

LA COOPERACIÓN EFICAZ

Por *Andrés Salazar Cádiz**
Abogado Asesor

El motivo de este trabajo es mostrar que tanto en Chile como a nivel comparado la Cooperación Eficaz es una figura que tiene un claro objetivo político criminal y su ponderación es entregada al ente que tiene a su cargo la investigación de los delitos, esto es, en nuestro caso, el Ministerio Público.

I.- Introducción.

Las nuevas realidades delictivas y la creación de nuevas formas de enfrentarla es una circunstancia innegable y propia del progreso de la sociedad.

No es intención de este breve trabajo abordar el problema de la extensión del derecho penal denunciado por algún sector de la dogmática, pero si partimos de una premisa clara; el derecho penal clásico dedicado a controlar agresiones a bienes jurídicos individuales ha evolucionado, la criminalidad organizada y los efectos transnacionales de algunas conductas consideradas como disfuncionales por las sociedades modernas han obligado a los Estados y a la comunidad internacional a crear nuevas formas de perseguir estas representaciones criminales.

Por ello, el objeto de este trabajo es simplemente mostrar una de las nuevas formas de enfrentar esta realidad; la cooperación eficaz, que de acuerdo a nuestra concepción es una importante herramienta investigativa.

Si bien es cierto, la redacción del artículo 22 de la Ley N° 20.000 establece que aquel que ha cooperado eficazmente puede obtener una rebaja de la pena, recibiendo el tratamiento de una circunstancia atenuante, esta institución es más bien un instrumento de investigación y de política criminal que posee su propio desarrollo histórico y de derecho comparado, evolución, que consideramos necesario revisar para identificar su real naturaleza.

II.- Orígenes de la Institución: El Derecho Penal Premial

Para combatir los hechos ilícitos más complejos, los Estado modernos han utilizado el mismo sistema del derecho penal, a través de la creación de herramientas con fines de política criminal.

* Abogado Asesor, Unidad de Tráfico Ilícito de Drogas, Fiscalía Nacional del Ministerio Público.
asalazar@minpublico.cl

En esta línea, los Estados en forma individual, y la comunidad internacional en su conjunto, han desarrollado el llamado “Derecho Penal Premial”, que es una técnica de política criminal consistente en valorar en forma favorable el comportamiento procesal de un sujeto perseguido penalmente, quien respondiendo a modelos predefinidos podría obtener como premio ciertos beneficios, como por ejemplo, la reducción de la pena¹. Se basa entonces en un sistema de estímulos en la cooperación con la autoridad encargada de la persecución penal para lograr una mayor eficacia en la represión de ciertos delitos.

La cooperación eficaz, claramente se inserta dentro del llamado Derecho Penal Premial, y ha sido reconocida en todas las latitudes, en este sentido, “*Pentito*” (Italia), “*Arrepentido*” (Argentina, Alemania, Francia, Luxemburgo y España) “*Colaborador Eficaz*” (Chile y Colombia) o simplemente “*Colaborador*” (Bolivia).

Tal y como señala el Magistrado español José Antonio Choclán Montalvo, “*el ofrecimiento de atenuación de la pena hecho al colaborador de justicia constituye, de este modo, un importante instrumento político criminal para la lucha contra la criminalidad organizada*”².

En países de distinta tradición jurídica a la nuestra, el Derecho Penal Premial ha adoptado otras formas. Así por ejemplo, podemos encontrar en Estados Unidos el sistema de negociación de penas que cuenta con el aval de la Suprema Corte de ese país³.

III.- Reconocimiento de la Comunidad Internacional.

La comunidad internacional por su parte ha demostrado su preocupación por el tema del Crimen Organizado y en especial del Narcotráfico, ya que se consideran las consecuencias de este tipo de ilícitos como extremadamente graves para las naciones⁴.

Chile ha suscrito varios instrumentos al respecto, teniendo radical importancia las convenciones de las Naciones Unidas de Viena, Contra el Tráfico Ilícito de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas de 1988, publicada en nuestro país el 20 de Agosto de 1990, y la Convención Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, conocida como Convención de Palermo del año 2000, promulgada y publicada como ley de la República el 16 de Febrero de 2005.

¹ En este sentido Montoya, Mario Daniel. “Informantes y técnicas de Investigación encubiertas”, página 225. 2ª Edición actualizada. Editorial Ad-hoc. Buenos Aires. 2001.

² Choclán Montalvo, José Antonio. “La Organización Criminal. Tratamiento Penal y Procesal”, página 66. Editorial Dyckinson. Año 2000.

³ En 1969 la Corte Suprema DE Estados Unidos asentó su respaldo al sistema de negociación de penas al pronunciarse sobre el caso Santobello v/s New York estableciendo que: *¡la disposición de cargos criminales a través de un acuerdo entre el fiscal y el acusado, algunas veces llamado, en forma laxa, con la expresión “negociación de penas” es un componente esencial de la administración de justicia. Debidamente administrado, debe ser estimulado...*” citado por Muñoz Neira, Orlando en “Sistema Penal Acusatorio de Estados Unidos”, páginas 232 y 233. Editorial Legis. Bogotá. 2006.

⁴ Puede leerse en el preámbulo de la Convención de Viena que “la producción, la demanda y el tráfico ilícito de estupefacientes, presentan una grave amenaza para la salud y el bienestar de los seres humanos y menoscaban las bases económicas, culturales y políticas de la sociedad

Al suscribir dichas convenciones (y encontrándose en la actualidad ambas normas con plena vigencia y rango de ley), Chile se ha obligado a incorporar a su legislación interna toda la normativa y principios inspiradores de estos instrumentos. La celebración de estos acuerdos demuestra la voluntad inequívoca de llevar a cabo, en cada uno de los Estados signatarios, una persecución penal más eficiente y eficaz respecto de este tipo de delitos.

En ambos convenios se impulsa a los países miembros a adoptar medidas que mejoren los medios con que cuentan sus legislaciones para la lucha en contra del Narcotráfico. Así en la primera de las convenciones mencionadas se promueve el empleo de la técnica de la entrega vigilada y la cooperación internacional.

En el mismo sentido, la Convención de Palermo del año 2000, buscando incluso superar a los acuerdos de Viena, impulsó a los países miembros a incorporar a su legislación, en los casos apropiados, mitigaciones de pena a las personas acusadas que presten cooperación sustancial en la investigación o el enjuiciamiento, respecto de los delitos que la misma convención comprende⁵.

IV.- La cooperación eficaz en el Derecho comparado.

La cooperación con la investigación criminal integra el ordenamiento jurídico de otros países, donde se le reconoce a esta institución el carácter de técnica investigativa. A continuación veremos algunos ejemplos de estas consideraciones.

En Argentina la Ley 24.424 modificó la Ley 23.737 sobre tenencia y tráfico de estupefacientes, estableciendo, según el autor Carlos Enrique Edwards, novedosas técnicas investigativas dentro de las cuales se incluye la técnica del “Arrepentido” y su objetivo es penetrar el corazón mismo de las organizaciones dedicadas al narcotráfico⁶

Mario Montoya, también en referencia a la legislación argentina, nos dice que la palabra arrepentido está relacionada con los beneficios acordados para quienes colaboran con la justicia en la investigación de cierto tipo de delitos⁷.

En Italia, la Ley 45 del 13 de Febrero de 2001, sobre modificación a las reglas de protección y sistema punitivo de quienes colaboran con la justicia, ha introducido una reforma que indica que para optar a los beneficios de atenuación de la pena, ejecución de la condena, y otros establecidos como medidas de política criminal, “el sujeto que ha manifestado la voluntad de colaborar debe prestar declaración ante el procurador de la República dentro de los 180 días, sobre todas las informaciones útiles que posea...”⁸

⁵ Artículo 24 de la Convención de Palermo.

⁶ El autor señala que “para poder concretar este objetivo, la flamante ley estructura tres formas de investigación para introducirse en la organización delictiva a) de afuera hacia adentro a través del denominado agente encubierto; b) desde el mismo interior de la organización por medio de “el arrepentido”, y c) a través de las fronteras, con la entrega vigilada a fin de conocer a los integrantes de la organización”. Edwards, Carlos Enrique. “El arrepentido, el agente encubierto y la entrega vigilada”, página 24. Editorial Ad-Hoc. Junio de 1996, Buenos Aires

⁷ Montoya, Mario Daniel. Op. Cit.. paginas 235 a 272.

⁸ Yacobucci, Guillermo. “El Crimen Organizado”. Página 184. Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma. Buenos Aires. Abril de 2005.

En derecho anglosajón encontramos las primeras referencias positivas a esta institución en la obra de Bentham, a principios del siglo XIX, y la consagración de la figura llamada “*witness of crow*” o testigo de la corona, quien a cambio de su colaboración, obtiene inmunidad (grant of immunity). El beneficio penal lo logra, en este caso, a condición de declarar como testigo protegido en el juicio oral.

Por último, del artículo 376 del Código Penal Español que consagra la figura del arrepentido se ha dicho que: “esta figura está pensada básicamente para atacar y desmembrar la estructura organizativa de las redes dedicadas al tráfico ilegal de drogas”⁹.

V.- Carácter de Herramienta de Investigación de la Cooperación eficaz; Diferencia de finalidad con las atenuantes

La cooperación eficaz permite a los órganos encargados de la persecución criminal (policías y Ministerio Público) obtener información valiosa, oportuna y de primera fuente, que posibilita alcanzar resultados concretos en contra del narcotráfico, logrando la individualización y detención de autores, partícipes o encubridores de los hechos investigados u otros conexos, o permiten interrumpir la ejecución de otros delitos de la misma especie que se encuentra en curso. Además, logra generar desconfianza en el mundo criminal, debilitando las fuertes leyes de silencio u “*omertà*”¹⁰ que existen en el mundo del crimen organizado. Además, tal y cómo señaló la Cámara de Diputados argentina al discutir la Ley N° 24.424 que introdujo la figura del arrepentido en su ordenamiento jurídico “la obtención de tal colaboración permite contar con pruebas cuyo logro sería de otro modo imposible para las autoridades judiciales y policiales”¹¹.

En el mismo sentido, María Concepción Cruz Gómez señala que “*la colaboración es uno de los instrumentos de investigación penal clave en el combate a la delincuencia organizada, porque ¿quién más puede tener información privilegiada de las estructuras, modos de operación, ámbitos de actuación e identidad de los delincuentes organizados que alguien que haya pertenecido a la delincuencia organizada?*”¹².

De todos los antecedentes expuestos y del análisis de la legislación comparada, podemos apreciar que nuestra cooperación eficaz es una herramienta de investigación

⁹ Ganzemüller, Carlos; Frigola Joaquín; y Escudero, José Francisco. “ Delitos contra la salud pública (II). Drogas, sustancias psicotrópicas y estupefacientes”. Página 463. Editorial Boch. Barcelona, 1997.

¹⁰ “El término italiano **omertà** es de origen incierto. Se encuentran trazos de su uso ya a partir del 1800. Algunas teorías sobre su origen la relacionan con la palabra latina *humilitas* (humildad), que será después adoptada a los dialectos de la Italia meridional y modificada en *umirtà*. De la forma dialectal se puede entonces llegar a la forma italiana actual.

Cuando se habla de *omertà* se entiende la obstinación al silencio, esto es la decisión de no hablar de cualquier cosa que se haya sentido o visto, y aunque se tenga conocimiento...”. Fuente: Wikipedia. <http://es.wikipedia.org/wiki/Portada>.

¹¹ Medina, Miguel Antonio. “Estupefacientes. La ley y el derecho comparado”. Página 243. Editorial Abeledo-Perrot. 1998. Buenos Aires, Argentina.

¹² Cruz Gómez, María Concepción. “Instrumentos de Investigación Penal”, en “Delincuencia Organizada”. Instituto Nacional de Ciencias Penales de México, Página 31.

con fundamentos de política criminal, que se incorporó a nuestro ordenamiento jurídico con el objetivo de disponer de instrumentos más eficaces para la persecución de este específico delito, el tráfico de drogas.

Por lo tanto, si bien es cierto que una vez reconocida por el ente investigador y aceptada por el Tribunal, la cooperación eficaz comparte con las atenuantes el efecto de aminorar la cuantía de la pena, la rebaja del *quantum* del castigo se obtiene como recompensa a una conducta procesal con requisitos claramente definidos por el legislador.

De esta manera, tal y como dice el profesor Choclán, esta atenuación extraordinaria de la pena “se fundamenta desde el punto de vista de la culpabilidad (pues todo *actus contrarius* en reconocimiento de la vigencia de la norma vulnerada compensa parcialmente la culpabilidad), como desde un punto de vista utilitario o vinculado a razones de prevención especial.

Distinto es el caso de las circunstancias atenuantes ya que su finalidad, en general, no tiene por objeto premiar la conducta procesal de un sujeto imputado, sino que buscan en la mayoría de los casos, la adecuación de la sanción penal al hecho concreto ejecutado por el agente y lograr así una justa ponderación del disvalor de la acción realizada, concretándolo en una proporcional pena aplicada al que ha delinquido¹³⁻¹⁴.

Volveremos sobre este punto más adelante.

VI.- Historia de la Ley

También la Historia de la Ley, reafirma lo planteado y nos da cuenta de la real intención que ha tenido el legislador al incorporar esta institución; la cooperación eficaz es una herramienta de investigación y su valoración está entregada al Ministerio Público.

En la antigua Ley 19.366, se entregaba en forma expresa la valoración de la cooperación eficaz al Juez del Crimen. De esta manera, la primigenia redacción del artículo 33 de la Ley 19.366 establecía en su inciso 3º que:

“El tribunal que este conociendo del proceso o el que lo incoe en virtud de las declaraciones y antecedentes proporcionados en conformidad a los incisos precedentes,

¹³ En este sentido las circunstancias modificatorias han sido definidas como “*los accidentes y particularidades de tiempo, lugar, modo, condición, estado y demás que acompañan algún hecho*” siendo estas, las “*causas de que un mismo acto sea juzgado de diferentes maneras; y esta regla tiene lugar sobre todo en los asuntos criminales, en los que las circunstancias aumentan o disminuyen considerablemente la atrocidad de un delito, y por consiguiente, la pena con que debe ser castigado el delincuente*”. Diccionario Razonado de Legislación Civil, Penal, Comercial y Forense”. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 1993. Página 110.

¹⁴ Debemos reconocer que existen otras circunstancias atenuantes que si bien valoran una conducta posterior del sujeto, no tienen por finalidad dar un premio por la cooperación en la investigación de delitos, excepto en el caso de la atenuante establecida en el art. 11 N°9 del CP, respecto de la cual podemos apreciar que comparten una relación genero especie con la cooperación eficaz como veremos más adelante.

se pronunciará tan pronto como le sea posible y en cualquier estado del juicio acerca de la eficacia de cooperación prestada”.

Con el advenimiento del nuevo sistema procesal, se trasladó la dirección de la etapa de investigación a un nuevo órgano, el Ministerio público, manteniendo la lógica establecida desde la creación de este instituto; *“quien investiga es quien debe calificar la eficacia de la colaboración”*.

Desde la discusión de la Ley 19.806, ambas Cámaras están de acuerdo en que el órgano competente para calificar un aporte de antecedentes determinados como cooperación eficaz es el Ministerio Público. Así, se deja constancia en el Boletín 2217-07, específicamente en el Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, de fecha 16 de Octubre de 2001, ya que al tratar la cooperación eficaz contenida en la antigua Ley 19.366 expresó lo siguiente:

*“En relación con los cambios propuestos, la Comisión acordó no limitar al Ministerio Público el órgano ante el cual se debe realizar la cooperación para que produzca el efecto de atenuar la responsabilidad penal. **Consideró que, de acuerdo al mismo precepto, dicho organismo será el encargado de ponderar el mérito de la cooperación -en el sentido de lograr el efecto deseado-, para invocarla ante el tribunal,** por lo que no se justifica restringir las distintas formas en que una persona puede colaborar con la investigación, sobre todo si se piensa que esta mayor amplitud opera en directo beneficio de ella. Desde un punto de vista práctico, además, como el fiscal dirigirá la investigación coordinando a las autoridades administrativas o policiales que le puedan brindar apoyo, se explica plenamente que la cooperación también pueda ser prestada en alguna de dichas sede”*

En el Primer Informe de la Comisión Especial de Drogas sobre el proyecto que sustituyó la Ley N° 19.366, (1° trámite constitucional) elaborado en la sesión 48^a de martes 3 de abril de 2001, se dejó constancia respecto a la cooperación eficaz (en ese momento artículo 24 del proyecto) de lo siguiente al discutir establecerla también para el delito de asociación ilícita:

“la norma en discusión establece que los antecedentes deben ser proporcionados al Ministerio Público, que es el que realiza la investigación penal, por lo que la cooperación será calificada con un grado superior al actual y su persecución penal estará garantizada al concentrarla en una sola autoridad en la etapa procesal correspondiente”

Posteriormente, en la sesión 56, de 19 de abril de 2001, el parlamentario Orpis, al relatar el informe a la Cámara de Diputados, trata esta institución junto con otras técnicas de investigación. La misma opinión expresa el señor Viera-Gallo al señalar que con esta Ley se busca *“el perfeccionamiento de una serie de medidas propias de cualquier ley especial, en el sentido de contar con mecanismos más eficaces para la persecución del crimen organizado... la cooperación eficaz como atenuante de la responsabilidad penal, la entrega vigilada de sustancias ilícitas... y en general todo tipo de medidas para asegurar el mejor resultado de la investigación”*¹⁵.

¹⁵ Diario de Sesiones del Senado. Sesión 17^a, en martes 9 de Diciembre de 2003, página 30.

Más adelante, específicamente el martes 09 de Octubre de 2001 en el Segundo Informe de la Comisión Especial de Drogas sobre el proyecto de la Ley 20.000 se propuso la modificación del tenor del artículo 26 (cooperación eficaz) cuyo texto rezaba:

"Será circunstancia atenuante de la responsabilidad penal la cooperación eficaz *prestada al Ministerio Público*, que conduzca al esclarecimiento de los hechos..."

Los Diputados Pollarolo, Saa, Soto, Cornejo, Díaz, Jarpa, Orpis, entre otros propusieron la eliminación de la frase "prestada al ministerio público", lo que fue aceptado por unanimidad en razón de que:

"...esta modificación radica en el hecho de que la cooperación puede ser prestada validamente ante la fiscalía, la policía o ante el juez en forma directa, siendo por tanto indiferente ante quién se preste puesto que su calificación es efectuada por el Ministerio Público."

Por lo tanto, en las mismas actas de la historia de la Ley queda refrendada la voluntad del legislador en orden a que el Ministerio Público fuera el competente para la calificación de eficacia.

Por último, al analizar la letra de la Ley, y el estadio procesal o la oportunidad en que la colaboración eficaz debe ser reconocida, nuevamente podemos interpretar que la intención del legislador fue restringir la calificación al Ministerio Público. **Ello se desprende de la naturaleza que poseen tanto la formalización de la investigación como la acusación, ambas son facultades privativas del fiscal del Ministerio Público**, en las cuales los tribunales de justicia carecen de posibilidades de injerencia.

VII.- Requisitos de la Cooperación Eficaz

De acuerdo al texto del artículo 22 y lo expresado anteriormente podemos definir a la cooperación eficaz como la ***“Herramienta de investigación consistente en el suministro de datos o informaciones precisos, verídicos y comprobables, que contribuyan necesariamente al esclarecimiento de los hechos investigados o permita la identificación de sus responsables; o sirva para prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad contemplados en esta ley”***, la cual una vez calificada de tal podría producir el efecto de rebajar la pena hasta en dos grados¹⁶.

¹⁶ "Artículo 22.- Será circunstancia atenuante de responsabilidad penal la cooperación eficaz que conduzca al esclarecimiento de los hechos investigados o permita la identificación de sus responsables; o sirva para prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad contemplados en esta ley. En estos casos, el tribunal podrá reducir la pena hasta en dos grados.

Sin embargo, tratándose del delito contemplado en el artículo 16, la reducción de la pena podrá comprender hasta tres grados.

Se entiende por cooperación eficaz el suministro de datos o informaciones precisos, verídicos y comprobables, que contribuyan necesariamente a los fines señalados en el inciso primero.

El Ministerio Público deberá expresar, en la formalización de la investigación o en su escrito de acusación, si la cooperación prestada por el imputado ha sido eficaz a los fines señalados en el inciso primero.

Si con ocasión de la investigación de otro hecho constitutivo de delito, el fiscal correspondiente necesita tomar conocimiento de los antecedentes proporcionados por el cooperador eficaz, deberá solicitarlos fundadamente.

Para que proceda entonces el premio por la conducta procesal del imputado colaborador, deben darse los siguientes requisitos copulativamente:

- 1°.- **Que el colaborador sea un imputado por alguno de los delitos de la Ley 20.000.**
- 2°.- **que el imputado colabore con la justicia proporcionando a sus agentes datos o informaciones precisos, verídicos y comprobables por el Ministerio Público.**
- 3°.- **Los datos proporcionados deben haber propiciado, los siguientes fines:**

- a) **Necesariamente deben haber contribuido al esclarecimiento de los hechos investigados o deben haber permitido la identificación de sus responsables.** En esta hipótesis la colaboración recae sobre la misma investigación que afecta al imputado, e implica que son los datos aportados por el colaborador y **no otros** (que eventualmente ya sean manejados por la policía o el Fiscal) los que permitan lograr estos objetivos. ó;
- b) **Que los datos o Informaciones precisos, verídicos y comprobables, hayan servido para prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad contemplados en esta ley;** En esta segunda hipótesis el colaborador aporta datos de un proceso extraño al que se sigue en su contra, y gracias a ellos el Ministerio Público ha podido iniciar nuevas investigaciones que finalmente han logrado evitar la consumación de otros delitos tan o más graves que los cometidos por el imputado. Tal como dice el Oficio del Fiscal Nacional N° 059, consideramos que *“la cooperación es eficaz cuando por ella se entregan informaciones o datos con los cuales el Ministerio Público pasa a tener la posibilidad real, evaluada en concreto, de asegurar la persecución penal del delito investigado y/o de obtener otros responsables de ese mismo delito; o de prevenir la perpetración o de impedir la consumación de otro delito de la Ley de Drogas de igual o mayor gravedad que aquel en el que se encuentra investigado originalmente el cooperador”*.

Este es quizás el requisito más característico de esta herramienta, el cual le otorga un carácter especialísimo, que termina por diferenciarlo de las atenuantes generales. La eficacia, es decir, el logro de resultados concretos, es un requisito de la esencia de esta institución. Para lograr el efecto mitigador deben cumplirse los fines que busca la norma, descritos en el inciso 1°; esclarecer los hechos investigados, haber permitido la identificación de los responsables, ó prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad contemplados en esta ley.

El fiscal requirente, para los efectos de efectuar la diligencia, deberá realizarla en presencia del fiscal ante quien se prestó la cooperación, debiendo este último previamente calificar su conveniencia. El superior jerárquico común dirimirá cualquier dificultad que surja con ocasión de dicha petición y de su cumplimiento. La reducción de pena se determinará con posterioridad a la individualización de la sanción penal según las circunstancias atenuantes o agravantes comunes que concurran; o de su compensación, de acuerdo con las reglas generales.”

En este sentido, tal y como dice el profesor Enrique Cury, la cooperación eficaz exige que ella se traduzca efectivamente en resultados concretos, lo que la diferencia claramente de la atenuante establecida en el artículo 11 N° 9, esto es la colaboración sustancial¹⁷.

Lo expresado previamente es así, no sólo en Chile sino en todos los países en que esta institución ha sido consagrada.

En México, el profesor Rafael Macedo nos dice al respecto que para que el colaborador obtenga los beneficios que la ley le asigna (en el caso de México la atenuación o remisión parcial de la pena) requiere que *“tal ayuda debe ser eficaz, es decir, que produzca el efecto deseado, que la investigación dé resultados, que realmente concrete el fin buscado por el investigador”*¹⁸.

Tal y como señala el profesor Choclán al referirse al caso español, estamos frente a una **rebaja extraordinaria de pena**, y para que ella sea posible se exige la concurrencia de ciertos requisitos en forma copulativa. En los demás casos, en que el sujeto ha colaborado con las autoridades confesando su participación punible, sin que concurren los demás presupuestos, sólo es posible ponderar una atenuación ordinaria, de acuerdo a las reglas generales. *“En suma, la recompensa, sólo se obtiene en caso de informaciones útiles, pues la atenuación extraordinaria constituye un premium que debe venir precedido de un meritum, o conducta meritoria”*¹⁹

4°.- Que el Ministerio Público haya invocado la aplicación de dicho beneficio al formalizar la investigación o en el escrito de acusación contra el imputado colaborador. Este requisito emana del mismo texto de la Ley y del análisis de la historia de la ley que ya hemos visto y pretende centrar la calificación de eficacia en el mismo ente constitucionalmente encargado de la investigación.

El texto del inciso tercero del artículo 22 establece lo siguiente: ***“El Ministerio Público deberá expresar, en la formalización de la investigación o en su escrito de acusación, si la cooperación prestada por el imputado ha sido eficaz en relación con los fines señalados en el inciso primero”***.

Esta redacción de carácter imperativo nos induce a concluir, en una interpretación armónica de toda la norma, que es requisito para que opere el premio “rebaja en la pena” la invocación del artículo 22 por parte del Ministerio Público, ya que se exige en términos tajantes la intervención de esta declaración. Ello es lógico si ponderamos que el órgano que dirige la investigación es quién más sabe de las consecuencias y resultados de ella.

¹⁷ Cury Urzúa, Enrique. “Derecho Penal, Parte General”, página 497. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago, 2004. En el mismo sentido Politoff, Matus Ramírez, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Tomo I, segunda edición, página 512. Editorial Universitaria. Santiago, 2004.

¹⁸ Macedo de la Concha, Rafael. “Delincuencia Organizada”. Página 24. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México D.F., año 2004.

¹⁹ Choclán Montalvo. Op Cit, págs 66 y 67.

“Al entender la citada norma de otra manera, estaríamos ante letra muerta, toda vez que la norma en cuestión no produciría efecto alguno, ya que si los tribunales tuvieran la facultad de reconocer la cooperación eficaz con independencia de la invocación por parte del Ministerio Público, esta atenuante especial dejaría de tener la naturaleza de herramienta de política criminal, no habiendo ninguna diferencia (salvo por la cuantía de la rebaja de pena) con la atenuante general de colaboración sustancial recogida en el numeral 9º del artículo 11 del Código Penal”²⁰.

Además debemos recordar que el Ministerio Público está obligado por la Constitución y por su Ley Orgánica a actuar de acuerdo al principio de objetividad, por lo tanto no debe generar en los tribunales desconfianza esta facultad entregada por el legislador al Ministerio Público, ya que los Fiscales, siempre que se den las hipótesis y requisitos examinados, atendido el caso concreto deberán invocar este beneficio.

VIII.- Efectos de la calificación de un sujeto como cooperador eficaz

Una vez que el Ministerio Público califica los aportes efectuados por el imputado como constitutivos de colaboración eficaz, en la formalización o en su escrito de acusación en el proceso penal se generan varios efectos.

En primer lugar, nace la posibilidad que el tribunal haciendo uso de sus facultades jurisdiccionales, ratifique o deseche la calificación hecha por el Ministerio Público, y en el caso de compartir su criterio deberá decidir la extensión del beneficio penal, esto es si la sanción deberá ser atenuada en uno o dos grados.

Con esto, no estamos señalando, en ningún, caso que el Ministerio Público esté ejerciendo labor jurisdiccional, cuestión que de acuerdo a la Constitución y la ley le estaría vedado, sino que, por el contrario, entendemos que de esta manera se reafirma el texto de la norma y el espíritu de la ley, ya que, que uno de los requisitos expresos de procedencia del beneficio penal es la calificación realizada por el Ministerio Público.

Si analizamos el artículo 22 desde el punto de vista de su estructura, nos percatamos que estamos frente a una norma jurídica secundaria (de acuerdo a la clasificación Hartiana), pudiendo distinguir, como en toda estructura normativa, sus elementos; vale decir un supuesto de hecho, el deber ser, y sus consecuencias jurídicas.

En el caso del artículo 22 de la Ley 20.000, nos encontramos frente a una norma con “supuesto de hecho complejo”, esto es, establece varios requisitos de cuyo cumplimiento depende la producción de efectos jurídicos. Respecto de los requisitos que requiere la norma ya nos hemos extendido latamente, pero vale la pena reiterar que dentro de estos se encuentra la expresión o reconocimiento de la eficacia del aporte entregado por el imputado en la formalización o acusación del Ministerio Público. Por otra parte, trata de una norma secundaria porque su consecuencia jurídica no tiene por objeto crear obligaciones (como es

²⁰ Oficio FN 059, página 7.

el caso de las normas jurídicas primarias), sino atribuir poderes o facultades, en este caso entregar la facultad al tribunal de evaluar la procedencia de una atenuación de la pena.

Por lo tanto, cumplidos todos los requisitos de la norma, esto es, una vez completados todos sus supuestos de hecho, nace la consecuencia jurídica, la posibilidad que el Tribunal que decida el fondo del asunto, pueda apreciar la concurrencia o improcedencia del beneficio, y en el primer caso, la extensión de aquel.

Tal y como sucede por ejemplo en los delitos concursales, donde se requiere previo a la radicación en sede penal de una declaración de quiebra para que se abra investigación y posterior juicio por la eventual responsabilidad criminal que pueda existir, en el caso de la cooperación eficaz se requiere una declaración previa del ente investigador para que la norma del artículo 22 esté completa, y recién una vez que ella se encuentra plenamente configurada, puede ser efectivamente valorada por el tribunal en el ejercicio de sus facultades jurisdiccionales.

Sin embargo, este no es el único efecto que posee el reconocimiento de la eficacia del aporte del colaborador. No debemos olvidar que la declaración que hace el Ministerio Público del cooperador eficaz tiene otros efectos, incluso anteriores a la realización de la audiencia de Juicio Oral.

Así por ejemplo, el cooperador puede ser objeto de las medidas de protección de la Ley N° 20.000, como la reserva de su identidad, protección policial, provisión de recursos, o incluso, que su declaración pueda ser recogida anticipadamente de acuerdo a lo establecido en el artículo 32 en relación con el artículo 191 del CPP.

Este último punto es altamente clarificador, ya que **la declaración anticipada y las demás medidas de protección que se adopten durante la fase de investigación, requiere que la persona esté investida de la calidad de cooperador eficaz, a pesar que aún no se haya pronunciado a ese respecto el Tribunal Oral en lo Penal**, lo que indica una vez más que para ley dejó la calificación del status de “colaborador eficaz” entregada al órgano persecutor, precisamente por que la cooperación va dirigida al Ministerio Público, quien dirige la investigación, debiendo además, velar por la protección de aquel.

IX.- Herramienta de atenuación subsidiaria: La Colaboración Sustancial.

Cuando falte alguno de los requisitos que exige el artículo 22, siempre quedará a salvo para el tribunal, como medida de adecuación de la pena, la atenuante de la colaboración sustancial.

Para nosotros, ambas instituciones fueron incluidas en nuestra legislación con fines de política criminal y poseen una estructura similar, que premia el comportamiento procesal de un sujeto, y que tiene lugar con posterioridad a la comisión del hecho delictivo. Pero, ¿Qué diferencias existen entre ambos institutos?

Claramente la Cooperación eficaz requiere un plus respecto del aporte que realiza el colaborador sustancial, en cuanto a que como vimos anteriormente, la primera requiere la verificación de resultados efectivos²¹.

La inclusión de la colaboración sustancial dentro del artículo 11, obedece al deseo del legislador de hacer coherente el sistema penal y extender al resto de los delitos la posibilidad de morigerar la pena. Distinta situación ocurre con la cooperación eficaz, ya que esta se ha incluido en una legislación especial, y de acuerdo al texto y espíritu de la ley, obedece al establecimiento de una herramienta más para la lucha contra el crimen organizado que debe ser empleada durante la etapa de la investigación.

De hecho, la colaboración sustancial puede prestarse o configurarse en cualquier etapa del procedimiento, a diferencia de lo ocurrido con la cooperación eficaz. Así se dejó constancia en las actas de la historia de la Ley 19.806, estableciendo que ella podía prestarse durante todo el procedimiento²², a diferencia de lo que ocurre con la cooperación eficaz que debe contar ser invocada en la acusación, ello por que requiere que el Fiscal haya constatado que efectivamente se haya traducido en resultados concretos las cooperaciones realizadas por el postulante al beneficio de rebaja de la sanción.

En este sentido, somos de la opinión que de no ser invocado este beneficio por el Fiscal, siempre se podrá validamente discutir la configuración de la atenuante general del artículo 11 N° 9. De hecho, creemos que el Ministerio Público, si no considera que se dan los requisitos de la cooperación eficaz, puede perfectamente apreciar que si hubo otros aportes que sirven para estimar que concurre la atenuante de colaboración sustancial.

X.- Jurisprudencia en la Materia

En el último tiempo hemos visto pronunciamientos de la jurisprudencia en todos los sentidos, incluyendo algunos que le dan tratamiento de atenuante a la cooperación eficaz, alejándose así de los fines investigativos y político criminales que motivaron su consagración en nuestro ordenamiento jurídico.

Por ejemplo el Cuarto Tribunal de Juicio Oral de Santiago en sentencia de fecha 22 de Abril de 2006 pronunciada en RUC 0500281757-K, si bien reconoce que *“no existe un criterio*

²¹ Ver nota pie de página número 14.

²² “La Comisión estuvo de acuerdo en que la atenuante deberá configurarse si el imputado aporta antecedentes o efectúa declaraciones que contribuyan al esclarecimiento de los hechos, **en cualquier etapa del procedimiento**. Se incluye la colaboración que preste durante la investigación, porque, mientras más sustancial sea, menos peso deja a la colaboración durante el juicio, lo que es particularmente relevante en el caso del procedimiento abreviado”. BOLETÍN N° 2.217-0716 de octubre de 2001 Informe De La Comisión De Constitución, Legislación, Justicia Y Reglamento, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, sobre normas adecuadoras del sistema legal chileno a la reforma procesal penal.

uniforme en la jurisprudencia”, estimó que es una facultad jurisdiccional el reconocer la cooperación eficaz, y por lo tanto en nada influye que el Ministerio Público la invoque o no en su acusación, estableciendo en su considerando undécimo que “sea cual sea el carácter que se le asigne al artículo 22 de la Ley 20.000, esto es, que se trate de una atenuante privilegiada o una regla de aplicación o rebaja penológica, en opinión de estos jueces, el tribunal no puede quedar limitado ni vinculado a la determinación que efectúe el órgano persecutor en orden a señalar en la acusación si estima o no que concurre la cooperación eficaz a favor del acusado”. “Sostener que es de competencia exclusiva del Ministerio Público la titularidad de su procedencia, - como lo argumentó el Fiscal en la audiencia - importaría cercenar la facultad otorgada por la Constitución a los jueces en orden a renunciar a su potestad jurisdiccional.”

En cuanto al cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 22 de la ley 20.000 se estableció que los antecedentes “resultaron suficientes para formar convicción en orden a establecer que efectivamente que el acusado proporcionó datos completos, verídicos, comprobables y útiles para los fines que señala la última hipótesis de la norma”... “y para ello tuvieron en cuenta “por una parte, los dichos del acusado, ya antes referidos, **y su actitud clara, constante, que denotaba seriedad y apremio por su situación**, e incluso, temor al verse compungido a aclarar -en la audiencia del 326-, los nombres de quienes identificó como “matraca”, “el guatón”, y “el Carlos”. Además, considera que “los datos suministrados por el acusado al Fiscal del caso, a raíz de esta investigación y desde su fecha de detención hasta este juicio, han servido o contribuido para que la Fiscalía Local de Iquique haya iniciado una investigación actualmente en curso” señalando que “estos jueces concluyen lógica y razonadamente que se inició una investigación a cargo de un Fiscal con los datos que el acusado entregó en forma reservada, la que actualmente está en curso. Ahora bien, **pese a que según se indica en esa comunicación, no se han obtenido resultados positivos al día 16 de marzo, ello no implica que esos datos no cumplan con los requisitos que señala el inciso 3° del artículo 22**, pues la norma en su hipótesis segunda o final, no lo exige configurándose la hipótesis de “prevenir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad” materia de la Ley 20.000.”

Discrepamos de lo establecido en este fallo, ya que en primer término en razón del análisis teleológico de la norma consideramos que es requisito previo a la atenuación de la pena la oportuna calificación de eficacia de a través de la acusación del Fiscal, ya que a nuestro juicio estamos frente a una herramienta de investigación, y aún le asiste al juez para la adecuación de la pena la colaboración sustancial establecida en el artículo 11 N° 9, si es que cumple a su vez con los requisitos de esta. Por otra parte, de acuerdo a lo que el fallo establece, ni siquiera los datos brindados por el imputado, cumplen con los requisitos de verosimilitud y comprobabilidad que requiere el artículo 22, ya que ellos en primer lugar, deben ser corroborados por vías objetivas, no siendo suficiente valoraciones subjetivas como podrían ser la afectación sentimental o emotiva que provoque en los jueces las inflexiones de voz, gestos o expresiones faciales del imputado al declarar en juicio. Más aún, debemos considerar que si el Ministerio Público no ha reconocido la procedencia del beneficio del artículo 22, a la altura de la audiencia de juicio oral, el Tribunal no cuenta con ninguna facultad investigativa que le permita corroborar efectivamente la eficacia del aporte en los términos que describe la ley 20.000. En este sentido para lograr el fin de la norma, los

dichos del imputado, deben ser confirmados con resultados concretos, esto es haber logrado desbaratar nuevas redes de tráfico de drogas o identificar a partícipes del mismo delito que hasta la declaración del cooperador permanecían ocultos para los entes investigadores.

En este sentido, concordamos con el análisis expuesto por la Corte de Apelaciones de Arica en causa Ruc 0300046884-2, que acogió un recurso de nulidad incoado por el Ministerio Público ante una sentencia del Tribunal Oral de esa ciudad que había reconocido a favor del acusado la cooperación eficaz, sin que esta circunstancia hubiera sido invocada por el MP, señalando, que *“habiendo sido entregada la facultad de reconocer la atenuante de cooperación eficaz en forma exclusiva y excluyente al Ministerio Público, el reconocimiento de dicha minorante por los jueces del tribunal Oral, sin entregar mayores razones de tal decisión, constituye un error de derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, pues al reconocer tal atenuante especial se ha impuesto una pena menor a la que correspondía..”*²³. De similar manera se pronunció a propósito de otro recurso de nulidad la ilustrísima Corte de Arica al estimar que *“de conformidad con el inciso tercero del artículo 33 de la citada ley de tráfico ilícito de drogas, corresponde al Ministerio Público atribuir eficacia a la cooperación, sea en la audiencia de formalización de la investigación o en su escrito de acusación, teniendo ésta apreciación de la Fiscalía obligatoriedad o fuerza vinculante para el tribunal oral”*²⁴.

De la misma manera el Tribunal Oral de Melipilla por sentencia de fecha 09 de junio de 2006 rechazó la solicitud de la defensa señalando que *“no se tendrá por configurada la minorante de cooperación eficaz del artículo 22 de la ley 20.000. El Ministerio Público no ha expresado en su acusación que PRL haya prestado colaboración que reúna ese carácter, como lo establece el artículo 22 inc. cuarto de la ley 20.000, así como ni tampoco se han expuesto las circunstancias fácticas en que se habría traducido la ayuda aportada por la acusada y que hubieren permitido el esclarecimiento de los hechos o identificación de los responsables, o impedido o prevenido la perpetración o consumación de otros delitos contemplados en dicha ley de igual o mayor gravedad”*²⁵.

El Tribunal Oral de Rancagua también ha compartido este punto vista. En Sentencia de fecha 12 de Diciembre de 2006, el órgano judicial rechazó calificar la cooperación prestada por un imputado de eficaz aceptando eso sí rebajar la pena acogiendo la atenuante general del artículo 11 N° 9. Para ello los sentenciadores señalaron que *“Sin perjuicio de lo anterior, no se considerará dicha colaboración para configurar además, la atenuante especial del artículo 22 de la ley 20.000, por cuanto ello implicaría una doble valoración y en todo caso, la norma en comento, señala en su inciso cuarto que “el Ministerio Público deberá expresar, en la formalización de la investigación o en su escrito de acusación, si la*

²³ Sentencia de Corte de Apelaciones de Arica de 18 de junio de 2004, Rol de ingreso N° 68-2004, considerando quinto.

²⁴ Sentencia de Corte de Apelaciones de Arica de 15 de noviembre de 2004, Rol de ingreso N° 148-2004, considerando cuarto.

²⁵ Sentencia TOP Melipilla de 09 de Junio de 2006, RUC 0500441884-2, RIT 254-2005, considerando octavo.

cooperación prestada por el imputado ha sido eficaz a los fines señalados en el inciso primero”, lo que no ocurrió en el caso de marras²⁶”.

Por último, en este mismo sentido se pronunció recientemente el Tribunal Oral en lo Penal de Antofagasta, en la causa RUC 0600183094-3 ,RIT 192-2006 en sentencia de fecha 09 de Enero de 2007, rechazando la alegación de la defensa que solicitaba el beneficio de la cooperación eficaz a favor de su representando señalando como fundamento para esta decisión, entre otras razones que *“no se cumple con un requisito de índole formal, establecido por nuestro legislador, cual es la valoración previa que debe hacer el órgano persecutor penal para estimar que la conducta de un imputado debe ser reputada eficaz, lo que necesariamente debe plantearse por el Ministerio Público en la formalización de la investigación o en el escrito de acusación²⁷”.*

XI.- Conclusiones.

La cooperación eficaz, constituye una herramienta de investigación reconocida en el mundo entero, cuya aplicación ha sido incentivada por los tratados internacionales en la materia. Su utilización, ha permitido obtener vital información, a través de la cual, se ha logrado evitar la comisión de delitos de gran trascendencia o facilitado la individualización y posterior detención de autores o partícipes en este tipo de ilícitos, que de otra manera no hubiesen podido ser descubiertos, impidiendo que aquellos permanezcan en la impunidad.

La historia de la ley y el análisis del derecho comparado nos demuestran que la calificación de esta especie de cooperación ha quedado entregada al ente encargado de la investigación, que en el caso chileno es el Ministerio Público, decisión legislativa acertada, teniendo en cuenta que es éste el único órgano que puede, en el ejercicio de sus facultades constitucionales (esto es, investigar los hechos que revisten carácter de delito) y en el marco del principio de objetividad que gobierna su actuar, corroborar la veracidad del aporte y evaluar la proporcionalidad en los resultados obtenidos a partir de los antecedentes entregados por el imputado que postula al beneficio penal, evitando la fabricación de atenuantes o intentos de fraudes a la ley penal, velando por el efectivo cumplimiento de los objetivos político-criminales señalados por el legislador en el inciso primero del artículo 22 de la Ley N° 20.000.

El hecho señalado no implica que el Ministerio Público se irrogue facultades jurisdiccionales, sino que de acuerdo a la voluntad expresa del legislador y a la estructura normativa del artículo 22 de la ley N° 20.000, la declaración que aquel ente realiza es uno de los requisitos necesarios para que nazca la facultad judicial de atenuar la pena.

Por todo lo dicho, creemos que no puede esta institución poseer el mismo tratamiento que cualquiera de las atenuantes generales contempladas en el artículo 11 del Código Penal, sino

²⁶ Sentencia TOP Rancagua de 12 de Diciembre de 2006, RUC 0500388107-7, RIT 211-2006, considerando décimo cuarto.

²⁷ Sentencia de TOP Antofagasta de 09 de Enero de 2007, RUC 0600183094-3, RIT 192-2006, considerando duodécimo.

que debe reconocerse su particular estructura normativa y finalidad, que obedece a una forma específica y privilegiada de cooperación con la autoridad. Lo razonado, impide que otro interviniente la pueda invocar, pero esto no obsta a que pueda solicitar el reconocimiento de la atenuante del 11 N° 9.

La importancia práctica demostrada por esta herramienta de investigación, requiere para la permanencia de su utilidad, que ella se emplee con estricto apego a sus fines, evitando transformarla en un instrumento de compensación basado en razones de justicia material o de fácil acceso a cualquier interviniente sin que previamente se hayan verificado objetivamente todos y cada uno de los requisitos de ésta; *“no entenderlo así, sería desvirtuar la naturaleza de esta institución que está establecida con carácter restringido, ya que no cualquier confesión o aporte de antecedentes puede llegar a configurarla así como verificar la certeza de las informaciones y evitar la utilización de esta norma”*²⁸.

²⁸ Fragmento del voto disidente redactado por el magistrado Antonio Mauricio Ulloa Márquez, del Cuarto Tribunal de Juicio Oral de Santiago en sentencia de fecha 22 de Abril de 2006 pronunciada en RUC 0500281757-K, citada en el número IX de este documento.