pueden conocer las acciones desde el primer eslabón hasta el último, que pueda revelar información incriminatoria a otros partícipes no identificados por la Fiscalía, pero mitigando su propia posición en el caso y perjudicando al resto de los que se ven limitados a ser observadores pasivos de la construcción del caso por parte del colaborador.

La Fiscalía, entonces, aun asumiendo que tiene claro su rol y su posición frente al colaborador eficaz; es decir, posición de sospecha sobre la información, no tiene mayores controles en su accionar, porque *las garantías del investigado no pueden atacar el oportunismo, en general legalmente están proscritas para cuestionar al colaborador oportunista*. En consecuencia, las reglas de la reserva dejan en manos de la Fiscalía poder tener los reparos intuitivos y materiales suficientes para evitar el oportunismo, mientras que el derecho a la defensa espera pasivamente a reaccionar cuando la construcción, aun siendo falaz, de los hechos brindados por el colaborador sea puesto a consideración para ser utilizada en alguna medida cautelar o afectación a la libertad del mismo.

En definitiva, exigir que se eleve el estándar de veracidad y de exigencia de obtener toda la información posible del delator para poder corroborar y acceder a su beneficio no es suficiente para garantizar el derecho de los investigado, sino que *se piensa más en la eficiencia de la información y la contundencia de una colaboración que en la real afectación que genera a derechos de los investigados* que obedece quizá a las modernas posiciones sobre el derecho procesal³⁷ y, por supuesto, aquí tampoco existen antecedentes emblemáticos de control difuso o de derrotabilidad de la regla de reserva o cualquier otra regla del todo el procedimiento de colaboración eficaz que nos permita tener un antecedente de cuestionamiento al delator oportunista.

4. DEBERES DEL COLABORADOR CON LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA³⁸

El colaborador implícitamente es considerado delincuente, porque ha realizado un comportamiento en contra de una norma penal, ha cometido un delito y es, por supuesto, merecedor de un reproche penal (sanción), sin embargo, cualquier persona adquiere dicha calificación posteriormente a la culminación de un proceso penal con las garantías legales

³⁷ HASSEMER, Winfried (1999) *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación den derecho penal*, Bogotá, Temis, p. 30. El profesor explicó que en efecto en los nuevos avances del derecho procesal penal podrías arribar a lo que menciona textualmente: *“todos estos instrumentos pueden infringir las tradicionales que en el Estado de derecho tiene el derecho penal, aumentando la capacidad de elaboración del proceso penal a costa de una disminución de sus garantías”*.

³⁸ Una primera idea o esbozo sobre estos deberes del colaborador fue publicado en la revista virtual La Ley: en ángulo legal de la noticia (25 de julio 2022).

que involucra como lo señala Luigi Ferrajoli³⁹, pero el colaborador lo adquiere desde el primer momento que inicia su procedimiento especial y reservado.

Por eso, legalmente se asume que el principio de presunción de inocencia impide tal condición (delincuente) hasta que tenga una sentencia firme que corrobore su responsabilidad. Lo que es una cuestión extremadamente conocida por cualquier lector mínimamente instruido en reglas y principios básicos del derecho, pero que de distorsiona frente al procedimiento especial de la colaboración eficaz o la delación premiada.

La colaboración eficaz, sin embargo, al tener una alta carga de incidencia y afectación a derechos fundamentales, es una figura legal que, creemos para mitigar sus reales impactos al investigado, anticipa materialmente tal calificación para quien se someta a este procedimiento especial, debido a que para acceder a esta figura existe un requisito previo que supone reconocimiento de responsabilidad penal y participación en la comisión de un delito, como está fijado en las reglas de este procedimiento asunción de responsabilidad parcial o total de cargos. La regla, en consecuencia, está tasada para este proceso. Si mínimamente el colaborador no reconoce haber cometido un delito, no puede si quiera emprenderse un procedimiento de colaboración o peticiones de beneficios previos a la homologación de su condición con resolución judicial, pero aún en esa condición adquirida por el colaborador, digamos que delincuente confeso, no hay posibilidad aún de que una defensa intervenga para oponerse a aquella versión del autodenominado delincuente, porque por sí mismo ya no es una persona que debería ser tomada como fiable para el sistema de administración de justicia.

El colaborador, entonces, se auto califica como delincuente para el sistema de justicia, de por sí y en término morales significaría que estamos ante una persona que ya no puede ser entendida como responsables con los deberes generales de cooperación y mantenimiento del sistema⁴⁰. Por esa razón es que el Código Procesal Penal resguarda y exige reserva de identidad, salvo que voluntariamente acepte revelarla, puesto que existe posibilidad legal que el procedimiento de colaboración sea rechazado por falta de corroboración y, sin duda, ante el rechazo reaparece, la presunción de inocencia para resguardar la condición del delator hasta sentencia firme, pero quedan las posibles evidencias que haya lanzado en contra de otros investigados, sin que ese prejuicio de estar ante un criminal sea suficiente justificación para controlar las reglas de la reserva o atacar con criterios de derrotabilidad de las reglas con principios, sin que suponga la expectoración de la regla del sistema⁴¹. Eso debería, en términos materiales, perjudicar su condición desde el inicio de la colaboración, ya que podría generar serios perjuicios a la imparcialidad del juzgador, especialmente por la alta carga de vulneración de derechos del investigado supone solo que exista un colaborador / delincuente construyendo imputaciones en contra de los otros investigados, pero en la realidad del procedimiento no lo perjudica, sino que incluso le genera un manto de protección por las reglas de reserva y las reglas que evitan el contradictorio.

³⁹ Ver, FERRAJOLI, Luigi, *El paradigma garantista*, Editorial Trotta, Madrid, p.123.

⁴⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2018), *Malum pssionis. Mitigar el dolor del Derecho pena*, Atelier, p. 76-77.

⁴¹ Al respecto sobre la derrotabilidad de las reglas y la comprensión de que están no quedan excluidas del sistema, sino inaplicadas para cada caso concreto, véase RODRIGUEZ SANTANDER, Roger (2022), *Razonamiento Jurídico y Estado Constitucional, una teoría sobre la derrotabilidad jurídica*, Palestra, p. 93

Entonces, a partir de considerarse delincuente se invierte la carga de la prueba y termina siendo el aspirante a colaborador eficaz obligado a acreditar el delito cometido (formas, modos, fechas, consecuencias colaterales y otros), revelar información sobre los partícipes no conocidos o entregar medios de prueba que permitan acceder a las responsabilidades penales de otros intervinientes, especialmente si se trata de una presunta organización criminal donde se le exige revelar información sobre mandos superiores o niveles elevados en la jerarquía de la organización, pero la particularidad es que estas acciones ocurren en secreto, reservado y a espaldas de los investigados sobre quienes van a recaer el peso de la evidencia o el peso de la construcción de los hechos que sindique el colaborador. La inversión de la carga de la prueba no es tal, en definitiva, puesto que nos parece simulada, ya que queda a discreción del Fiscal y no de las partes investigadas cuestionar si ha cumplido o no con la carga de probar las imputaciones. No hay espacio aquí para herramientas de tutela de derechos a favor del co investigado no sometido a la colaboración.

Ahora bien, debido a la reserva de sus actuaciones y reserva del cierre de un proceso de colaboración eficaz, aún no tenemos precedentes que analizar y verificar sobre si en efecto el aspirante, al convertirse en colaborador con una sentencia sobre pena disminuida o pena no aplicada donde se le otorgó los beneficios por la delación, ha cumplido con las exigencias legales que se le impone al someterse a este proceso; es decir, si ha cumplido con su deber frente a la justicia. Esto supone que ni siquiera adquiriendo esta condición nefasta moral de delincuente puede ser controlada su versión y la reserva impera en la negociación bilateral de la Fiscalía con una persona auto declarada delincuente.

Si hablamos de deberes, inevitablemente, tenemos que arribar a la posición que, en esa figura de colaboración eficaz, el delincuente asume un rol particular frente al sistema penal y frente a la sociedad estos están únicamente enfocados en rendir cuentas hacia afuera del proceso y no más bien de garantizar el debido proceso internamente. Sobre los deberes de la persona que ha cometido el delito, Antony Duff señala que incluso el delincuente al cometer un delito no solo asume la carga de ser sancionado penalmente, sino que asume por lo menos dos deberes; el primero, el deber cívico de asumir la rendición de cuentas ante el derecho penal y la sociedad, no obstaculizando el interés del sistema penal; el segundo, reconocer que ha cometido, en efecto, un acto públicamente incorrecto y el juicio penal es formalmente el lugar donde es llamado a responder por el delito⁴²; pero no asume ninguna carga frente a los derechos afectados al investigado no sometido a la colaboración, y sí, por el contrario, asume una posición de ventaja frente a quien pretende aún cuestionar las imputaciones de la Fiscalía y someterse al debido proceso.

Por tal razón, asumimos de manera particular que Duff cuando redactó esta comprensión del rol y deber del delincuente no pensaba estrictamente en un colaborador eficaz o su aflictiva connotación de afectación a derechos fundamentales, sino en un delincuente cualquier post condena, pero lo cierto es que su posición es perfectamente exigible a un aspirante a colaborador eficaz, sólo con la única salvedad que omitió que esos deberes deberían dar pie también a respetar los derechos de las personas investigadas a quienes va

⁴² DUFF, Antony (2015), *Sobre el castigo, por una justicia que hable el lenguaje de la comunidad*, Siglo XXI Editores, p.50 - 51.

afectar al delator o, en términos más claros, a quienes va a sindicar. En consecuencia, lo primero que se le debe exigir a este es que cumpla con asumir su condición de delincuente y rendir cuentas a la sociedad entregando las evidencias que justificarían la posibilidad de ser sancionado con una pena menor o excluirlo de sanción; lo segundo, asumir y entender que no es alguien que tiene que rendir cuentas morales ante la sociedad, sino que además se debería someter al control de las partes afectadas con su versión o entrega de pruebas; y, lo tercero, que este procedimiento de deberes también debería estar enfocado en que mínimamente se ejecute en respeto de las garantías mínimas procesales de los investigados.

La Fiscalía y el colaborador ponen, sin duda, en juego sus intereses en un procedimiento en curso de esta naturaleza, pese a que la rendición de cuentas de un delincuente no debería contemplar beneficios, pero ambos intereses se materializan violando y trastocando los derechos fundamentales del investigados, porque no debería ser tan cierto comprender a raja tabla que por ser una procedimiento especial la negociación supone una relación bilateral colaborador – fiscal, sino que por sus efectos debería comprender una relación triangular *colaborado – fiscal – defensa* técnica de investigados; esto debería ser así por si aún pensamos en ser un Estado que respeta al ciudadano y sus derechos.

Tenemos claro que, en cualquier proceso penal, la Fiscalía tiene interés legal de perseguir el delito, investigar los modos de su comisión y sus partícipes, aspirando, en lo posible, que ninguno de los que hayan participado queden fuera del alcance de sus pretensiones de imposición de una pena, sea cual sea el delito que hayan cometido como base de sus competencias constitucional y sus deberes como institución. Por otro lado, el delincuente, entendido como la persona que ha cometido un delito o ha delinquido espera en principio no ser descubierto y no ser sancionado, pero ante la eventualidad de ser descubierto por el sistema o ver inminente su descubrimiento convierte su interés inicial en interés de coadyuvar con la justicia para obtener de estos beneficios premiales, pero el juego de intereses no permite por regla el acceso al otro o los otros interesados en el juego bilateral que es o son los investigados.

La Fiscalía y el delincuente, en concreto y sin más, intercambian intereses en un proceso de colaboración eficaz, el detalle es que en ese intercambio ambos asumen deberes, pero sobre los que resultan imprescindibles reparar y prestarle más atención son los deberes del aspirante a colaboración eficaz que bien podrían ejecutarse o concretarse, también garantizando los derechos de los investigados, evitando la reservada e evitando la restricción de la participación en el desarrollo de la fase de corroboración o en el propio momento de brindar la versión el colaborador eficaz.

Ahora, ese intercambio de intereses se convierte en actos de negociación por la propia naturaleza de lo que implica un interés y no un derecho, como lo señalan Stephen Holmes y Cass Sunstein⁴³ y como tal no debería estos intereses estar por encima del respecto de los derechos del investigado. Esto ocurre, porque la Fiscalía es capaz de negociar su rol de sancionar con una pena tasada en un tipo penal y no aplicarla porque las reglas le permiten

⁴³ HOLMES STEPHEN y Cass SUNSTEIN (2012), *El costo de los derechos, por qué la libertad depende de los impuestos*, Siglo XXI Editores, Buenos aires, p.12.

reserva y entera discrecionalidad, siempre que quede a su entera calificación si recibe o no del colaborador suficiente información y evidencia que permita conocer lo que sin él sería imposible de conseguir; sólo así, convierte el sacrificio de los derechos y garantías mínimos del proceso penal en una negociación aparentemente rentable para la justicia; es decir, la Fiscalía deja algo (perseguir la sanción de ley contra el delincuente) y recibe a cambio algo que pondera con mayor valor para la averiguación de la verdad de los hechos (verdad material o verdad legal) suficiente, además, para construir un caso penal sólido contra quienes de ninguna manera pudieron haber responsabilizado sin los aportes del colaborador, pero que *en el camino han atropellado derechos y han afectado el contradictorio de los investigados*.

Los deberes, entonces, existen y se le imponen únicamente al aspirante a colaborador frente a la Fiscalía, por lo que es un deber estrictamente legal en principio, porque sólo ante el Ministerio Público y el Poder Judicial es donde tiene la obligación de probar su versión de los hechos y probar la participación de terceros o incluso hasta impedir que siga en curso los actos de comisión de delitos propios de la organización criminal, pero de ninguna manera frente al proceso principal, la rendición de cuentas es ante el sistema, sin que importe, en consecuencia, que el medio para hacer prevalecer intereses se coloque por encima de derechos de los otros investigados.

Esto que parece obvio, no lo es tanto en nuestra cultura social y legal, puesto que no le estamos pidiendo rendición de cuentas a quien se ha auto declarado delincuente, sino, por el contrario, estamos asumiendo que hace un favor al sistema, pese a su alta carga de incidencia y vulneración de derechos de otros. No estamos enfocando nuestras miradas a que sus intereses están prevaleciendo y colocándose por encima de los derechos de los investigados y por encima del debido proceso. Si bien puede ser positivo su aporte como aspirante a colaborador, especialmente, cuando se trata de eventos que afectan gravemente al sistema como, por ejemplo, actos de corrupción desde las más altas esferas de poder público; lo cierto es que un aspirante a colaborador no es quien nos socorre ante el delito, sino quien tiene deberes de responder ante la sociedad y esta evaluar, a través de las autoridades que administran justicia, si realmente debe ser beneficiado, pese a que es un delincuente, sin que dejemos pasar por alto que por este fin se afecten derecho y se hagan efectivos sus intereses clandestinamente frente a quienes merecen respeto por ejercer su derecho a la defensa.

Por eso, frente a un aspirante a colaborador eficaz no es momento de dialogar sobre sus derechos⁴⁴, sino de exigirle rendir cuentas sobre su condición de delincuente, pero enfocarnos en que esta rendición de cuenta se haga dejando espacio suficiente para el ejercicio de la defensa de los investigados.

⁴⁴ Sobre lo que implica los derechos del delincuente en el debate público se puede revisar en GARGARELLA, Roberto (2016), *Castigar al prójimo, por una refundación democrática del derecho penal*, Siglo XXI Editores, p.251 y ss.

5. EFICACIA Y CONTUNDENCIA DE LA INFORMACIÓN DEL COLABORADOR⁴⁵: CUALIDAD Y NO CANTIDAD

Como habíamos fijado en párrafos anteriores en el 2017 se hizo público el primer caso emblemático de los sobornos entregados por Odebrecht en el Perú, referido al Metro de Lima, con detenciones funcionarios públicos que intervinieron en dos licitaciones entre el 2009 y 2011 a cargo del Ministerio de Transporte y Comunicaciones. Las investigaciones se iniciaron a consecuencia del acuerdo de colaboración de Odebrecht con el EE. UU en el 2016 y las indagaciones internas en desarrollo generó, como era inevitable, sus propias colaboraciones eficaces. En el mismo año (2017) la Fiscalía contaba con 29 casos a cargo y en etapa investigación, entre preliminares y preparatorias⁴⁶, todas con incidencias de colaboradores eficaces de por medio e instrumentalización de sus versiones para detenciones preliminares, pedidos de prisión preventiva y hasta para el impacto mediático.

Desde esa fecha hasta la actualidad se han construido en la Fiscalía casos como la Interoceánica Sur por los pagos a funcionarios de Ositran y los Tramos 2,3 y 4, el contrato de concesión de Línea Amarilla, Rutas de Lima, No Revocatoria y Reelección de Susana Villarán, Gaseoducto Sur Peruano, Costa Verde tramos Callao, Vía Evitamiento Cusco, Laudos Arbitrales a favor de Odebrecht, el Club de la Construcción, financiamientos de campañas presidenciales de Ollanta Humala, Keiko Fujimori y Julio Guzmán, entre otros. Todos con un patrón de actos complejos y organización de acciones de carácter complejo, por lo que son asociados a actos de alta carga y homologación con el crimen organizado.

Entre todos estos casos el patrón más notorio de las investigaciones es que la Fiscalía reconoce, sin revelar la cantidad en cada caso, que cuenta con colaboradores eficaces que, en efecto, han sido imprescindible como una forma de obtener la evidencia de los acuerdos ocultos de los funcionarios que de otra manera difícilmente podrían haberse revelado o puesto a conocimiento de las autoridades, en lo que se refiere a cómo se organizaron para cometer delitos y quienes intervinieron en su preparación, ejecución y consumación; además, como en el caso del Metro de Lima, la colaboración permite también poder conocer la ruta de los fondos ilegales obtenidos por los actos de corrupción. Y, sin embargo, pese a la cantidad significativa de colaboraciones ninguna de estas ha llevado a una discusión ante jueces constitucionales por su utilización masiva o por lo degradante que significa este procedimiento que afecta gravemente derechos esenciales de la sociedad.

En el caso Club de la Construcción, con notoriedad pública en enero de 2018, tuvo como base para el conocimiento de su existencia y operatividad la versión de un colaborador

⁴⁵ Este apartado forma parte de un artículo publicado en la Revista peruana La Ley, ángulo legal de la noticia (19 de marzo de 2021),

⁴⁶ Datos extraídos de la información pública que obra en la web institucional del Ministerio Público https://www.mpf.gob.pe/equipo_especial/carpetas_fiscales/

eficaz (Colaborador N° 06-2017) que la Fiscalía utilizó para sus requerimientos. Desde esa fecha hasta la actualidad, teniendo en cuenta que la investigación preparatoria por este caso acaba en junio de 2021, la Fiscalía a cargo de este caso tiene más de 10 colaboraciones eficaces en curso en las que están, tanto funcionarios públicos como empresarios que operaron en los entramados para favorecerse de licitaciones públicas del MTC entre 2011 y 2014, incluyendo el reciente caso que estalló contra el ex presidente Martín Vizcarra, que por cierto también tiene en su base de organización de hechos a dos colaboradores que habrían ratificado pagos o sobornos para las licitación de Moquegua. Es decir, nuevamente la Fiscalía suma colaboraciones y el sistema judicial suma peticiones de beneficios parciales o finales y siguen sin poner a discusión si estas colaboraciones constitucionalmente son viables en nuestro sistema, la colaboración eficaz se convirtió, entonces, en la herramienta legal idónea para perseguir el delito sin importar los costos que su subsistencia en el sistema se tiene que afrontar.

Estos datos que pueden ser puramente referenciales, en realidad, muestran que en todos los casos que tiene el equipo especial, la Fiscalía ha dependido de una colaboración eficaz para poder acceder a la información y conocer aquellas evidencias, hechos y participaciones que con las herramientas usuales de investigación no podían conocer (información eficaz, de acuerdo al artículo 475° del Código Procesal Penal) a cambio de un beneficio al colaborador que suponía por ejemplo, su libertad, sea por detención domiciliaria o por comparecencia con restricciones, en caso estaba detenido, o acuerdos que involucraban no atribución de imputaciones o exenciones de pena. Sin reflexionar mínimamente si la obtención de información eficaz y corroboración merece mínimo espacio de respeto de los derechos de las personas; entonces, se ha normalizado en la Fiscalía la utilización de esta herramienta y ningún operador de justicia puede seriamente discutir la constitucionalidad o la posible derrotabilidad de la colaboración eficaz.

Por ello, siempre puede ser tentador para un investigado aportar corroboración a la versión del otro sin prueba adicional, sino sólo para darle presunta credibilidad a una revelación sobre un evento delictivo a cambio de un beneficio procesal puesto que está revestido del manto de la reserva y desligado de contradicción o controles mínimos de un debido proceso, parece que se ignora o se deja de lado que el colaborador es, en principio, una persona que participó de la organización de un evento delictivo y no es un testigo del hecho, por lo que siempre su versión puede ser interesada a mejorar su condición en el caso en desarrollo⁴⁷ y por esa sencilla razón la información “eficaz” tendría que ser controlado o mínimamente sometido a la duda por quien va a ser el afectado por la misma.

Era inevitable que, en los casos en desarrollo por criminalidad organizada o por actos complejos de corrupción en altas esferas de organismos estatales o el Ejecutivo, la Fiscalía reciba constantes solicitudes de colaboraciones eficaces y las atienda bajo el

⁴⁷ En el mismo sentido, RIQUERT, Marcelo (2017), *El arrepentido: ¿Colaborador eficaz o delator premiado?*, Hammburabi, Buenos Aires, p. 312.

supuesto que deben poder corroborarse, más aún cuando el procedimiento es intocable por las partes, aún cuando exista la regla del rechazo del fiscal por falta de corroboración y que supone un rechazo unilateral, pero eso significa que se afecte el debido proceso, porque ante un acto estatal de investigación la confianza del investigados no puede recaer en que su parte acusadora debería actuar con objetividad o caer en la confianza integra a su parte acusadora, cuando puede caer en sesgo e incriminar indebidamente, por eso el control y objetividad en un proceso penal no depende de la Fiscalía o que esperemos que lo haga por buena cuenta, sino que se ejercer en el interno del proceso, se reclama, se solicita respecto, se ejerce derechos en el proceso penal.

Esa potestad discrecional, unilateral que le ha dado el legislador a la Fiscalía puede generar dos cosas: *que se rechacen colaboraciones por repetitivas o sin posibilidad de corroboración o que se acepten para reforzar los dichos en colaboraciones anteriores, debido a que dicha decisión queda a absoluta discrecionalidad del fiscal y los investigados, ni pensarlo, para nada en lo absoluto están habilitados por regla procesal intervenir o siquiera oponerse*, por ejemplo, a la existencia de un colaborador repetitivo de la versión de otro y que no tiene nueva prueba que presentar, porque simplemente se le niega posibilidad de control.

De ahí que la falta de control incluso sobre la suma de cantidades de colaboradores eficaces afecten directamente la posición de la defensa del investigado, puesto que la versión del colaborador A puede estar corroborada en la versión del Colaborador B y este al mismo tiempo en la versión del Colaborador C, especialmente en escenarios donde no hay mayor intervención que las de los propios colaboradores con la persona a la que direccionan la incriminación o que la reconstrucción del hecho delictivo tenga la presencia única de estos mismos participantes; allí van 3 versiones, pero estas no importan en cantidad, sino en las posibilidades que sus versiones tengan pruebas independientes que las respalden y no sólo dichos o supuestos corroborables entre ellos y que, como era de esperarse, no son controlables por la defensa, es decir, el rechazo de colaboraciones por repetitivas solo puede ser controlado por el fiscal bajo la “entera” confianza que habría que tenerlo o bajo el absoluto criterio objetivo que deberíamos esperar de una Juez, aun cuando en la audiencia que aprueba la colaboración eficaz no se nos permita si quiera acceder. Esto que parece una regla de antaño homologable al rechazo sobre el testimonio sobreabundante en un juicio, no parece ser de antaño cuando de colaboraciones eficaces se están discutiendo.

La contundencia de una versión de colaborador no depende de la cantidad, sino de la posibilidad de sobrepasar el control de corroboración en los hechos que investiga la Fiscalía y propone como delictivos en las acusaciones que se promueven, pero eso significa un control post actuación, post posición de acusación de la Fiscalía y no un control durante la fase de recopilación de pruebas, en donde se debe garantizar el contradictorio. De hecho, dicha cuestión únicamente se admite que sea discutida indudablemente en el desarrollo del juicio oral, porque la presentación de una versión de colaborador como prueba de cargo en la acusación supone a la vez que la Fiscalía tenga la suficiencia de acreditar la coherencia interna de la versión del colaborador y la

acreditación externa (corroboración), pero es posible discutirla en cualquier fase de la investigación donde se utilice las colaboraciones para solicitar medidas en contra del investigados, incluyendo las medida de coerción real contra los bienes. Esto es así, sin importar o reparar en que la acreditación interna y externa de la colaboración haya sido construida afectando el derecho al debido proceso.

Precisamente, la cantidad de corroboraciones no determina por sí misma la contundencia en la tesis que puede tener la Fiscalía, sea en la fase de investigación donde en base a estas colaboraciones pueda solicitar medidas de coerción personal o en la acusación donde durante el juicio deba sostener la contundencia de la versión y las pruebas que las respaldan, porque el principio de presunción de inocencia nos lleva a reafirmar obligatoriamente que en cualquier etapa las colaboraciones deben ser sometidas a criterios que la justifiquen adecuadamente y mínimamente a criterios de control difuso de la existencia de estas reglas, especialmente cuando el Juez deba tomar decisiones cautelares o definitivas⁴⁸.

Esto es muy importante, porque allí se define si la colaboración eficaz asume su propia connotación; es decir, si realmente es eficaz o se está constituyendo en un procedimiento dentro de la investigación que pueda generar repeticiones de testimonios y corroboraciones entre colaboradores sobre sus dichos, lo que no haría una colaboración, eficaz sino más bien oportunista, en base a que siempre se debe dudar de la fiabilidad de la versión del colaborador⁴⁹, porque si mínimamente controlas o permites el contradictorio, lo sometes a reglas estrictas de control difuso sobre la reserva de la investigación o libre obtención de evidencias a espaldas de los investigados, entonces, la información se convierte en sostenible y contundente.

En ese sentido, la aceptación político criminal de la existencia del procedimiento de colaboración eficaz con fines utilitarista y pragmáticos para afrontar la criminalidad organizada que de otra manera no puede descubrirse no puede confundirse con pretender respaldar acusaciones en base una cantidad significativa de versiones que sólo se corroboran entre ellas, especialmente, porque ninguna Fiscalía puede cegarse a entender que un colaborador es un interesado en mejorar su condición procesal, un interesado en obtener un beneficio premial y alguien sobre el cual siempre se deben dudar de su comportamiento post delictivo positivo⁵⁰, en el sentido que permite coadyuvar con el descubrimiento, contención y anticipación de actos criminales.

⁴⁸ Sobre la presunción de inocencia y colaboraciones eficaces, véase, FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes (2017), “El tratamiento procesal de la información obtenida en procedimientos de colaboración”, en: *Colaboración Eficaz, Prisión Preventiva y Pruebas*, IDEAS, Lima, p. 145-177.

⁴⁹ Léase también sobre la escasa fiabilidad de la versión del colaborador en TALAVERA ELGUERA, Pablo, “Fiabilidad y suficiencia de las declaraciones de colaboradores eficaces”, en: *Colaboración Eficaz*, IDEAS, Lima, 2018, p. 235-264.

⁵⁰ Sobre la definición de comportamiento positivo post delictivo como forma de colaboración eficaz puede verse en GARRO CARRERA, Enara (2013) “Comportamiento post delictivo positivo y delincuencia asociativa”, en: INDRET, Barcelona.

En definitiva, la cantidad de colaboradores eficaces en una investigación o consignados en una acusación no nos debe arrastrar a desnaturalizar el real problema de su directa afectación a derechos fundamentales, la cantidad de colaboradores tampoco puede generar la impresión de contundencia en la incriminación, puesto que el procedimiento nace y se desarrolla sin control o contradicción de la defensa del investigado, siendo esta en términos del profesor Michele Taruffo una *garantía fundamental del proceso*⁵¹, por supuesto, la cantidad en el mismo sentido, no nos debe llevar a beneficiar el posible oportunismo de los investigados, quienes han utilizado el sistema y sus reglas para construir imputaciones a espaldas de los investigados, aun cuando total o parcialmente sean ciertas.

6. AFECTACIÓN DE LOS DERECHOS Y LA NO INCIDENCIA DE LA PONDERACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL

Nos ponemos en la situación sobre que aberrante moral y socialmente sería un magistrado si deja de atender un pedido de homologación de una colaboración eficaz sobre un presunto grave caso de corrupción de altos mandatarios del Estado basado en ponderaciones y respeto por derechos y garantías fundamentales, sin que los ánimos morales, el fastidio social o el impacto subjetivo de la población⁵² no lo juzguen como encubridor de un delito o complaciente con la corrupción o sin que se haya atente contra el sesgo de influencia social⁵³ sobre los actos que revela la colaboración.

Entonces, nadie podría si quiera pensar que debemos ponderar derechos con más peso que las reglas de la colaboración eficaz, pues eso es muy riesgoso especialmente si de lo que se trata es de descubrir el delito y desenmascarar a los intervinientes del delito que sin esa colaboración no podrían responder a la justicia. A decir de Posner, en el ámbito de la justicia anglosajona, *“los jueces hacen la tarea posterior al paso de los legisladores...que incluso tiene sentido democrático”*⁵⁴, pero en el caso de las reglas de colaboración no se toman la tarea de esa limpieza en la aplicación de las normas, puesto que avalan lo que la legislación a impuesto bajo la excusa de ser un procedimiento especial y, por supuesto, porque la tan anhelada corrección moral o ideal de corrección del neoconstitucionalismo no tiene cabida en este espacio de existencia y aplicación de la colaboración eficaz y sus reglas.

Esto que parece sarcasmo es una realidad y preocupante, porque somos complacientes antes situación de seria afectación a derechos, como la defensa, el debido proceso,

⁵¹ TARUFFO, Michele (2020), *Hacia la decisión justa*, Lima, Editorial Zela, p. 65

⁵² José Luis DIÉZ RIPOLLES (2003), p. 23, señala el autor que esto también ocurre en definición en términos de malestar social e involucramiento emocional que lo hace en referencia a la racionalidad de las leyes (creación de las leyes penales) que bien podría extenderse para el momento de su aplicación e interpretación

⁵³ SANTIBAÑEZ, Cristian (2018) *Origen y función de la argumentación: pasos hacia una explicación evolutiva cognitiva*, Lima, Palestra, p. 270. El autor señala al respecto: *“El sesgo de la influencia social tiene como antecedentes conceptuales la idead de conformidad y presión social. En tanto, sesgo es un patrón de comportamiento que muestra algún tipo de distorsión al momento de procesar la información proveniente del mundo exterior...”*

⁵⁴ POSNER, Richard (2011) *Cómo deciden los jueces*, Barcelona, Marcial Pons, p. 369.

derecho a la prueba e incluso el derecho a la igualdad en el proceso penal⁵⁵, por reglas infra constitucionales y allí no existe ponderación válida ni afanes del Tribunal Constitucional sobre ponderaciones con principios y prevalencia de derechos, sin siquiera permitir un espacio de corrección en la que se apoya por ejemplo la objetividad moral de la que tanto se pregona en las teorías de la ponderación que excluye y niega que un derecho pueda ser afectado por preferencias de un sujeto o un conjunto de sujetos, porque prevalecen sobre estas principios morales objetivos⁵⁶, como los principios que fundan las bases del debido proceso o del ejercicio a la defensa. De hecho, los pronunciamientos existentes a nivel de la justicia ordinaria sobre el procedimiento de colaboración eficaz, solo se ha enfocado en delimitar la utilización del testimonio preliminar del colaborador y exigir que se use prueba independiente a su declaración en pedidos de medidas de coerción de la libertad como prisión preventiva, la Corte Suprema en sus casaciones no ha reflexionado ni un párrafo sobre la alta connotación de aflicción sobre derechos que contiene el procedimiento;

Entonces, el duro debate entre ponderación y no ponderación, entre moral y derecho, entre neoconstitucionalismo y positivismo, en el Perú se ha reducido a temas absolutamente distintos, como un último fallo de la justicia peruana en agosto de 2022 (Caso Ana Estrada) donde, vía control difuso, ha dejado de aplicar una regla prohibitiva de comportamiento fijada en un tipo penal que proscribía la asistencia a la muerte ante una petición de esta naturaleza; entonces, al clásico estilo de la ponderación entre principios, derechos y reglas⁵⁷ se resolvió el caso, dejando de aplicar la regla prohibitiva y accediendo por primera vez en el país a un muerte asistida; pero seguimos sin atender un caso donde las cuestiones morales estén trastocadas con cuestiones de corrupción y de alto índice de afectación social o incitación social frente a presuntas graves acciones de corrupción, donde no hay actitud permisiva para atender exigencia morales de las bases más arraigadas de los derechos⁵⁸ que permitan oponerse a un procedimiento especial.

En ese escenario: ¿estamos pensando mínimamente en ponderar las reglas del proceso especial de colaboración eficaz?, en lo absoluto; esto no está si quiera en el marco de referencia de estrategias legales o de controles difusos de jueces penales, de hecho, ni siquiera podríamos aspirar a discutir sobre los que Jeremy Waldron denomino control judicial débil y control judicial fuerte en referencia a la ley y su aplicación conforme al

⁵⁵ Sobre el sentido extenso de la igualdad como norma y diferencia como hecho, véase FERRAJOLI, Luigi (2006) *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Madrid, Trotta, p. 77.

⁵⁶ ATIENZA, MANUEL (2022) *Sobre la dignidad humana*, Madrid, Trotta, p. 136.

⁵⁷ Al respecto Gustavo ZAREBELSKY (2008), *El derecho dúctil, ley, derechos y justicia*, Trotta, p. 109-110, sobre la composición actual del derecho señalaba que estos están compuestos por reglas y principio, asumiendo que las normas jurídicas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre justicia son prevalentemente principios; por ello distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley,

⁵⁸ PRIETO SANCHÍS, Luis (2007) *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Lima, Palestra, p. 27 – 37. El autor desarrolla la idea de los derechos fundamentales como exigencias morales.

respecto a derechos⁵⁹, porque estos controles no son admisibles frente a la colaboración eficaz y sus reglas. Esa responsabilidad entregada a los tribunales de cuidar y defender el orden constitucional de los valores de las cuales en el siglo XIX nos relataba Otto Bachof⁶⁰ no tiene asomo frente a la transgresión de valores constitucionales que acarrea la colaboración eficaz.

Precisamente los años de cuestionamientos a la aplicación taxativa de la ley y los cuestionamientos a que el derecho no puede estar al servicio de la ley que crítico Gustavo Sagrebelsky⁶¹, al cuestionar el Estado de derecho y el principio de legalidad concretado en la instancia legislativa y su aplicación exegética por parte de los actores de la administración de justicia, parece no haber calado o no ser suficientemente cuestionables cuando se trata de la figura de la colaboración eficaz, porque el Estado Constitucional, la aplicación e interpretación del derecho conformes principios y derechos fundamentales aquí no llega ni da luces. De hecho, tampoco en la aplicación de las reglas de colaboración eficaz, respecto a la reserva de la investigación, el traslado de la pruebas y la actuación ocultada de obtención de prueba ha sido reflexionado junto a lo que Michael Pawlik entendió como el eje central de la función del derecho procesal; es decir, *“el principio de proporcionalidad, en tanto, las intervenciones de los órganos de persecución penal son solo admisibles, en tanto persigan un fin legítimo y el medio sea idóneo, necesario y adecuado”*⁶².

Como podemos intuir de los párrafos anteriores las bases sobre las cuales incide la consecuencia de afectar derechos con este procedimiento de colaboración eficaz son muy serias, pero además demuestra la contradicción entre quienes aspiran a lograr una actividad judicial acorde con el respeto a los derechos fundamentales, la prevalencia de principios y las ponderaciones altamente cualificadas que se exponen en la jurisprudencia, pero cuando se topan con la colaboración no hay reparos y en realidad están trastocando no sólo la prevalencia de los derechos y principios, sino como señala el Prof. Perfecto Andrés Ibañez, la propia legitimidad del *ius puniendi*⁶³. Inclusive si asumimos que el procedimiento de colaboración eficaz tiene reglas restrictivas de otros derechos y son necesarias para la persecución del delito, los jueces aún así le dan validez prima facie pero no lo someten al examen de constitucionalidad, de acuerdo a reglas de proporcionalidad

⁵⁹ WALDRON, Jeremy (2018) *Contra el gobierno de los jueces; ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, p. 62

⁶⁰ BACHOF, Otto (1985) *Jueces y Constitución*, Madrid, Civitas, p. 40

⁶¹ ZAGREBELSKY, p.33

⁶² PAWLIK, Michael (2016) *La libertad institucionalizada, estudios de filosofía jurídica y derecho penal*, Barcelona, Marcial Pons, p 141-142

⁶³ ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto (2009) *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammburabi, p. 190. En el mismo sentido PIETRO SANCHÍS, Luis (2018), *Curso básico sobre garantismo*, Ciudad de México, Centros de Estudios Carbonell INACIPE; el autor define a las garantías penales y procesales como *“aquellos límites negativos (obligaciones de no hacer) y vínculos positivos (obligaciones de hacer) impuestos al ejercicio del ius puniendi, tanto en abstracto o en el plano de la producción normativa como en concreto o en el plano aplicativo, en orden a la protección de derechos fundamentales del imputado y del reo”*.

como menciona Aharon Barak respecto a como se debe actuar a restricciones de derechos⁶⁴.

No podemos cerrar este breve investigación o posición asumida en este trabajo sin citar al profesor José María Asencio Mellado que, en comentario al procedimiento especial peruano de la colaboración eficaz, es quien más crítico ha sido contra esta figura procesal y sin duda el más impactado por la existencia de estas reglas que las califica como *ilícitas e inconstitucionales* respecto a cómo puede tolerarse en un Estado constitucional que las actuaciones de recopilación de evidencias obtenidas de forma reservada, oculta y sin ejercicio a la defensa pueden ser validadas en el proceso penal en contra del investigado no sometido al procedimiento especial de colaboración⁶⁵, mencionadas con las mismas razones expuestas en este trabajo; sólo con la diferencia de que el profesor Asencio Mellado no ataca en estricto su tesis sobre la posición aquí desarrollada que se refiere, más bien, a la inobservancia de los jueces que en este caso se niegan a aplicar los tan anhelados criterios de ponderación del neoconstitucionalismo y no abemos si porque las preferencias subjetivas así la mandan y no porque exista una moral objetiva que le asigne comportamiento obligatorio de derrotar normas que afectan gravemente derechos fundamentales.

⁶⁴ BARAK, Aharon (2021) *Proporcionalidad: los derechos fundamentales y sus restricciones*, Lima, Palestra, p. 131-132

⁶⁵ ASECIO MELLADO, José María (2018) *El procedimiento de colaboración eficaz: la ilícita e inconstitucional incorporación de sus actuaciones al proceso penal*, en: *Colaboración Eficaz*, Directores Jose Maria Asencio Mellado / José Luis Castillo Alva, Lima, Ideas, p. 11-80.

CONCLUSIONES:

1. La colaboración eficaz es una herramienta procesal que se encuentra contenida en el Código Procesal peruano que supone su vigencia en nuestro ordenamiento jurídico con la cualidad de ser un procedimiento especial, pero su denominación no es homologable a su real dimensión procesal, puesto que alberga reglas de reserva de la investigación a todas las partes procesales investigadas, se desarrolla únicamente en una relación bilateral de fiscalía y colaborador eficaz (o delator), la delación que realiza el colaborador no es controlable por ninguna de las partes investigadas, se restringe en el contradictorio a las partes, tanto en las declaraciones del colaborador como en la fase de entrega de evidencia y recopilación o actuaciones para obtenerla, la Fiscalía puede trasladar la evidencia de la colaboración a la investigación principal a pura discrecionalidad, incluso asumiendo que en el procedimiento pueden haber atentado contra derechos fundamentales, que en el proceso común sería prohibido y, sin embargo, en todos los casos estas reglas son toleradas, puesto que están revestidas por la justificación de la necesidad de eficacia en la persecución del delito.
2. Esta figura procesal tiene incidencia continua en casos de alta complejidad que suponen la existencia de organización criminales desde el ámbito público o acciones criminales estructurada por particulares, donde la Fiscalía demuestra que no tiene capacidad para descubrir el delito o sus partícipes, por lo que recurre a las reglas del procedimiento de colaboración eficaz sobreponiendo el principio de eficacia de la lucha contra la criminalidad por encima de los derechos al debido proceso, a la defensa, al contradictorio o hasta el derecho a la igualdad en términos procesales de los investigados que se ven afectados por la delación del colaborador y quienes no tienen espacio, oportunidad o regla procesal que permita cuestionar, oponerse o controlar la actividad desarrollada en el proceso especial, amparada bajo la reserva y autonomía.
3. La justificación de la existencia y aplicación de este procedimiento especial no sólo se basa en el afán de eficacia en la persecución del crimen, sino también en la no oposición de quienes se encargan de dar los beneficios premiales o de quienes se encargan de homologar el procedimiento que es igual al cierre del mismo cuando la colaboración ha logrado aparente su objetivo; que son los jueces, puesto que estos no sólo validan el procedimiento, sino validan las reglas de la colaboración eficaz, aun cuando éstas están revestidas de algo aflicción a derechos fundamentales y han sido desarrolladas afectando los derechos de otros investigados en el caso.
4. Hemos pretendido hacer notar que el desarrollo doctrinal o el entendimiento sobre la aplicación de los principios, la aplicación de la ponderación o el desarrollo sobre la derrotabilidad de las reglas no tienen incidencia, ni ponen a discusión si quiera cuando están frente a las que suponen o albergan la colaboración eficaz. No existe mínima oposición de los jueces al respecto, lo que desde nuestro punto de vista significa que,

precisamente, hay ciertas coyunturas sociales, morales, políticas que determinan que, pese a la enorme afectación a derechos fundamentales y el ataque a las bases de estos como el debido proceso y el derecho a la defensa, las preferencias subjetivas apoyadas en el ideal de persecución efectiva del delito o no impunidad terminan generando la justificación para la aplicación sin reparos de estas reglas en nuestro ordenamiento jurídico.

5. Entonces, hemos preliminarmente tratado de demostrar que incluso aun cuando los afanes de la corrección del derecho o del objetivismo moral pretende tener incidencia en que ninguna regla puede ser aplicado al caso concreto en tanto vulnera derechos fundamentales y siempre hay una definida respuesta correcta, en el caso de la colaboración eficaz no tiene ocurrencia, no tiene cabida. Los jueces, quienes aplican e interpretan estas reglas, terminan validándolas, porque no existe forma de oponerse a estas sin que el sistema pueda cuestionarlos o sin atentar contra la eficacia de la persecución del crimen.
6. Hemos pretendido mostrar *en abstracto* que en casos como la que supone la coexistencia de las reglas de la colaboración eficaz con otros principios más fuerte del sistema estos últimos retroceden, porque el peso de las preferencias coyunturales está por encima de los derechos y garantías mínimas del proceso penal. No hemos abarcado en este trabajo que sí, en efecto, existe un alto índice de efectividad sobre la existencia de la colaboración eficaz en la construcción de casos o en el descubrimiento del delito y sus partícipes, sino que únicamente hemos aspirado preliminarmente a poner en discusión de que coexisten reglas que por más intolerables que deberían ser para el sistema y deberían ser rechazados *per se* en la aplicación en los tribunales, terminan siendo validados, porque precisamente los fines de la ponderación con principios no les alcanza, no los abruman y no lo tienen como reflexión mínima, pese a la enorme carga negativa contra los derechos que contiene las reglas de la colaboración eficaz.

BIBLIOGRAFIA

- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (2009) *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi
- ALEXY, Robert (1993), *Teoría de los Derecho Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales
- ASENCIO MELLADO, José María (2018) *El procedimiento de colaboración eficaz: la ilícita e inconstitucional incorporación de sus actuaciones al proceso penal*, en: *Colaboración Eficaz*, Directores Jose Maria Asencio Mellado / José Luis Castillo Alva, Lima, Ideas
- ATIENZA, MANUEL (2022) *Sobre la dignidad humana*, Madrid, Trotta
- ATIENZA Manuel y Juan Antonio GARCIA AMADO (2018), *Un debate sobre la ponderación*, Edición Especial, Academia Plurinacional de Estudios Constitucionales, Tribunal Constitucional de Bolivia
- BACHOF, Otto (1985) *Jueces y Constitución*, Madrid, Civitas
- BARAK, Aharon (2021) *Proporcionalidad: los derechos fundamentales y sus restricciones*, Lima, Palestra
- BARBERIS, Mauro (2019), *Estado Constitucional, acerca del nuevo constitucionalismo*, Editorial Zela
- CASTILLO ALVA, José Luis (2018) *Colaboración eficaz en el derecho peruano*, en: *Colaboración Eficaz*, Directores José María Asencio Mellado / José Luis Castillo Alva, Lima, Ideas
- CELANO, Bruno (2022) *El gobierno de las leyes: ensayos sobre el rule of law*, Barcelona, Marcial Pons,
- DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, Soledad (2018) *Mecanismos de colaboración con la justicia en los ordenamientos jurídicos peruano y español*, en: *Colaboración Eficaz*, Directores José María Asencio Mellado / José Luis Castillo Alva, Lima, Ideas
- DIEZ RIPOLLES, José Luis (2003), *La Racionalidad de la Leyes Penas, practica y teoría*, Madrid, Trotta
- DUFF, Antony (2015), *Sobre el castigo, por una justicia que hable el lenguaje de la comunidad*, Siglo XXI Editores
- DWORKIN, Ronald (2014), *Justicia para erizos*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Jurídica
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes (2017), "El tratamiento procesal de la información obtenida en procedimientos de colaboración", en: *Colaboración Eficaz, Prisión Preventiva y Pruebas*, IDEAS, Lima.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes (2017), *Eficacia procesal de las declaraciones obtenidas en procedimientos de colaboración*, edición de revista. N° 50, Lima, Derecho y Sociedad
- FERRAJOLI, Luigi (2006) *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Madrid, Trotta
- FERRAJOLI, Luigi, *El paradigma garantista*, Editorial Trotta, Madrid
- GARCIA AMANDO, Juan Antonio (2019), *Razonamiento Jurídico y Argumentación*, Lima, 2 ed., Zela
- GARCIA TOMA, Víctor (2014), *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, Lima, Adrus
- GARGARELLA, Roberto (2016), *Castigar al prójimo, por una refundación democrática del derecho penal*, Siglo XXI Editores

- GARRO CARRERA, Enara (2013) “Comportamiento post delictivo positivo y delincuencia asociativa”, en: INDRET, Barcelona
- GASCÓN ABELLÁN, Marina y Alfonso GARCÍA FIGUEROA (2017) *La argumentación en el derecho, algunas cuestiones fundamentales*, Lima, cuaderno 3 Derecho & Argumentación, Palestra
- GÓNZALES LAGIER, Daniel (2009), *Emociones, responsabilidad y Derecho*, Marcial Pons, Barcelona
- GUASTINI, Riccardo (2019), *Primera lección de interpretación*, Editorial Zela, Lima
- HASSEMER, Winfried (1999) *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal*, Bogotá, Temis
- HOLMES STEPHEN y Cass SUNSTEIN (2012), *El costo de los derechos, por qué la libertad depende de los impuestos*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires
- LOPEZ YAGUES, Verónica (2018) *Incorporación al proceso penal y valor probatorio de la información lograda en el procedimiento de colaboración especial por colaborador eficaz: especial atención a las declaraciones inculpativas vertidas por el delator, arrepentido o no*, en: *Colaboración Eficaz*, Directores José María Asencio Mellado / José Luis Castillo Alva, Lima, Ideas
- MAIHOFER, Werner (2008), *Estado de Derecho y dignidad humana*, Buenos Aires, BdeF
- MARTINS, Antonio (2022), *El papel de los prejuicios políticos en la interpretación jurídica*, en: *Argumentación Jurídica y Control Fiscal*, Coord. Tania Hernández Guzmán, Bogotá, Contraloría General de la República
- ORTIZ, Juan Carlos (2017), *Delación premiada en España: instrumentos para el fomento de la colaboración con la justicia*, Brasil, Tomo 3, Revista Brasileira de Derecho Procesal Penal.
- PAWLIK, Michael (2016) *La libertad institucionalizada, estudios de filosofía jurídica y derecho penal*, Barcelona, Marcial Pons
- POSNER, Richard (2011) *Cómo deciden los jueces*, Barcelona, Marcial Pons
- PRIETO SANCHÍS, Luis (2007) *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Lima, Palestra
- PIETRO SANCHÍS, Luis (2018), *Curso básico sobre garantismo*, Ciudad de México, Centros de Estudios Carbonell INACIPE
- RIQUERT, Marcelo (2017), *El arrepentido: ¿Colaborador eficaz o delator premiado?*, Hammburabi, Buenos Aires
- RODRIGUEZ SANTANDER, Roger (2022), *Razonamiento Jurídico y Estado Constitucional, una teoría sobre la derrotabilidad jurídica*, Palestra
- SANTIBAÑEZ, Cristian (2018) *Origen y función de la argumentación: pasos hacia una explicación evolutiva cognitiva*, Lima, Palestra
- SAN MARTIN CASTRO, César (2018) *Eficacia de los elementos de convicción en el proceso de colaboración eficaz*, en: *Colaboración Eficaz*, Directores José María Asencio Mellado / José Luis Castillo Alva, Lima, Ideas
- SCHIAVELLO, Aldo (2019), *Repensar en tiempo de los derechos*, Editorial Zela,

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2018), *Malum pssionis. Mitigar el dolor del Derecho pena*, Atelier

TALAVERA ELGUERA, Pablo, “*Fiabilidad y suficiencia de las declaraciones de colaboradores eficaces*”, en: *Colaboración Eficaz*, IDEAS, Lima

TARUFFO, Michele (2020), *Hacia la decisión justa*, Lima, Editorial Zela

WALDRON, Jeremy (2018) *Contra el gobierno de los jueces; ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores

ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura (2021), *Derecho Penal de la seguridad: delincuencia grave y visibilidad*, *Anales de la Catedra Francisco Suarez*, Protocolo