

Colaboración ¿eficaz?: apuntes sobre la fiabilidad del procedimiento de colaboración eficaz a la luz del Decreto Supremo N° 007-2017-JUS y del Acuerdo Plenario N° 02-2017-SPN

José Carlos Angulo Portocarrero*

I. La legitimidad del Derecho Premial

Actualmente nos encontramos en un escenario de combate frontal contra la criminalidad organizada, en el cual los organismos estatales se encuentran agotando todos los esfuerzos y recursos posibles con la finalidad de controlar el ámbito de acción de estas estructuras criminales.

En esta línea, cobra suma relevancia la **legislación penal premial**, tanto en sus ámbitos sustantivos como procesales. Los primeros se refieren a aquellos comportamientos antagonistas a la conducta penalmente ilícita realizados por el imputado y expresivos de una voluntad de arrepentimiento y/o reparación del daño provocado, los cuales tendrán como efecto la disminución de la pena o, incluso, la impunidad del sujeto. Es así que, en esta etapa no nos encontramos propiamente ante la regulación de instituciones procesales, sino de conceptos que se encuentran previstos en el Código Penal, como, por ejemplo, el desistimiento voluntario.

Por otro lado, la figura del **colaborador con la justicia** sí configura un paso de lo sustantivo a lo procesal, en tanto que la colaboración del culpable supone una contribución a la adquisición de nuevas pruebas procesales. En tal sentido, se trata de conseguir aquello que no ha sido posible lograr a través de los medios de investigación regulares¹.

De esta manera, y antes de abordar la cuestión de fondo del presente artículo, es importante analizar cuál es la percepción que se tiene acerca del denominado “Derecho Premial”, a propósito de los efectos que este tiene al contrastarlo con el perjuicio provocado por el hecho criminal configurado.

En buena cuenta, referirnos al denominado Derecho Premial en el caso que nos atañe se orienta a aquel acto de otorgar beneficios al arrepentimiento de una persona que ha cometido un delito. Esto puede ser considerado como una forma *sui generis* de despenalización, en la que el Estado discrecionalmente define cuál será el “premio” para el procesado, la proporción según su colaboración y el procedimiento para dicho fin².

Al respecto, Sánchez García de Paz (2005), citada por Rojas López (2012), señala que el Derecho Penal Premial es un:

* Abogado penalista. Máster en Derecho Penal con Especialización en Litigación Oral por California Western School of Law. Socio del Estudio Angulo Abogados.

¹ BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco, 2004, *El colaborador con la justicia. Aspectos sustantivos procesales y penitenciarios derivados de la conducta del arrepentido*. Madrid: Editorial Dykinson, pp. 35-36

² ROJAS LÓPEZ, Freddy, 2012, “Alcances y cuestiones generales del procedimiento especial de colaboración eficaz en el Nuevo Código Procesal Penal” en *Derecho & Sociedad*, Año 23, N° 39, pp. 52-60

[C]onjunto de normas de atenuación o remisión de la pena orientadas a premiar y así fomentar conductas de desistimiento y arrepentimiento eficaz de la conducta criminal o bien de abandono futuro de las actividades delictivas y colaboración con las autoridades de persecución penal en el descubrimiento de los delitos ya cometidos o, en su caso, el desmantelamiento de la organización criminal a que pertenezca el inculpado³. (p. 53)

La principal problemática que se plantea en el Derecho Premial es la de su legitimación, en el sentido de que, como Benítez Ortúzar (2004) señala:

[P]remiando al culpable por su colaboración procesal, la ofensa al bien jurídico lesionado o puesto en peligro queda intacta: el hecho ni es menos antijurídico ni el sujeto es menos culpable. De esta forma, lo único que se estaría afectando sería la punibilidad como elemento abstracto en el concepto delictuoso. Así, premiar al culpable confeso que colabora activamente con la justicia puede colisionar directamente con la propia finalidad de la pena y con la propia función del Derecho Penal. (p. 44)

En esa misma línea, Benítez Ortúzar (2004) señala, citando al profesor Ferrajoli, que “el premio rompe con el principio de proporcionalidad de la pena respecto a la gravedad del delito y a la culpabilidad del delincuente y, además, pierde el carácter de igualdad, abstracción, certeza y determinación legal” (p. 45).

Por otro lado, San Martín Castro (2003) sostiene que:

[E]l Derecho Premial descansa en la figura del arrepentido, se exige que esta persona apunte a un comportamiento *post patratum delictum* orientado a un cambio futuro. De esta manera, el arrepentido deberá reconocer ante la autoridad los hechos delictivos en los que ha participado, proporcionando información suficiente y eficaz para influir sobre la situación antijurídica producida por el delito en sus consecuencias nocivas o peligrosas o sobre los eventuales desarrollos sucesivos del delito ya realizado. Asimismo, dicha declaración debe ayudar a la autoridad a buscar pruebas, permitiendo en última instancia una eficaz prevención y adecuada represión del delito. (p. 1399)

A su vez, Donini (2007) sostiene que:

[E]l nuevo modelo de intervención penal es el de un derecho penal diferenciado, al haber disminuido la idea clásica de una jurisdicción penal inflexible, obligatoria y tendencialmente represiva y autoritaria, (...) se ha ido creando un espacio para una justicia penal pactada y dialogada, en el que hay espacio para las sanciones concertadas y siempre será más relevante el comportamiento posterior al delito, la reparación de la víctima o de la ofensa y/o el daño. (...) Consecuentemente, es posible hablar de una ruptura del paradigma único del Derecho Penal, haciendo referencia a un modelo diferenciado de represión del delito por las características propias que tiene la criminalidad organizada: un derecho procesal de dos velocidades. (p. 10)

³ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel. *El coimputado que colabora con la justicia penal* citado en ROJAS LÓPEZ, Freddy, loc. cit.

En buena cuenta, somos de la opinión que el Derecho Penal Premial, más allá de cuestionamientos ontológicos, responde a un criterio de pragmatidad y que, tal como propone el profesor Bobbio (1977):

[S]e encuadra en el empleo de técnicas desalentadoras que reemplazan a aquellas meramente disuasorias. Ello en el marco de un cambio en las políticas de control social (...) con las cuales se busca influenciar el comportamiento querido o deseado, allanando o contribuyendo a consecuencias pacíficas. (p. 26-28).

De esta forma, la legitimación de este procedimiento se valida al efectuar un análisis **costo-beneficio** entre aquel **premio** que se otorga al delator y la persecución de objetivos a mediano o largo plazo, como la neutralización de organizaciones criminales complejas que entrañan especial dificultad para los titulares de la acción penal.

II. El procedimiento de colaboración eficaz en el ordenamiento peruano: orígenes y limitaciones

En nuestro ordenamiento, el procedimiento de colaboración eficaz fue normativizado por primera vez a través de la Ley N° 27378, de fecha 20 de diciembre de 2000. Dicha norma fue dictada en el marco de afrontamiento de la macro criminalidad enquistada en el seno del Estado en lo que fue la infame década de 1990-2000, con el fin de desentrañar las complejas organizaciones criminales que se encontraban operando en todas las esferas de los poderes estatales.

Actualmente, el procedimiento de colaboración eficaz se encuentra recogido en los artículos 472 al 481-A del Código Procesal Penal (en adelante, CPP), disposiciones que se encuentran vigentes a nivel nacional a partir de la Tercera Disposición Complementaria Transitoria de la Ley N° 30077 - Ley Contra el Crimen Organizado, publicada el 20 de agosto de 2013.

Cabe indicar que las últimas modificaciones a la citada institución procesal se dieron en el marco de la publicación del Decreto Legislativo N° 1301, de fecha 30 de diciembre de 2016, cuya reglamentación se dio a través del Decreto Supremo N° 007-2017-JUS, de fecha 30 de marzo de 2017, y, posteriormente, a través de la única disposición complementaria modificatoria de la Ley N° 30737⁴. Esta última modificación incorporó a las personas jurídicas como posibles aspirantes a colaboradores eficaces en las distintas modalidades previstas en el articulado de la referida institución procesal.

La colaboración eficaz, según se recoge textualmente en inciso 1, del artículo 1 del Decreto Supremo N° 007-2017-JUS – Reglamento del Decreto Legislativo N° 1301 (en adelante, el Reglamento), es “un proceso especial autónomo, no contradictorio, basado en el principio del consenso entre las partes y la justicia penal negociada, que tiene por finalidad perseguir eficazmente la delincuencia”.

Seguidamente, según se desprende de los artículos 2 y 3 del Reglamento, se tiene que la colaboración eficaz es de **carácter autónoma**, lo cual quiere decir que se rige por sus propias reglas y no depende de otro proceso común o especial, requiriéndose de la

⁴ Art. 472, numeral 1: *El Fiscal está facultado a promover o recibir solicitudes de colaboración eficaz y, en su caso, cuando se planteen verbalmente, a levantar las actas correspondientes, a fin de iniciar el procedimiento de corroboración y, si corresponde, a suscribir el Acuerdo de Beneficios y Colaboración, **con persona natural o jurídica** que se encuentre o no sometida a un proceso penal, así como con quien ha sido sentenciado, en virtud de la colaboración que presten a las autoridades para la eficacia de la justicia penal.* (Texto en negrita correspondiente a la última modificación legislativa)

formación de una carpeta fiscal y expediente judicial propio, al no tramitarse como un incidente del proceso común.

Al respecto, el profesor Asencio Mellado (2017a) apunta pertinentemente que, dada esta autonomía, resulta un complejo problema el que se plantea al analizar la forma y condiciones que pueden trasladarse e incorporarse al proceso penal ordinario, poniendo énfasis en la **falta de contradicción** del primero, lo cual no es compatible con los sustanciales del proceso común; así, **no es posible la aplicación simple y mecánica** de aquello ideado para el procedimiento especial al proceso ordinario (p. 35). De la misma manera, consideramos que la calificación efectuada en el primer artículo del reglamento, de considerar a la colaboración eficaz como un “proceso”, colisiona con la idea expuesta por Asencio Mellado, toda vez que estamos ante un escenario en el que se encuentran ausentes las garantías esenciales de un proceso penal ya descritas previamente, siendo lo correcto, más bien, el empleo de la denominación “procedimiento”.

Y es que es necesario reconocer la **extrema complejidad** con la que el autor se refiere a este tipo de procedimiento, dada la confusión derivada de normas especiales que entran en colisión directa con las instituciones fundamentales del proceso penal previstas en el código adjetivo (Asencio Mellado, 2017a, p. 37).

En esta línea de ideas, podemos apreciar que en el procedimiento de colaboración eficaz, el carácter del proceso contradictorio es negado y sustituido por un proceder inquisitivo incompatible con la esencia misma del Estado de Derecho (Asencio Mellado, 2017a, p. 37). A nuestro entender, esto se da en razón de la finalidad de la referida institución, ya que busca enfrentar el fenómeno criminal complejo mediante el empleo de delaciones, lo que a su vez demuestra una insuficiencia del proceso acusatorio ordinario, en el cual sí se hacen valer de manera plena las garantías y principios procesales que asisten a los justiciables.

Así pues, al encontrarnos ante un procedimiento sin objeto procesal y sin una imputación que pueda compararse con la de un proceso, no resulta válido referirnos a un posible escenario de litispendencia: el objeto del procedimiento de colaboración eficaz es exclusivamente el acuerdo sobre una declaración, mientras que el proceso tiene como fin el hecho imputado a un sujeto (Asencio Mellado, 2017, pp. 38-39).

Dentro de los aspectos a tener en cuenta de cara a ponderar la verdadera eficacia de este tipo de procedimiento vale referirnos, en primer lugar, a la **ausencia de contradicción** al interior de la colaboración eficaz. Esta característica hace que el procedimiento en cuestión se aproxime a mecanismos auto compositivos en los que no existe un tercero imparcial que resuelva de manera definitiva e irrevocable, no se pueda hablar de partes en situación de igualdad y se garantice el derecho de defensa derivado de la dualidad de posiciones contrapuestas (Asencio Mellado, 2017a, pp. 40).

Como es evidente, estas características *sui generis* entrañan ciertas dificultades particulares, entre las cuales cabe resaltar las siguientes:

[Q]ue personas inocentes se vean perjudicadas a partir del contenido de la delación; que aquellas personas realmente culpables logren impunidad o beneficios inmerecidos; que este procedimiento se convierta en una vía para tapar grandes responsabilidades y desviar las investigaciones; que derive en una forma de venganza o ajuste de cuentas y que pase a ser

fuelle de nuevos actos de corrupci3n; entre otros problemas identificados. (Instituto de Defensa Legal, 2019, p. 3)

Es as3 que la colaboraci3n eficaz surgi3 como un instrumento para contrarrestar los efectos nocivos del crimen organizado. Ello a trav3s del contacto de la justicia con los integrantes o miembros de dichas organizaciones que est3n siendo procesados o que ya fueron sentenciados, como fuente directa de informaci3n para detener las actividades il3citas de tales organizaciones (Bramont-Arias Torres, 2010, p. 135).

Ahora bien, seg3n se prev3 en el art3culo 3 del Reglamento, la colaboraci3n eficaz presenta las siguientes fases:

- a) Calificaci3n
- b) Corroboraci3n
- c) Celebraci3n del acuerdo
- d) Acuerdo de beneficios y colaboraci3n
- e) Control y decisi3n jurisdiccional
- f) Revocaci3n

Respecto al primer elemento, el art3culo 4 del Reglamento refiere que podr3 postular a colaborador eficaz aquel agente que se haya disociado de la actividad criminal y tenga la voluntad de proporcionar informaci3n eficaz para el esclarecimiento, debiendo aceptar los cargos o no contradecirlos total o parcialmente. Asimismo, estos hechos deben ser **especialmente graves**, a partir de lo cual se entiende que han de referirse a los delitos especialmente se3alados en el inciso 2, del art3culo 474 del CPP⁵.

III. La fiabilidad del testimonio del colaborador para dictar medidas de coerci3n: el caso de la prisi3n preventiva

Es importante tener presente que el manejo procedimental que se le pueda dar al testimonio del colaborador presenta ciertos l3mites: la declaraci3n e informaci3n del colaborador puede permitir abrir diligencias preliminares, formalizar la investigaci3n preparatoria y sostener avances en la misma; sin embargo, no est3 en condiciones de sustentar y fundar por s3 misma alguna medida coercitiva sea personal o real, seg3n se desprende del inciso 2, del art3culo 158 del CPP.

As3 pues, resulta cuestionable el manejo que el Ministerio P3blico le ha dado en ocasiones a la sindicaci3n de un colaborador que a3n no se encuentra corroborada. En estos casos, con relaci3n a la prisi3n preventiva u otras medidas, el tratamiento deber3a ser el correspondiente a un **elemento fundado de juicio** y no el de un **elemento grave** que sustente la aplicaci3n de la medida (Castillo Alva, 2017, p. 273)⁶.

Ahora bien, como se ha se3alado reiteradamente, la declaraci3n e informaci3n entregada por el aspirante a colaborador debe ser, en rigor, fiable, juicio que deber3 determinarse despu3s del necesario proceso de corroboraci3n previsto por la ley. No

⁵ Estos delitos son: asociaci3n il3cita, terrorismo, lavado de activos, delitos inform3ticos, delitos contra la humanidad, trata de personas y sicariato; delitos cometidos bajo la figura de criminalizaci3n organizada; concusi3n, peculado, corrupci3n de funcionarios, delitos tributarios, delitos aduaneros, delitos contra la fe p3blica y delitos contra el orden migratorio, siempre y cuando estos hayan sido cometidos en concierto por pluralidad de personas.

⁶ CASTILLO ALVA, Jos3 Luis. La colaboraci3n eficaz y su empleo en la prisi3n provisional en “Colaboraci3n eficaz, prisi3n preventiva y prueba”, p. 273

obstante, cabe preguntarnos si es que realmente existe algún testimonio que sea totalmente fiable.

Santos Alonso y De Prada Rodríguez (s/f.) sostienen que:

Los colaboradores de la justicia constituyen un arma muy eficaz contra las asociaciones criminales pero al mismo tiempo es un arma muy compleja de manejar. Hay que hacerse cargo adecuadamente de tal complejidad, se debe reglamentar y utilizar cuidadosamente. Un investigador experto sabe bien que la colaboración con la justicia es un punto de partida, que su validez exige verificación, que las revelaciones necesitan confirmaciones objetivas, pero también sabe que a veces un acusado puede simular voluntad de colaborar para desviar, confundir o despistar. Parece evidente que las investigaciones sobre el tema exigen la máxima profesionalidad y una efectiva especialización. (p. 79)

A partir de lo citado se desprende que, efectivamente, no es posible partir de la idea de que la voluntad del aspirante a colaborador es que se resuelva a favor de la justicia, sino que, incluso, debería partirse de una posición defensiva, que cuestione los detalles y pormenores del testimonio que se está brindando; ya que, de ser el caso que el fiscal o el juez sean efectivamente despistados, la causa judicial se vería totalmente corrompida.

De lo señalado, se observa como un escenario bastante común aquel en el que los aspirantes a colaboradores brindan testimonios que no necesariamente tienen arreglo con la realidad. Al respecto, señala Romero Coloma (2009) sostiene que:

[L]os escenarios de falsas confesiones pueden ser el resultado de autosugestiones o heterosugestiones. Así pues, existen personas fuertemente sugestionables que pueden, con facilidad, quedar conmovidas o perplejas ante una imputación concreta y que, una vez puestos a disposición del aparato policial, fiscal o judicial, pueden sufrir un fenómeno de concentración psíquica en el cual comienzan a dudar de los hechos ocurridos realmente, contexto en el cual podrían ser inducidos a confesar o a colaborar con la justicia. (p. 117)

Estos supuestos –en un escenario concreto– podrían referirse a aquellos escenarios donde una compleja organización criminal empiece a verse desmantelada, y en el que los subalternos o los elementos de menor jerarquía en el esquema criminal sean aquellos con mayor tendencia a buscar colaborar con la justicia por la desesperación de salir bien librados ante la comisión de graves delitos.

De esta manera, si bien resulta evidente que las declaraciones brindadas por los aspirantes a colaboradores eficaces deban ser corroboradas, resulta válido efectuar un cuestionamiento a su fiabilidad a partir de “factores como el descrito que puedan afectar el sentido de su declaración ante la justicia. Al respecto, el contenido de un testimonio depende de la interacción entre el contenido de la memoria –el contenido del suceso al que ha asistido el declarante-, y los procesos de decisión relativos a lo que se trata de relatar” (Mazzoni, 2010, p. 16).

Pues bien, como señala Asencio Mellado (2017b):

Existen posiciones dentro de la doctrina que llegan a considerar que el procedimiento de colaboración eficaz, tal como se encuentra previsto en nuestro ordenamiento, es inconstitucional, esto en razón a que las normas

especiales que lo regulan contemplarían la traslación mecánica de actos de uno a otro y, sobre todo, al encontrarnos ante un procedimiento no heterocompositivo (supuestos en los cuales no existe un tercero imparcial que resuelva de manera definitiva e irrevocable, no se puede hablar de partes en situación de igualdad y se garantice el derecho de defensa derivado de la dualidad de posiciones contrapuestas), en el que el ejercicio de ciertos principios procesales esenciales, tales como la posibilidad de contradicción, se ve totalmente restringido. (pp. 35-36)

En razón de esto, ¿qué ocurre al encontrarnos frente a testimonios que no han cumplido con el presupuesto de fiabilidad al no haber podido ser contradichos en aplicación del referido principio procesal?

IV. Utilidad de la declaración del colaborador y los actos de corroboración a la luz del Acuerdo Plenario N° 02-2017-SPN

El día 24 de mayo de 2018, diversos portales de información jurídica del país dieron a conocer el contenido del Acuerdo Plenario N° 02-2017-SPN, de fecha 5 de diciembre de 2017. A través de dicha decisión, los jueces superiores integrantes de la Sala Penal Nacional y Juzgados Penales Nacionales buscaron uniformizar criterios respecto a los cuestionamientos surgidos en torno a la **utilización de la declaración del colaborador eficaz y a los actos de corroboración que le dan contenido, en la adopción de medidas limitativas o coercitivas de derechos**. Así pues, el Pleno Jurisdiccional planteó dos problemáticas específicas, la primera se refiere a si la declaración del colaborador eficaz –para su utilización– requiere ser corroborada en el proceso especial de colaboración eficaz o si, en segundo lugar, la declaración del colaborador eficaz puede ser utilizada en razón de elementos de convicción no actuados en el proceso especial de colaborador eficaz.

Luego de lo señalado, como señala Castillo Alva (2017):

[E]s necesario recordar que las medidas coercitivas se encuentran vinculadas directamente a la tutela judicial efectiva prevista en el inciso tercero del artículo 139 de la Constitución, en la medida que constituyen un instrumento necesario para lograr sentencias efectivas de modo tal de ver asegurado su cumplimiento. (pp. 269-270)

En ese sentido, resulta esencial armonizar los fines de aseguramiento de este tipo de medidas excepcionales con aquellos procesos conexos o derivados al proceso de colaboración eficaz.

La problemática planteada en el Pleno Jurisdiccional ya ha sido alcanzada, en parte, por lo previsto en el artículo 268 del CPP, al considerarse que la posibilidad de usar la declaración del aspirante a colaborador eficaz sea considerada como un elemento grave y fundado según las previsiones ordinariamente tenidas en cuenta para la valoración de los elementos tendientes a fundamentar una medida de prisión preventiva.

A consideración de Castillo Alva (2017)

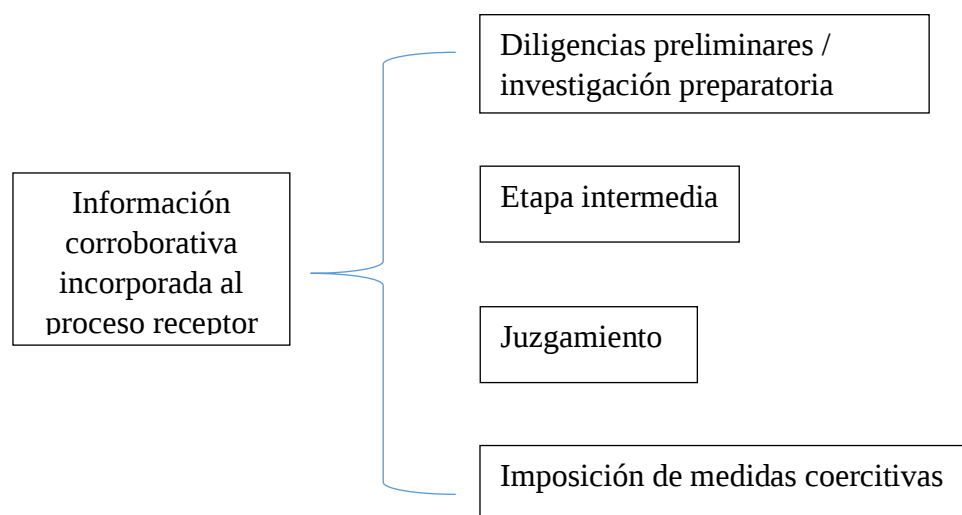
[E]s importante distinguir entre la información que se obtiene en el *proceso de colaboración eficaz* y que deriva de la etapa de corroboración de la misma, o de la particular entrega de información que realiza el imputado aspirante a colaborador y que puede incluir *evidencia* diversa, tales como documentos, registros de llamadas, mensajes, etc.; de la

propia declaración del aspirante a colaborador y que está sometida a cautelas y reservas legales expresas como la contenida en el artículo 158° inciso 2 del Código Procesal Penal”. (p. 269)

Ahora bien, también es necesario tener en cuenta lo apuntado por el profesor Asencio Mellado (2017a), quien reitera que la autonomía de la colaboración eficaz no es una mera palabra o definición, sino que encierra un contenido más profundo que debe producir los efectos propios de esa independencia; así pues, este procedimiento, por esencia, no puede servir como fuente de pruebas (p. 39).

Dicho esto, consideramos que el debate planteado en el Acuerdo Plenario N° 02-2017-SPN debe orientarse, *prima facie*, otorgando preferencia a las normas comunes que garantizan la vigencia de un proceso contradictorio y acusatorio, es decir, aquellas normas recogidas a través del CPP.

Según se desarrolla en el noveno considerando del citado Acuerdo Plenario, se tiene que los problemas de incorporación de información corroborativa de la colaboración eficaz al proceso receptor son diferentes en cada estadio: los problemas de utilización en diligencias preliminares e investigación preparatoria son distintos a los problemas de incorporación en fase intermedia como a aquellos que se den en la etapa de juzgamiento; siendo otro el caso cuando se trata de la incorporación de información para dictar medidas coercitivas. Entonces, se identifican los siguientes supuestos:



Atendiendo a estas diferencias, a fin de cautelar por la fiabilidad de la totalidad del procedimiento, la forma y modo de incorporación de la información producida en el procedimiento de colaboración eficaz será realizada de distinto modo, según el caso.

Un supuesto a considerar es el caso de la información incorporada a nivel de juicio oral, en el que deberá procederse de acuerdo al régimen normativo de la prueba trasladada (artículo 20 de la Ley N° 30077). Estas consideraciones se hallan previstas también en el artículo 45 del Reglamento, en el cual se señala que, en los casos de los procesos derivados o conexos, el fiscal decidirá si incorpora o no –como prueba trasladada– los elementos de convicción recogidos en las diligencias de corroboración. Por otro lado, según se desprende del artículo 46 del Reglamento, el fiscal también podrá incorporar a los procesos derivados o conexos la declaración del colaborador eficaz, como testigo, según corresponda, empleando para este fin las categorías de prueba anticipada o plenaria.

Ahora bien, a través del Acuerdo Plenario citado, se distinguen dos posibles fuentes de información originarias del procedimiento de colaboración eficaz, las cuales son: la declaración del colaborador y, por otro lado, los actos de investigación –elementos corroborativos– (artículos 476-A y 481-A del CPP), en los que, a su vez, se distinguen tres supuestos concretos respecto del resultado del acuerdo de colaboración:

- a) Procedimiento de colaboración eficaz concluido negativamente:
 - La declaración del colaborador se tendrá por inexistente y no podrá ser utilizada en su contra.
 - Los demás actos de investigación podrán ser utilizados como prueba trasladada (artículo 20 de la Ley N° 30077).
- b) Procedimiento de colaboración eficaz concluido positivamente:
 - El fiscal decidirá si aporta el testimonio del colaborador al juicio.
 - El fiscal decidirá si lo actuado en la carpeta fiscal será incorporado en todo o en parte al proceso.
- c) Procedimiento de colaboración eficaz no concluido:
 - Los elementos de convicción podrán ser empleados para requerir medidas limitativas de derechos o medidas coercitivas.
 - La declaración del colaborador puede ser empleada, pero deberá acompañarse de otros elementos de convicción, rigiendo además el inciso 2, del artículo 158 del CPP⁷.

Una vez planteados estos distintos supuestos, cabe referirnos a aquel en específico que implica especiales dificultades en su interpretación y aplicación práctica, esto es, aquellos casos en que el procedimiento de colaboración eficaz se encuentra inconcluso, pero, aun así, se dispone el empleo de la información originada en él para dictar medidas coercitivas al interior de un proceso común (artículo 48 del Reglamento).

Tal como se aprecia, aunque superficialmente, en el Acuerdo Plenario N° 02-2017-SPN, el hecho de que los elementos de convicción puedan ser empleados para requerir medidas coercitivas, entraña problemas inherentes de validación en lo que respecta a la fiabilidad de aquellos elementos de convicción generados al interior del procedimiento de colaboración eficaz.

Al respecto, es importante tener presente las consideraciones efectuadas por los profesores ya citados Asencio Mellado (2017a) y San Martín Castro (2003). Así, el primero de ellos pone especial énfasis en la distinción conceptual, esencial para la presente discusión, entre las nociones de fuente de prueba y medio de prueba. De no tenerse especial cautela respecto a estas consideraciones, podrían provocarse graves disfunciones que conllevarían al uso fraudulento de los medios de prueba, afectándose seriamente los derechos fundamentales de incidencia procesal. Asimismo, una desatención de tal naturaleza podría permitir que ingresen en el proceso noticias no completas, fragmentadas de propósito, no fiables en su misma veracidad y solo susceptibles de proporcionar parte de la información que el medio debe ofrecer (p. 44).

Así pues, el concepto de **fuentes de prueba** se refiere a un conjunto de elementos extraprocesales, existentes al margen del proceso, que contienen informaciones sobre hechos; las fuentes de prueba, dada su naturaleza, son ilimitadas. Por otro lado, los

⁷ Art. 158. 2. *En los supuestos de testigos de referencia, declaración de arrepentidos o colaboradores y situaciones análogas, solo con otras pruebas que corroboren sus testimonios se podrá imponer al imputado una medida coercitiva o dictar en su contra una sentencia condenatoria*

medios de prueba refieren a aquella actividad estrictamente procesal, al procedimiento legalmente establecido y desarrollado a través del cual se incorporan aquellas fuentes al proceso y se obtienen los resultados derivados de su valoración en sentencia, siendo limitados y tasados en atención a la naturaleza de cada fuente y a sus características propias (Asencio Mellado, 2017a, p. 45).

El citado autor indica que la legislación especial en materia el procedimiento de colaboración eficaz camina en una dirección vulneradora, la cual se provoca por el uso no adecuado de la fuente correspondiente en los derechos, garantías y en la misma integridad de la prueba, que comporta siempre una violación de sus principios reguladores; esto es:

[E]l convertir las declaraciones de coimputados repetibles en prueba anticipada o en prueba documental constituye un ejemplo paradigmático de lo prohibido en el proceso penal y que es causa de defectos insubsanables por afectar a los derechos y garantías fundamentales de naturaleza procesal. (pp. 46-47)

En esta misma línea, parafraseando a López Yagües (2017), este sostiene que ni la declaración del colaborador, ni las recibidas a testigos para constatar la fiabilidad de las primeras ostentan la naturaleza de la prueba anticipada, toda vez que no concurre en ellas el presupuesto de irrepetibilidad que justifica y determina el empleo de este recurso excepcional y extraordinario. Lo anterior aunado, nuevamente, a la ausencia de garantías elementales como la de contradicción en su producción, así como las garantías de inmediación, oralidad y publicidad, aspectos que deberían impedir su incorporación al proceso como **prueba anticipada** (pp. 205-207). Seguidamente, señala que:

[L]a incorporación de una fuente de prueba a través de un medio inadecuado afecta derechos fundamentales procesales y priva al medio de valor probatorio, de carácter de medio de prueba si no se garantizan adecuadamente las características del medio elegido y que, en concreto, en estos casos se produce una vulneración del derecho a la presunción de inocencia conforme se prevé en el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Penal. (p. 49)

Por otro lado, el profesor San Martín Castro (2019) identifica, respecto de la declaración del ex-colaborador, en cuanto coimputado, que se trata de un medio de investigación –y medio de prueba, en su caso– apto para desvirtuar la presunción de inocencia de otros imputados, porque están fundadas ordinariamente en un conocimiento extraprocesal y directo de los hechos, y que la circunstancia de coparticipación no las invalida (p. 8). No obstante, dicha declaración está sujeta a criterios de valoración especiales, los cuales son:

- a) Análisis de la personalidad del delincuente delator y relaciones que, precedentemente, mantuviese con el designado por él como copartícipe.
- b) Un examen riguroso acerca de la posible existencia de móviles espurios e inconfesables (venganza, odio personal, resentimiento, soborno, mediante a través de una sedicente promesa de trato procesal más favorable, etc.) que permitan tildar el testimonio de falso o espurio, o, al menos, restarle fuerte dosis de verosimilitud.
- c) La necesidad que se descarte que la declaración inculpatoria se haya prestado con ánimo de propia inculpación, en hábil y eventual coartada.

Volviendo al tratamiento desarrollado en el Acuerdo Plenario N° 02-2017-SPN, se identifica que la norma admite dos interpretaciones sobre los elementos de convicción que deben acompañar a la declaración del aspirante a colaborador en su empleo para dictar medidas coercitivas. Así, por un lado, estos podrían ser producidos **en el proceso especial**, mientras que, por otro lado, estos podrían ser producidos **fuera del proceso especial**, supuestos que conllevan a distintas implicancias operativas.

Para consideración de nuestros magistrados (fundamentos jurídicos del 19 al 21 del citado Acuerdo Plenario), **necesariamente debe haber elementos de corroboración interna para el uso de la declaración del aspirante a colaborador eficaz**. Es decir, para el empleo de la declaración del colaborador para dictar una medida coercitiva es indispensable contar con elementos corroborativos originados al interior del procedimiento especial. Así, es válido plantearse, ¿por qué no es suficiente la sola declaración del aspirante, y que la misma pueda ser corroborada mediante factores externos? A criterio de los magistrados, el cual suscribo plenamente, el solo testimonio de un aspirante a colaborador es altamente sospechoso y sin ninguna fiabilidad, siendo su idoneidad futura válida siempre y cuando existan elementos corroborativos originados en el mismo escenario.

Sobre este punto, Fernández López (2017) desarrolla una idea aplicable al supuesto en concreto, la cual estriba en que la información obtenida en estos casos habrá de ser objeto de comprobación, pero en ningún caso tendrá fuerza probatoria por sí misma, esto en razón de un fundamento de índole epistémica referido a cómo valorar la fiabilidad del colaborador y de su declaración si desconocemos su identidad (p. 155).

Como es evidente, estos elementos corroborativos internos también serán sometidos a contradictorio en la audiencia de la medida coercitiva, toda vez que, como se ha señalado reiteradamente, en el procedimiento de colaboración eficaz estamos ante un escenario en el que no rigen las garantías procesales mínimas de un proceso común, por lo que su validación posterior es indispensable. Es así que estos elementos de corroboración del proceso de colaboración deben ser sometidos a contradictorio en el proceso receptor para ser considerados como elementos de convicción válidos; el criterio a ser utilizado será, en consecuencia, el de la sospecha grave luego de una valoración conjunta de los elementos de corroboración del procedimiento de colaboración eficaz con los elementos de convicción del proceso receptor. Así pues, se evidencia una necesidad de examinar lo que ha de entenderse por corroboración suficiente en cada caso, de manera que el convencimiento judicial descansa también en otros elementos probatorios que apunten a la misma dirección que la declaración.

Referencias:

- Asencio Mellado, J. M. (2017a). Los presupuestos de la prisión provisional. La excepcionalidad de la prisión provisional y el procedimiento por colaboración eficaz. En: Asencio Mellado, J. M. y Castillo Alva, J. L. (dirs.). *Colaboración eficaz, prisión preventiva y prueba*. Lima: Ideas, pp. 35-40.
- Asencio Mellado, J. M. (2017b). *Dictamen jurídico procesal relativo al acuerdo de prisión provisional frente a D. Fernando Martín Gonzalo Camet Piccone por medio de resolución n.º 2 de fecha 04 de diciembre de 2017 acordada por el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional*. Recuperado de: <<https://tinyurl.com/y8lgpyfa>>.

- Benítez Ortúzar, I. F. (2004). *El colaborador con la justicia. Aspectos sustantivos procesales y penitenciarios derivados de la conducta del arrepentido*. Madrid: Dykinson.
- Bramont-Arias Torres, L. A. (2010). *Procedimientos especiales. Guía práctica 4*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Castillo Alva, J. L. (2017). La colaboración eficaz y su empleo en la prisión provisional. En: Asencio Mellado, J. M. y Castillo Alva, J. L. (dirs.). *Colaboración eficaz, prisión preventiva y prueba*. Lima: Ideas, pp. 273.
- Donini, M. (2007). El derecho penal diferenciado. La coexistencia de lo clásico y lo postmoderno en la penalidad contemporánea. *Revista General de Derecho Penal*, (8), pp. 10-17.
- Fernández López, M. (2017). El tratamiento procesal de la información obtenida en procedimientos de colaboración. En: Asencio Mellado, J. M. y Castillo Alva, J. L. (dirs.). *Colaboración eficaz, prisión preventiva y prueba*. Lima: Ideas, pp. 155.
- Instituto de Defensa Legal (2019). *Esto es la colaboración eficaz en el Perú*. Recuperado de: <<https://tinyurl.com/yazfmggye>>.
- López Yagües, V. (2017). Eficacia en el proceso penal de las declaraciones inculpativas vertidas en el procedimiento especial por colaboración eficaz. Análisis y valoración crítica. En: Asencio Mellado, J. M. y Castillo Alva, J. L. (dirs.). *Colaboración eficaz, prisión preventiva y prueba*. Lima: Ideas, pp. 181-234
- Mazzoni, G. (2010). *¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*. Madrid: Trotta.
- Rojas López, F. (2012). Alcances y cuestiones generales del procedimiento especial de colaboración eficaz en el nuevo Código Procesal Penal. *Derecho & Sociedad*, (23,39), pp. 52-60
- Romero Coloma, A. M. (2009). *El interrogatorio del imputado y la prueba de confesión*. Madrid: Reus.
- San Martín Castro, C. (2003). *Derecho Procesal Penal*. (T. II). Lima: Grijley.
- San Martín Castro, C. (2019). *Eficacia de los elementos de convicción en el proceso de colaboración eficaz (apuntes preliminares)*, pp. 1-11. Recuperado de: <<http://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/ar-web/ponencia.pdf>>.
- Santos Alonso, J. y De Prada Rodríguez, M. (s/f.). Los colaboradores de la justicia en Italia. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, pp. 71-81. Recuperado de: <<http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Santos-Alonso-y-De-Prada-Rodriguez-Los-colaboradores-de-la-justicia-en-Italia.pdf>>.