

## EL DERECHO PENAL PREMIAL Y LA COLABORACIÓN EFICAZ

---

Elizabeth Esther Parco Mesia (\*)

**RESUMEN:**

*Las nuevas formas de criminalidad, sobre todo aquellas que utilizan organizaciones delictivas para delinquir (mafias, bandas armadas, grupos terroristas) han conducido al legislador del mundo occidental a modificar su estrategia de represión penal. Ahora ya no se ve a la pena como la única alternativa frente a la comisión de un delito. La amenaza ha cedido al ofrecimiento de beneficios por la delación. El proceso especial de colaboración eficaz altera el desarrollo normal del proceso común. Es cierto que su especialidad lleva, necesariamente, notas peculiares. Sin embargo, tal como se ha diseñado no sólo adquiere ribetes específicos, sino que colisiona con garantías sustanciales. Viene a ser el retorno a rasgos inquisitivos que se creían ya superados y que van a contramarcha del propio modelo establecido en el Código procesal penal.*

**ABSTRACT:**

*New forms of criminality, especially those that use criminal organizations to commit crime (mafias, armed bands, terrorist groups) have led the legislature of the Western world to modify its strategy of criminal repression. Now it is no longer seen as the only alternative to the commission of a crime. The threat has yielded to the offering of benefits by the delación. The special process of effective collaboration alters the normal development of the common process. It is true that his specialty necessarily carries peculiar notes. However, as designed it not only acquires specific ribbing, but collides with substantial guarantees. It comes to be the return to inquisitive traits that were believed to have been overcome and that go against the model of the model established in the Criminal Procedure Code.*

**PALABRAS CLAVES:**

*Derecho, penal, predial, colaborador, eficaz, acusatorio, pena.*

**KEYWORD:**

*Law, criminal, property, collaborator, effective, accusatory, penalty.*

Fecha de recepción de originales: 06 de Febrero de 2017.

Fecha de aceptación de originales: 27 de Febrero de 2017.

---

(\*) Fiscal Provincial Penal

procesada o, inclusive, estando en situación de condenada, decide delatar a sus cómplices y dar información suficiente para evitar la consumación de un delito o sus efectos. El sistema penal le otorga beneficios a cambio de la delación, beneficios que van desde la atenuación de la pena hasta la exención.

En donde se observa con mayor claridad el repliegue de la pena tradicional en esta forma de control social es cuando el colaborador eficaz decide aceptar todos los cargos, pero ofrece datos de especial relevancia a cambio de la exención de pena. Aquí el estímulo establecido en la Ley procesal tiene el efecto de decidir al delincuente a apartarse de la organización criminal. Y es que el beneficio de exención de pena, pese a la gravedad del delito cometido o a punto de cometerse, acicatea la voluntad del delator. No se trata de la amenaza de pena como técnica de desaliento para cometer delitos, sino de instigar la delación para beneficio particular del delincuente y no del grupo al cual ha pertenecido y decide abandonar.

La forma como se ha diseñado legislativamente esta forma de control social incide en varias de las instituciones dedicadas a la persecución del delito, su investigación y castigo. Nos referimos a la actuación de la Policía Nacional, el Ministerio Público y el Poder Judicial. Todas estas instituciones deben replegarse tácticamente, pero al que le compete iniciar la negociación o recibir la propuesta de acogimiento a la Colaboración eficaz es al Fiscal. El Juez Penal de la Investigación Preparatoria se encargará de homologar el acuerdo, verificar su legalidad. Ahora bien, la Colaboración eficaz se puede proponer en cualquiera de las etapas del proceso penal. Incluso se pueden acoger los reos que ya han sido condenados.

### 3.- ¿Es el Colaborador eficaz un arrepentido?

Desde nuestro punto de vista, el colaborador eficaz o delator no puede ser considerado como arrepentido<sup>5</sup>. Para llegar a esta afirmación es suficiente analizar la forma cómo se ha diseñado esta institución en nuestro Código Procesal Penal. En efecto, el colaborador eficaz no está obligado a aceptar todos los cargos que pesan en su contra o a colaborar en todos los procesos que se le pueden estar siguiendo. El delator actúa por su propia conveniencia. Pretende obtener beneficios procesales a cambio de información debidamente corroborada.

Conforme a lo arriba expuesto, no es necesario que el colaborador se arrepienta de haber cometido el ilícito penal. Queda en el fuero interno del delator el haber pasado de una indiferencia al llamado de la norma a un comportamiento de colaboración con el sistema penal para que se descubran a los autores o partícipes de graves delitos, se evite su consumación y los posibles efectos nocivos.

Lejos de arrepentirse –salvo contadas excepciones- lo que hace el delator es utilizar la salida más ventajosa que le ofrece el sistema penal. Es decir, desde este punto de vista, la colaboración eficaz viene a ser el «puente de plata» para estimular la deserción en las organizaciones criminales. Incluso así lo ha advertido el legislador y, de manera preventiva, ha establecido reglas de conducta al que se ha acogido a la colaboración eficaz y con ello la figura de la revocación del beneficio ya otorgado cuando no se cumplen. Existe, pues, cierto escepticismo normativo que no se puede ocultar.

De manera muy precisa, Peña Cabrera apuntaba que remordimiento no significa

---

5 Al decir de Carlos Edwards, «cinco son los elementos caracterizantes del arrepentido: a) reviste la calidad de imputado de un delito vinculado a una organización criminal, b) debe brindar información; c) debe tratarse de una información significativa; d) esa información tiene una finalidad de identificación de personas o de secuestro de cosas, y, e) se favorecerá con una reducción o eximición de pena». Edwards, Carlos Enrique: El arrepentido, el agente encubierto y la entrega vigilada, Ad Hoc, Buenos Aires, 1996, p. 31.

límite temporal para que sea propuesta esta manifestación del derecho penal premial. Así, los investigados y los que vienen siendo juzgados por los delitos que han cometido tienen la oportunidad de acogerse a este beneficio.

### **5.- El derecho penal premial y el principio de proporcionalidad de las penas: lamentable, pero útil colisión**

La consagración normativa y, con ello, permanente, del proceso de Colaboración eficaz colisiona abiertamente con el principio de proporcionalidad. Razones de política criminal de matiz utilitario y pragmático se alzaprman ante los fundamentos retributivos y equitativos de la pena. Lo que importa es lograr el éxito en el combate del crimen organizado o de las formas delictuales más graves.

La contradicción entre el principio de proporcionalidad de las penas y el proceso de colaboración eficaz se manifiesta, con mayor nitidez, cuando el que tiene que ofrecer más cosas de qué arrepentirse obtiene mayores y más interesantes recompensas, que van desde la reducción, pasando por la exención de la pena. Es decir, si el delincuente que se acoge a la Colaboración eficaz ha proporcionado datos imprescindibles para identificar a otros autores o partícipes o, en todo caso, ha evitado la comisión o los efectos más graves del delito, el sistema penal lo recompensa con la exención o reducción de la pena. No importando, por tanto, su grado de participación en el delito o la gravedad de éste.

Tiene razón Peña Cabrera cuando advierte que, tratándose de la Colaboración eficaz, el sistema penal no busca la eficacia aterradora de la sanción penal<sup>10</sup>, sino la promoción de cálculos costo-beneficio en el

delincuente que decide acogerse a este beneficio y el Fiscal que se dispone a negociar.

### **6.- El derecho penal premial como factor de incertidumbre jurídica**

El principio de legalidad exige que la Ley penal sea cierta. Esto es, de indudable vigencia y claridad conceptual. El derecho penal premial y, más específicamente, el proceso de Colaboración eficaz no va en este sentido. Si bien los tipos legales pueden ser claros, con un mensaje a la generalidad de carácter preventivo general, este proceso especial envía un mensaje contrario. El resultado es la incertidumbre. Por ejemplo, si la Ley penal castiga severamente el delito de corrupción de funcionarios, el Tráfico de drogas o el Peculado, el proceso de Colaboración eficaz posibilita que a pesar de que el delator ha cometido estos delitos puede obtener beneficios por la delación. Todo esto gracias al margen de «poder de gracia» que se le ha otorgado al Juez penal para homologar el acuerdo de colaboración. Ahora bien, en vista de que el primer funcionario que tiene contacto con el colaborador es el Fiscal, se entiende que la incerteza jurídica se ve acicateada con la aceptación de una suerte de «*plea bargaining*» impropio. El Fiscal es el que va a negociar directamente con el delincuente y puede rechazar en un primer momento la propuesta de colaboración. Se le otorga, también, cierto nivel de disponibilidad.

El tan criticado «poder de gracia» que ostenta el Juez penal al homologar el acuerdo de Colaboración eficaz llega a desdibujar su rol. En efecto, el Juez Penal ya no se ocupa de llegar al convencimiento de la relación del delator con la comisión del delito, sino en el nivel o grado de colaboración que éste aporta para conseguir la verdad procesal. Su

10 Peña Cabrera, Raúl: Terminación anticipada del proceso y Colaboración eficaz, p. 172.

la pena. El intérprete ya no debe seguir ese hilo causal. Ahora tiene otra alternativa y, con ello, mayor discrecionalidad.

Ya no importa tanto que el juzgador llegue al convencimiento de la lesividad del hecho y el grado de culpabilidad del delincuente. Al delator ya no se le aplican estas categorías con la exactitud y seguridad que puede otorgar tantos años de dogmática jurídica. Lo que tiene mayor relevancia es la utilidad de la información que proporciona y el Juez, con plena discrecionalidad, homologa el acuerdo atenuando la pena o eximiendo al delinciente-delator. Esto acontece así sea culpable y el delito que ha cometido signifique un nivel de antijuricidad muy elevado.

La forma como percute el principio acusatorio el derecho penal premial y la Colaboración eficaz se deja sentir en la vigencia del principio de legalidad, igualdad, el derecho de defensa y el rol del Juez Penal. El principio de legalidad se ve afectado desde el momento en que se opta por una respuesta diversa a la que se señala la Ley Penal. Si bien es cierto es la Ley procesal la que ha consagrado este proceso penal especial, lo que se debió hacer es concordarlo o armonizarlo con las instituciones jurídicas de la antijuricidad, proporcionalidad y responsabilidad<sup>14</sup>.

En lo que concierne al principio de igualdad, no cabe duda que la Colaboración eficaz va a contramarcha porque significa una selección ajena al proceso y basada en fines utilitarios. La desigualdad se manifiesta cuando la ley penal se aplica en forma atenuada o se exime de pena al que delata y no al que permanece en silencio y opta por el

proceso penal común acogiendo a la Confesión sincera<sup>15</sup>. Este último es castigado en forma más severa por no acogerse a un beneficio personal. Por otro lado, la viabilidad de la propuesta de colaboración y su homologación no se adoptan luego de un juzgamiento, sino de manera excepcional. Incluso se puede rechazar una delación y aceptar otra.

El derecho de defensa se ve disminuido frente a la acusación. Ya no es necesario que se presencie la contradicción entre defensa y acusación. Sólo se valora lo acordado en el Acta de acuerdo de colaboración eficaz y se corrobora los datos aportados por el delator para decidir. Eso significa un acercamiento manifiesto al proceso inquisitivo.

En lo que concierne al rol del Juez, éste recibe mayor poder de discrecionalidad. Ya no es necesario que verifique la lesividad del hecho cometido con total rigurosidad. Tampoco que determine el grado de responsabilidad del delator. Es suficiente con que se corroboren los datos aportados por la delación.

#### **9.- La Colaboración eficaz es una medida excepcional, una táctica de emergencia que debiera ser siempre temporal**

La Colaboración eficaz se debe admitir sólo cuando los índices de criminalidad cometidos por las organizaciones criminales alcanzan sus cotas más altas. No debe ser una medida permanente. La política criminal del Estado que decide su aplicación es de emergencia, de excepcionalidad. Lo opuesto

14 Opina de modo contrario Sintura Valera cuando dice lo siguiente:

«son cinco los principios que deben informar este procedimiento especial: eficacia, proporcionalidad, condicionalidad, formalidad y oportunidad». Sintura Varela, Francisco José: Concesión de beneficios por colaboración eficaz con la justicia, Diké, Medellín, 1995, p. 42-52.

15 La consecuencia del plea bargaining en nuestro ordenamiento procesal repercute en cuatro aspectos: a) La constatación de desigualdad entre los justiciables que se les acepta el contrato y la de aquellos que se les rechaza; b) La hipertrofia de las funciones que cumple legalmente el magistrado al conferírsele una función allende a las comunes resoluciones de los conflictos: se trata de una verdadera «delegación» o actividad supletoria para encarar otros sistemas institucionales; c) Las legislaciones premiales despojan mediante el contrato de los necesarios controles fiscalizadores de la punibilidad; además proscriben la oralidad, altera la estructura del proceso; en suma alimenta la desaparición de las garantías para los imputados, lo que es más grave aleja la certeza en la convicción que debe tener todo magistrado en su tarea jurisdiccional, y; d) El derecho premial indudablemente contiene notables ingredientes de carácter inquisitorial. Peña Cabrera, Raúl: Traición a la patria y arrepentimiento terrorista, p. 209-210.

eficaz como táctica permanente en la lucha contra el delito, es relevante aquella que se dirige a relativizar su eficacia en la persecución y sanción de la corrupción en la Administración Pública. Sabido es que el delincuente económico –que es el que está vinculado a los casos más sonados de cohecho- que se acoge a la Confesión sincera no se «arrepiente» totalmente, sino hasta el punto en donde su «arrepentimiento» le conviene para obtener el beneficio procesal. Es el resultado de un análisis de costo-beneficio particular. Sería vano procurar su «arrepentimiento» moral.

Ahora bien, el delincuente de cuello blanco no busca abordar la norma, sino burlarla para beneficio propio. De esta manera al acogerse a la Colaboración eficaz no se reconcilia con los valores del ordenamiento jurídico. Lo que constituye su principal designio es favorecerse con la absolución y mejorar su situación procesal de «inculcado» a la de «testigo» exento de pena. En realidad, al aportar datos importantes para la investigación y el proceso –debidamente corroborados-sabe que su situación jurídica mejorará en forma ostensible.

## CONCLUSIONES

- a) Las nuevas formas de criminalidad, sobre todo aquellas que utilizan organizaciones delictivas para delinquir (mafias, bandas armadas, grupos terroristas) han conducido al legislador del mundo occidental a modificar su estrategia de represión penal. Ahora ya no se ve a la pena como la única alternativa frente a la comisión de un delito. La amenaza ha cedido al ofrecimiento de beneficios por la delación.
- b) Lo novedoso de esta técnica de control social radica en valorar positivamente el comportamiento de una persona que sin ser descubierta o ya habiendo sido imputada, procesada o, inclusive, estando en situación de condenada, decide delatar a sus cómplices y dar información suficiente para evitar la consumación de un delito o sus efectos. El sistema penal le

otorga beneficios a cambio de la delación, beneficios que van desde la atenuación de la pena hasta la exención.

- c) Desde nuestro punto de vista, el colaborador eficaz o delator no puede ser considerado como arrepentido. Para llegar a esta afirmación es suficiente analizar la forma cómo se ha diseñado esta institución en nuestro Código Procesal Penal. En efecto, el colaborador eficaz no está obligado a aceptar todos los cargos que pesan en su contra o a colaborar en todos los procesos que se le pueden estar siguiendo. El delator actúa por su propia conveniencia. Pretende obtener beneficios procesales a cambio de información debidamente corroborada.
- d) La consagración normativa y, con ello, permanente, del proceso de Colaboración eficaz colisiona abiertamente con el principio de proporcionalidad. Razones de política criminal de matiz utilitario y pragmático se alzapriman ante los fundamentos retributivos y equitativos de la pena. Lo que importa es lograr el éxito en el combate del crimen organizado o de las formas delictuales más graves.
- e) La Colaboración eficaz se debe admitir sólo cuando los índices de criminalidad cometidos por las organizaciones criminales alcanzan sus cotas más altas. No debe ser una medida permanente. La política criminal del Estado que decide su aplicación es de emergencia, de excepcionalidad. Lo opuesto sería reconocer la insuficiencia del modelo procesal acusatorio-garantista para combatir la criminalidad convencional.

## BIBLIOGRAFÍA

- Bernal Cuéllar, Jaime/ Montealegre Lynett: *El Proceso Penal*. Universidad externado de Colombia, Bogotá, 2013
- Edwards, Carlos Enrique: *El arrepentido, el agente encubierto y la entrega vigilada*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1996.