

MÁSTER UNIVERSITARIO
Corrupción y Estado de Derecho



**VNiVERSiDAD
D SALAMANCA**

TRABAJO FIN DE MASTER
**EL COIMPUTADO EN EL COMBATE AL CRIMEN
ORGANIZADO EN BRASIL**

AUTOR
MAURICIO DE OLIVEIRA MEDINA
DIRECTOR
PROFESOR DR. NICOLÁS RODRÍGUEZ GARCÍA

Salamanca, 2014

PORTADA

RESUMEN

Este trabajo de investigación trata del empleo del instituto de la colaboración procesal del coimputado como instrumento específico de investigación de las actividades delictivas practicadas por organizaciones criminales en Brasil. Con el fenómeno de la globalización, la delincuencia organizada se ha expandido y fortalecido, pasando a representar una concreta amenaza a algunos de los más importantes bienes jurídicos tutelados por el Estado. Las dificultades del Estado en hacer frente a esta especie de criminalidad son muy evidentes, pues se trata de una delincuencia estructurada, dedicada a la comisión de delitos graves y a la obtención de ventajas económicas, y que desarrolla una cultura de supresión de pruebas que introduce considerables obstáculos a la actividad de investigación. Sin embargo, el Estado democrático de Derecho, en consecuencia de la aplicación del principio constitucional de proporcionalidad, tiene el deber de proteger y concretizar los derechos fundamentales de sus ciudadanos, entre los cuales está el derecho a la seguridad. En este contexto, tienen especial relevancia los instrumentos específicos de investigación de la criminalidad organizada, como la colaboración del coimputado, medio cada vez más utilizado para enfrentar a la delincuencia organizada y grave. Es fundamental, no obstante, que la colaboración del coimputado se produzca con estricto respeto a los principios constitucionales.

Palabras-clave: crimen organizado, colaboración procesal, investigación, proporcionalidad, seguridad.

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS	5
INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO I: EL CRIMEN ORGANIZADO COMO DESAFÍO A LOS ESTADOS DE DERECHO CONTEMPORÁNEOS.....	10
1.1. Consideraciones preliminares	10
1.2. El crimen organizado como criminalidad de la globalización	12
1.3. Características distintivas de las organizaciones criminales	19
1.4. Definiciones de “organización criminal” en la Convención de Palermo y en el ordenamiento jurídico brasileño	23
1.5. Críticas a la categoría jurídica del “crimen organizado”	25
1.6. La necesaria utilización de nuevos instrumentos de investigación en el combate al crimen organizado	31
CAPÍTULO II: ENTRE EL DEBER ESTATAL DE INVESTIGACIÓN DEL CRIMEN ORGANIZADO Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL IMPUTADO	34
2.1. De los derechos fundamentales ‘contra’ el Estado hacia los derechos fundamentales ‘a través’ del Estado. El Estado democrático de Derecho como concretizador de los derechos fundamentales	34
2.2. La doble cara del principio constitucional de proporcionalidad: la prohibición del exceso y la prohibición de protección insuficiente	36
2.3. La búsqueda de la eficiencia en la investigación del crimen organizado: el deber de protección del derecho fundamental a la seguridad	44
2.4. La búsqueda del (improbable) equilibrio: eficiencia y respeto a los derechos del imputado	52
CAPÍTULO III: LA COLABORACIÓN PROCESAL DEL COIMPUTADO COMO MEDIO DE INVESTIGACIÓN DE DELITOS PRACTICADOS POR ORGANIZACIONES CRIMINALES	58
3.1. Consideraciones iniciales sobre la colaboración procesal del imputado	58
3.2. La colaboración del coimputado en la Convención de Palermo	65
3.3. La figura del coimputado en el sistema penal brasileño	68
3.3.1. Ley n.º 8.072/90 (Ley de los Crímenes atroces)	69

3.3.2. Ley n.º 8.137/90 (Ley de los Crímenes contra el sistema tributario, económico y relaciones de consumo)	71
3.3.3. Ley n.º 9.613/98 (Ley de Blanqueo de capitales)	71
3.3.4. Ley n.º 9.807/99 (Ley de Protección de testigos)	72
3.3.5. Ley n.º 11.343/2006 (Ley de Drogas)	73
3.3.6. Ley n.º 12.850/2013 (Ley del Crimen organizado)	73
3.4. La colaboración procesal en un proceso penal democrático y garantista: críticas principales a su uso en Brasil	76
3.4.1. La ausencia de eticidad de la colaboración procesal	77
3.4.2. La violación de principios constitucionales: <i>nemo tenetur se detegere</i> , amplia defensa, igualdad y publicidad	82
3.4.3. La banalización del recurso a la colaboración procesal: infracción de la regla de proporcionalidad	89
3.4.4. El valor probatorio de las declaraciones de los colaboradores	96
CONCLUSIONES	100
BIBLIOGRAFÍA	104

LISTADO DE ABREVIATURAS

ADA	Amigos dos amigos
CV	Comando Vermelho
EUROPOL	European Police Office
OEA	Organización de los Estados Americanos
PCC	Primeiro Comando da Capital
PGC	Primeiro Grupo Catarinense
RBCCrim	Revista Brasileira de Ciências Criminais
RT	Revista do Tribunais
SOCTA	Serious and Organised Crime Threat Assessment
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TC	Terceiro Comando
UNODC	United Nations Office on Drugs and Crime
USP	Universidade de São Paulo

Mudam-se os tempos, mudam-se as vontades
Muda-se o ser, muda-se a confiança,
Todo o mundo é composto de mudança
Tomando sempre novas qualidades.

[...]

Luis de Camões

INTRODUCCIÓN

En el actual contexto de reconocida expansión de las actividades delictivas de las organizaciones criminales alrededor del mundo, los Estados buscan instrumentos jurídicos que puedan ser efectivos para la investigación y el enjuiciamiento de esta diferenciada especie de criminalidad, considerando la aparente inadecuación e insuficiencia de los medios tradicionales.

Teniendo en cuenta esta situación fáctica, es cada vez mas frecuente el uso del derecho premial, y especialmente de la colaboración del coimputado, para hacer frente a la delincuencia organizada. El Estado, pues, concede beneficios penales, procesales y penitenciarios a los coimputados a cambio de un efectivo auxilio a las autoridades, como informaciones sobre los integrantes de la organización, sus actividades, fuentes de recursos económicos y formas de blanqueo de valores, etc.

La preocupación cuanto a la necesidad de un refuerzo investigativo en relación a la criminalidad organizada se refleja en las Convenciones de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional (Palermo) y contra la Corrupción (Mérida), que atribuyen una posición destacada al instituto de la colaboración procesal del coimputado, estimulando incluso a los Estados Parte a que utilicen este instrumento.

Esa realidad, evidentemente, no ha pasado desapercibida en Brasil, donde es ingente la actuación de numerosas organizaciones criminales, muchas de ellas extremadamente violentas –especialmente las dedicadas al tráfico de drogas, al robo de vehículos y cargas, y a asaltos a bancos, que se utilizan de armamentos modernos para mantener su territorio, su poder y sus negocios–, y otras de naturaleza más sofisticada, dirigidas ante todo a la criminalidad no violenta pero muy lucrativa, como la malversación de recursos públicos, las fraudes a licitaciones y a contratos administrativos, las fraudes fiscales, los delitos ambientales y urbanísticos, las grandes estafas, etc.

Así, bien antes de la Convención de Palermo, Brasil ya incluía en su legislación la concesión de beneficios a los imputados que colaborasen en el esclarecimiento de delitos graves, como por ejemplo extorsiones mediante secuestro o crímenes practicados por asociaciones ilícitas. Actualmente, la legislación brasileña es muy

pródiga al tratar de la concesión de premios a colaboradores, existiendo un manifiesto riesgo de banalización del instituto.

Pero si la colaboración del coimputado representa un innegable refuerzo investigativo en relación a la criminalidad grave y organizada, no se puede perder de vista el eterno dilema del proceso penal, en que el aumento de la eficacia del sistema represivo importa, en la casi totalidad de los casos, una disminución de las garantías de los ciudadanos.

Así, la discusión sobre la colaboración del coimputado se ubica justamente entre dos polos permanentemente en tensión: la eficacia del sistema represivo estatal, especialmente ante delitos graves que lesionan bienes jurídicos de gran relevancia de un lado y, de otro, la necesidad de preservar y proteger los derechos fundamentales y las garantías de los ciudadanos imputados contra intervenciones excesivas y no razonables del Estado.

La permanente tensión entre eficacia y garantía, además de ser uno de los asuntos más fascinantes del Derecho Procesal, ha sido uno de los más importantes objetos de investigación en el ámbito del proceso penal contemporáneo, y es evidente la dificultad de se llegar a un punto de equilibrio entre los dos extremos.

En cuanto a la colaboración del coimputado en Brasil, objeto de la presente investigación, su utilización en la práctica forense lleva más de tres décadas. Es aún necesario, no obstante, el establecimiento de parámetros adecuados para su aplicación, de manera que se evite su vulgarización y la violación desproporcionada de las garantías de los individuos, especialmente ante la profusión de leyes tratando del tema.

La *novel* Ley del Crimen organizado (Ley n.º 12.850/2013), que finalmente disciplinó de manera más minuciosa y adecuada el instituto de la colaboración procesal, puede representar la oportunidad de atribuir a este importante refuerzo investigativo rasgos más garantistas en la *praxis* judicial brasileña.

De esta forma, tratándose de un tema relevante y actual, el objetivo de la presente investigación es analizar la colaboración procesal del coimputado como instrumento de investigación de la criminalidad organizada en Brasil.

Así, en el Capítulo I se analiza el fenómeno del crimen organizado y el riesgo que representa a los Estados de Derecho contemporáneos; son indicadas las principales características que distinguen la delincuencia organizada de la criminalidad tradicional y presentadas las definiciones de organización criminal en la Convención Palermo y en el ordenamiento jurídico brasileño. Son también reseñadas las principales críticas y objeciones opuestas al uso de la categoría jurídica del “crimen organizado”, con destaque para su invocación exagerada y sin criterios, que sirva de justificación para la aprobación de medidas autoritarias.

El Capítulo II trata del deber estatal de investigación de las actividades del crimen organizado como imposición de la necesaria tutela del derecho fundamental a la seguridad. Para tanto, es señalado el fundamental papel del Estado democrático de Derecho como concretizador de los derechos fundamentales, y no apenas como una amenaza a tales derechos. Es aún afirmada la idea que el principio constitucional de la proporcionalidad tiene una doble cara: además de la conocida prohibición de exceso, representa también un mandamiento dirigido al Estado para que proteja de manera suficiente a los derechos fundamentales, de donde brota la noción de los deberes estatales de tutela. Ese Capítulo trata también de la delicada búsqueda de equilibrio entre la eficacia del sistema de represión penal y la protección de las garantías de los ciudadanos, o entre el exceso en la actuación estatal y su insuficiencia.

El Capítulo III versa específicamente sobre la colaboración procesal del coimputado como instrumento de refuerzo investigativo ante las actividades de las organizaciones criminales. Son realizadas algunas consideraciones sobre la colaboración procesal en ordenamientos jurídicos extranjeros, así como sobre el tratamiento del tema en la Convención de Palermo, del año 2000. A continuación, es presentada la legislación brasileña que versa sobre el tema, con especial atención para la nueva Ley del Crimen Organizado. Son también presentadas las principales críticas lanzadas contra el instituto en el ámbito de un proceso penal que se pretende garantista y democrático.

Finalmente, el trabajo termina con la exposición de las conclusiones alcanzadas en esta investigación.

CAPÍTULO I

EL CRIMEN ORGANIZADO COMO DESAFÍO A LOS ESTADOS DE DERECHO CONTEMPORÁNEOS

1.1. Consideraciones preliminares.

El crecimiento, fortalecimiento y expansión de las actividades delictivas del crimen organizado en las últimas décadas es un fenómeno que no ha pasado inadvertido a las diferentes naciones, pues las organizaciones criminales se han convertido en un desafío sin precedentes para el Estado y la sociedad¹.

En efecto, como señala CHOCLÁN MONTALVO, el Derecho Penal moderno ha asistido a “la evolución de una criminalidad asociada a la marginalidad del individuo (*lower class crime*) hacia una criminalidad desarrollada por estructuras de corte empresarial (la llamada criminalidad de empresa)”².

De acuerdo con estimativa realizada en el año 2012 por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), los ingresos anuales de las redes del crimen organizado son estimados en 870 mil millones de dólares. Esos ingresos pueden ser comparables a 1,5% del Producto Interior Bruto mundial, o a 7% de las exportaciones mundiales de mercancías³.

Evidentemente que, en razón de la naturaleza de las actividades a que se dedican las organizaciones criminales, las informaciones relativas a la cantidad de activos que mueven no pueden ser más precisas, pero la estimativa citada ofrece una noción razonable acerca de la magnitud del problema a que se enfrenta.

¹ ANARTE BORRALLLO, Enrique. *Conjeturas sobre la criminalidad organizada*. En: FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos y ANARTE BORRALLLO, Enrique (Coord.). “Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos”. Huelva: Universidad de Huelva, 1999, p. 13.

² CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *La organización criminal. Tratamiento penal y procesal*. Madrid: Dykinson, 2000, p. 1.

³ Datos disponibles en: <http://www.unodc.org/lpo-brazil/es/frontpage/2012/07/16-unodc-lanca-campanha-global-sobre-crime-organizado-transnacional.html>. Consulta en 8 de julio de 2014.

Las enormes ganancias obtenidas por las organizaciones criminales suelen ser reinvertidas en actividades ilícitas (potenciando la actuación de las organizaciones), o utilizadas para corromper agentes públicos (garantizando protección, tratamiento más favorable en contrataciones públicas o facilidades para obtención de licencias, lo que, en último análisis, puede generar la deslegitimación del régimen democrático), o blanqueadas e introducidas en el sistema financiero legítimo (desestabilizando el propio sistema).

Afirma SILVA SÁNCHEZ que, en situaciones extremas, los fenómenos como la delincuencia organizada “amenazan con socavar los fundamentos últimos de la sociedad constituida en Estado”⁴.

La necesidad de reaccionar a esta especie diferenciada de criminalidad – por los riesgos que reconocidamente produce - conllevó a la adopción de diversas iniciativas internacionales acerca de la materia, de que son ejemplos las Convenciones de Naciones Unidas contra el Narcotráfico (Viena, 1988), contra el Crimen Organizado (Palermo, 2000) y contra la Corrupción (Mérida, 2003). En todos estos documentos es nítida la preocupación con la expansión de la criminalidad organizada, con sus repercusiones económicas y sociales, así como con su estrecha vinculación con el terrorismo y la corrupción.

Reconociendo la aparente insuficiencia e inadecuación de los medios tradicionales de investigación y persecución, y con el objetivo garantizar una mayor efectividad a la actuación contra las organizaciones criminales, las convenciones citadas también previeron algunos instrumentos diferenciados de investigación y persecución al crimen organizado, los cuales fueran incorporados, en mayor o menor medida, a los distintos ordenamientos jurídicos nacionales que no los preveían⁵ – incluso el instituto de la colaboración procesal del coimputado, objeto principal de este trabajo⁶.

⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 3 ed. ampliada, Madrid: Edisofer, 2011, p. 184.

⁵ Señala BENÍTEZ ORTÚZAR que “en definitiva, dos han sido las principales razones que han llevado a los distintos Estados a plantear nuevas formas de afrontar la delincuencia organizada: la transnacionalidad real y virtual, propia de la globalización económica en la que se desenvuelve la sociedad del siglo XXI acelerada por una tecnología que permite actuar en tiempo real en cualquier economía local en cualquier momento desde cualquier lugar, y una abundancia de medios en la perpetración del delito y perfección en la estructura organizativa, que – en muchos casos – hace inviables e insuficientes las técnicas de investigación

Esta tomada de conciencia cuanto al riesgo representado por la criminalidad organizada, señala CUNHA RODRIGUES, traduce la idea de que ella puede llegar a convertirse en titular de dominio de los mercados, de las economías e de los propios centros de decisión política⁷, exigiendo, pues, que el Estado maneje instrumentos efectivos para hacer frente a este fenómeno, sin descuidar, evidentemente, de la necesidad de preservar los derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos, conquistas innegables de la civilización.

1.2. El crimen organizado como criminalidad de la globalización.

SILVA SÁNCHEZ ha señalado la posible insuficiencia del Derecho Penal clásico para hacer frente a las nuevas formas de criminalidad de la sociedad post-industrial o sociedad del riesgo, advirtiendo para un fenómeno de “expansión del Derecho Penal”. Y uno de los nuevos riesgos de este modelo de sociedad es, en el ámbito de la criminalidad intencional, justamente la delincuencia organizada⁸.

En este sentido, destaca SILVA SÁNCHEZ que la criminalidad de la globalización es la criminalidad *organizada y de los poderosos*, en que además de haber una disociación entre ejecución material directa y responsabilidad, de manera que el resultado pueda aparecer separado tanto en el espacio como en el tiempo de la acción de los responsables más relevantes, también genera efectos de gran magnitud en los ámbitos

tradicionales (BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco. *El colaborador con la justicia. Aspectos sustantivos, procesales y penitenciarios derivados de la conducta del “arrepentido”*. Madrid: Dykinson, 2004, p.14).

⁶ Afirma SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ que “se ha llegado a hablar así del nacimiento de un Derecho Penal ad hoc para la lucha contra el crimen organizado que a las dudas sobre su legitimidad opone criterios de necesidad y eficacia, justificando su excepcionalidad en el carácter desestabilizador del sistema tanto político como económico de este tipo de delincuencia” (SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel. *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*. Madrid: Dykinson, 2008. p. 22).

⁷ CUNHA RODRIGUES. *Os senhores do crime*. Revista Portuguesa de Ciências Criminais, Coimbra, ano 9, ene/mar 1999, p. 19.

⁸ SILVA SÁNCHEZ. Jesús María. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 3 ed. ampliada, Madrid: Edisofer, 2011, *passim*.

económico, político y social; tiene capacidad de desestabilizar mercados y corromper funcionarios y gobernantes⁹.

En efecto, juntamente con las considerables mejoras en las condiciones de vida de las sociedades, la globalización (con la gradual desaparición de fronteras nacionales, la tendencia a la libre circulación de personas, de productos y de capitales, el gran desarrollo de los medios de comunicación y de transporte que han acortando distancias y transformado el mundo en una verdadera aldea global, como afirmaba Herbert Marshal McLuhan) también ha agravado las características de algunos importantes fenómenos delictivos, sobretodo de la criminalidad organizada, que en nuestros días presenta manifestaciones particularmente insidiosas y violentas, puesto que igualmente disfruta de los recursos relativos al desarrollo tecnológico de las sociedades¹⁰.

Las organizaciones criminales, así, se han profesionalizado y internacionalizado, adaptando su actividad a las características de las normas de seguridad y control de cada Estado, y centrando su interés, muchas veces, en las actividades menos controladas y más lucrativas, de manera a optimizar sus rendimientos y minimizar los riesgos¹¹. Es posible decir, pues, que la criminalidad moderna – así como las empresas de actuación lícita – se organiza de acuerdo con la lógica de la globalización, actuando con base en las reglas económicas de reducción del riesgo, especialización y penetración en nuevos mercado¹².

Por eso enfatiza ZUÑIGA RODRÍGUEZ que “el *delito global* se expresa fundamentalmente en la criminalidad organizada”. Y añade que “el tráfico de armas, el tráfico de menores, el tráfico de mujeres, el tráfico de drogas, el tráfico de órganos

⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 3 ed. ampliada, Madrid: Edisofer, 2011, pp. 90/91. Destacando la diferencia de la criminalidad de la globalización, señala Callegari que hubo un incremento *cuantitativo* en la forma de comisión de delitos, con la práctica de crímenes más complejos o “no tradicionales” (CALLEGARI, André Luis. *Controle social e criminalidade organizada*. En: CALLEGARI, André Luis (Org.). “Crime organizado. Tipicidade, política criminal, investigação e processo. Brasil, Espanha e Colômbia.” Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 14).

¹⁰ CHIAVARIO, Mario. *Direitos humanos, processo penal e criminalidade organizada*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 5, enero 2004, p. 26.

¹¹ CASTRESANA FERNÁNDEZ, Carlos. *Corrupción, globalización y delincuencia organizada*. En: RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás y FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. (Coord.), “La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar”. Salamanca: Ratio Legis, 2004, p.214.

¹² CUNHA RODRIGUES. *Os senhores do crime*. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, ano 9, jan/mar. 1999, p. 12.

humanos, el tráfico de mano de obra, el blanqueo de dinero, son todas formas de criminalidad que tienen por característica común, utilizar (o mejor sería decir, explotar) los tejidos del comercio internacional para lograr ganancias ilícitas, las cuales se acrecientan en la medida que tienen que corromper las relaciones legales, buscar la impunidad, asociarse con las empresas lícitas. Existe pues una correspondencia entre aumento de las ganancias (ilícitas) con la corrupción de las relaciones económicas y políticas lícitas”¹³.

Europol¹⁴ estima que en la Unión Europea existe una casi increíble cantidad de 3600 grupos internacionales de crimen organizado activos, de los cuales aproximadamente 30% se dedican a más de un área delictiva, y que 70% de ellos están integrados por miembros de múltiples nacionalidades¹⁵.

Los análisis de Europol también indican que los grupos de delincuencia organizada adoptan estructuras jerárquicas más flexibles o un modelo de liderazgo compartido, de manera a mejor alcanzar sus objetivos y a dificultar eventuales investigaciones. Además, se percibió una estructuración en red (*network*) y un aumento del nivel de cooperación internacional entre organizaciones criminales; los grupos mayores y más organizados suelen subcontratar a grupos menores para determinadas actividades, así como los grupos más especializados ofrecen sus servicios a otras organizaciones que los

¹³ ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Criminalidad organizada y sistema de Derecho Penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*. Granada: Comares, 2009, p. 62.

¹⁴ La creación de Europol, como consecuencia de la percepción del carácter transnacional de esta nueva criminalidad, fue una de las más importantes decisiones adoptadas para reaccionar a la delincuencia organizada, como destacan JAIME-JIMÉNEZ y CASTRO MORAL. Esta agencia, cuyo convenio constitutivo fue firmado en julio 1995 y entró en vigor en octubre de 1999, desarrolla actividades de apoyo en investigaciones en el ámbito de la criminalidad transnacional organizada; no posee funciones operativas, sino que realiza trabajos de análisis e inteligencia. Europol elabora anualmente un informe denominado SOCTA (*EU Serious and Organised Crime Threat Assessment*), a partir de datos proporcionados por los Estados miembros de la UE, con la finalidad de ofrecer un documento de análisis que contribuya para el establecimiento de estrategias de actuación de los Estados y de la UE (JAIME-JIMÉNEZ, Oscar y CASTRO MORAL, Lorenzo. *La criminalidad organizada en la Unión Europea. Estado de la cuestión y respuestas institucionales*. Revista CIDOB d'Anfers Internacional, n. 91, 2010).

¹⁵ EUROPEAN POLICE OFFICE. *Europol SOCTA 2013 – EU Serious and Organised Crime Threat Assessment*. Disponible en: <https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/publications/socta2013.pdf>. Consulta en 8 de julio de 2014. Para que sea calificado como organización criminal, de acuerdo con los criterios definidos por Europol un grupo debe presentar todas las siguientes características: a) debe existir la colaboración de dos o más personas; b) la actuación del grupo debe ser prolongada o indefinida; c) debe se dedicar a la práctica de delitos graves; d) debe tener por finalidad la búsqueda de beneficios o poder. Además de eso, debe cumplir con al menos dos de las siguientes características: 1) reparto específico de tareas; 2) uso de algún tipo de disciplina o control interno; 3) extensión de la actividad al ámbito internacional; 4) uso de la violencia; 5) uso de estructuras económicas o comerciales; 6) implicación en el blanqueo de capitales; 7) corrupción de políticos, medios de comunicación, administración pública, autoridades judiciales o sobre la actividad económica.

necesitan¹⁶. De esta manera, la criminalidad organizada consolida su influencia y se establece en distintos mercados¹⁷.

Suprema señal de adaptación a la globalización, las organizaciones criminales, como destacan JAIME-JIMÉNEZ y CASTRO MORAL, además de incrementar su grado de sofisticación y proyección, desarrollan incluso modelos de franquicia criminales¹⁸.

Como ya hemos reseñado, la delincuencia organizada es un fenómeno global¹⁹, y España, por su situación estratégica, es especialmente afectada por ella. En efecto, debido a los vínculos culturales y lingüísticos que garantizan una relación privilegiada con Latinoamérica, así como a la proximidad con África (cuya ruta de transporte de cocaína tiene una importancia creciente), España es sede o área de actuación de numerosas organizaciones criminales, como reconocen diversos estudios²⁰.

De acuerdo con el *Informe de Situación – El crimen organizado: Balance 2012 y Avance Enero-Mayo 2013*, publicado por el Ministerio de Interior de España, fueron identificados 482 grupos de crimen organizado actuando en el país en 2012. Tales asociaciones se dedicaban prioritariamente al tráfico de cocaína y hachís, al robo con fuerza y a la estafa, además de al blanqueo de dinero y la falsificación de documentos. El referido informe también refleja la actuación estatal frente a estos grupos, destacando que solamente

¹⁶ EUROPEAN POLICE OFFICE. *Europol SOCTA 2013 – EU Serious and Organised Crime Threat Assessment*. Disponible en: <https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/publications/socta2013.pdf>. Consulta en 8 de julio de 2014.

¹⁷ Afirman diversos jueces y fiscales europeos, en documento llamado Manifiesto de Ginebra: “Consejo de Europa, Convenio de Roma, Acuerdos de Schengen, Tratado de Maastricht: a la sombra de esa Europa en construcción, visible, oficial e respetuosa, se esconde otra Europa, más discreta, menos confesable. Es la Europa de los paraísos fiscales que prospera sin vergüenza merced a los capitales a los que presta refugio complaciente. Es también la Europa de los espacios financieros y de las entidades bancarias, donde el secreto se convierte con mucha frecuencia en coartada y tapadera. Esta Europa de las cuentas anónimas y del lavado de dinero se utiliza para reciclar los beneficios de la droga, del terrorismo, de la secta, de la corrupción y de las actividades mafiosas. Los circuitos ocultos, ocupados por las organizaciones criminales, se desarrollan cuando se incrementan los intercambios financieros internacionales, y las empresas multiplican sus actividades, o cuando trasladan sus domicilios fiscales fuera de las fronteras nacionales [...]” (RUYMBEKE, Renaud van, *et. al*, *Manifiesto de Ginebra*. “Jueces para la Democracia”, n. 27, año 1996, p. 96).

¹⁸ JAIME-JIMÉNEZ, Oscar y CASTRO MORAL, Lorenzo. *La criminalidad organizada en la Unión Europea. Estado de la cuestión y respuestas institucionales*. Revista CIDOB d’Anfers Internacional, n. 91, 2010, p. 178.

¹⁹ Sobre las amenazas del crimen organizado en las diversas regiones del mundo, ver los informes elaborados por la Oficina de las Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito, disponibles en <http://www.unodc.org>.

²⁰ ROPERO CARRASCO, Julia. *¿Protección social versus garantismo?: excesos y defectos en el tratamiento jurídico penal de la delincuencia organizada*. En: CUERDA RIEZU, Antonio (Coord.). “Las tensiones entre la criminalidad internacional y las garantías propias de un Estado de Derecho en un mundo globalizado”. Madrid: Dykinson, 2008, p. 283.

en el año 2012 fueran incautados de las organizaciones criminales 1670 vehículos, 118 embarcaciones, 2 aeronaves, 427 inmuebles y 44 millones de euros²¹.

En el ámbito del continente americano, señala el informe *La Seguridad Pública en las Américas: Retos y Oportunidades*, elaborado por la OEA, que la criminalidad organizada es un fenómeno de extrema gravedad, y es reconocidamente vinculado al tráfico de drogas, al lavado de activos, al tráfico de armas, a la trata de personas y a los secuestros. Su fuerza es tal que el informe destaca la existencia de “reductos de impunidad” en algunos países de la región, en los cuales el poder del Estado es sustituido por el poder y la influencia de los grupos criminales²².

Los desafíos para el enfrentamiento a la criminalidad organizada en América – y especialmente en Latinoamérica, claro – son múltiples, como indicado por el informe de OEA. Las dificultades para la obtención de las pruebas necesarias para fundamentar una acusación y enjuiciar a los supuestos responsables son enormes, en razón, muchas veces, del poder económico de las organizaciones criminales y en otras tantas oportunidades por la simple falta de capacidades científicas y técnicas especializadas del Estado para obtener pruebas útiles y legítimas. A todo eso se debe añadir el evidente miedo que las víctimas y testigos de crímenes sienten de las organizaciones y que los impide (debido a la ausencia de programas adecuados de protección) de declarar contra los imputados²³.

En Brasil la realidad no es en nada distinta de lo ya expuesto. Actúan en el país hoy día diversas conocidas y grandes organizaciones criminales, de que son ejemplos el “Primeiro Comando da Capital” (PCC), el “Comando Vermelho” (CV), los “Amigos dos Amigos” (ADA), el “Terceiro Comando” (TC), el “Primeiro Grupo Catarinense” (PGC), y muchas otras. Estas organizaciones, que de acuerdo con GODOY, se aproximan actualmente de estructuras pre-mafiosas²⁴, suelen controlar el tráfico de drogas en sus áreas de actuación,

²¹ MINISTERIO DEL INTERIOR DE ESPAÑA. *Informe de Situación - El crimen organizado: balance 2012 y avance enero-mayo 2013*. Disponible en <http://portal.protecuri.org/wp-content/uploads/2013/08/BALANCE-2012-CRIMEN-ORGANIZADO.pdf>. Consulta en 8 de julio de 2014.

²² ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *La seguridad pública en las Américas: retos y oportunidades*. 2 ed., Washington, DC: Secretaria General OEA, 2008, p. 13.

²³ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Op. cit.*, p. 18.

²⁴ GODOY, Luiz Roberto Ungaretti de. *Crime organizado e seu tratamento jurídico penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 97. Y de acuerdo con el autor, las organizaciones brasileñas se fortalecen a través de contacto con organizaciones extranjeras, como por ejemplo el intercambio de correspondencia entre uno de

incluso desde el interior de la cárcel (donde están la mayor parte de sus líderes), además de se dedicaren a robos a banco y a cajeros automáticos y a otros delitos violentos²⁵. Como las organizaciones criminales controlan incluso el interior de las prisiones, existe una casi obligatoriedad de que los presos se afilien a alguna organización para obtener protección y evitar agresiones o extorsiones, de manera que la delincuencia organizada garantiza el crecimiento de su número de integrantes.

En más de una oportunidad, organizaciones criminales brasileñas pusieron en pánico a la población de grandes ciudades a través de la promoción de graves actos de desorden pública (como incendios a autobuses, ataques a oficinas de policía...), con el objetivo de demostrar su poder²⁶.

Y de acuerdo con investigación realizada por el Ministerio Público de São Paulo, el “Primeiro Comando da Capital” (PCC), probablemente la mayor organización en actividad en el país, con actuación en diversos Estados brasileños, además de en Paraguay, Bolivia y Portugal²⁷, tenía planes de ingresar en la política, presentando candidatos al Congreso y a las alcaldías. Según la investigación, el PCC tiene aproximadamente 6.000 integrantes en la cárcel y otros 1.600 en libertad, solamente en el Estado de São Paulo²⁸.

los fundadores del PCC, Mizael Aparecido da Silva, y los hermanos camorristas Renato y Bruno Corsi, que fueran arrestados en Brasil y extraditados a Italia (p. 105).

²⁵ Además de los delitos ya referidos, es creciente en Brasil el tráfico de personas, especialmente de origen haitiana y africana, a través de la frontera de Amazonia. Las organizaciones que controlan este tráfico de personas, integradas por brasileños, peruanos y bolivianos, suelen cobrar aproximadamente US\$ 4.000,00 por el trayecto desde Haití hacia Brasil, lo que equivale a varios meses de trabajo de toda una familia de personas transportadas ilegalmente. Durante el trayecto, los “inmigrantes” son mantenidos en condiciones subhumanas, sus pasaportes son generalmente retenidos hasta el pago de la deuda, y la práctica evidentemente presupone la corrupción de los agentes públicos que trabajan en la frontera. (FERRAZ, Lucas; PRADO, Avener. *Rede de ‘coiotes’ controla tráfico de haitianos ao país*. “Folha de São Paulo”, 27 de mayo de 2014. Disponible en: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/05/1460493-rede-de-coiotes-controla-trafico-de-haitianos-ao-pais.shtml>. Consulta en 8 de julio de 2014).

²⁶ BARÓN, Francho. *Río o la guerra sin cuartel*. “El País”, 19 de octubre de 2009. Disponible en http://internacional.elpais.com/internacional/2009/10/19/actualidad/1255903203_850215.html. Consulta en 8 de julio de 2014.

²⁷ GODOY, Luiz Roberto Ungaretti de. *Crime organizado e seu tratamento jurídico penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 111.

²⁸ ARIAS, Juan. *Una organización criminal brasileña pretendía entrar en la política*. “El País”, 11 de octubre de 2013. Disponible en http://internacional.elpais.com/internacional/2013/10/11/actualidad/1381496425_488152.html. Consulta en 8 de julio de 2014. El periódico aún afirma, citando al diario “Estado de São Paulo”, que la facturación anual del PCC sería de unos 60 millones de dólares, lo que colocaría la organización entre las 1.150 mayores empresas del país.

En Brasil, especialmente en Rio de Janeiro, actúan también las llamadas “milicias”, grupos organizados integrados por policías o ex policías que dominan determinadas regiones con el objetivo declarado de mantener alejados a los responsables por el tráfico de drogas. Las “milicias”, sin embargo, practican extorsiones contra la población y actúan con extrema violencia.

Pero además de esa criminalidad de naturaleza más violenta, actúa en Brasil una fuerte delincuencia organizada de cuello blanco, especialmente orientada a la práctica de actos de corrupción. En efecto, investigaciones de la Policía Federal y del Ministerio Público, y muchas veces también de la prensa, demuestran la existencia de numerosos grupos organizados integrados por funcionarios públicos y particulares actuando junto a las administraciones públicas, con el objetivo de malversar recursos del erario y enriquecerse ilícitamente. Considerando que la criminalidad organizada desarrolla sus actividades en los sectores en que puede obtener mayores ganancias con los menores riesgos, no es de extrañar la preferencia por actuar muy cerca de las administraciones públicas – por el modelo de Estado brasileño, las administraciones mueven inmensas cantidades de dinero, los instrumentos de control son muy débiles, y la impunidad es reconocidamente alta, especialmente en relación a agentes públicos de alto rango.

Esta criminalidad de la globalización, más estructurada y sofisticada, muchas veces transnacional, financieramente más fuerte, capaz de causar daños considerables a bienes jurídicos supraindividuales, y que maneja con desenvoltura modernos mecanismos para garantizar la impunidad por su conducta y disfrutar las ganancias obtenidas en la actividad ilícita, representa un verdadero desafío a la capacidad de reacción de los Estados contemporáneos.

1.3. Características distintivas de las organizaciones criminales.

Son bien conocidas las dificultades de definir y explicar la criminalidad organizada, al punto a que BLAKESLEY afirma que abordar el fenómeno es como “intentar agarrar un resbaladizo pez vivo”²⁹.

Sin embargo, es posible decir que la nota distintiva fundamental del crimen organizado es, evidentemente, la *organización*. De hecho, una organización criminal no es solamente la suma de algunos individuos, sino que presupone una determinada estructura, una ordenación, destinada a la realización de determinados objetivos preestablecidos (aún que el tipo de estructura pueda variar en cada organización)³⁰.

De acuerdo con ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, las organizaciones en general tienen sus elementos propios, los cuales también estarían presentes en las organizaciones criminales. Serían ellos: la determinación de los objetivos comunes; la división de trabajo, realizada de manera a mejor alcanzar los objetivos; la estructura, es decir, además de la división del trabajo, el intuito de permanencia de la agrupación (lo que lo distingue de la simple coautoría); la existencia de códigos de conducta comunes; un sistema de toma de decisiones, que inicialmente correspondía a una estructura jerárquica piramidal, pero que actualmente, por la mayor complejidad de las organizaciones, puede representar una estructura en red; la cohesión de las relaciones entre los miembros; y la tendencia a la autoconservación³¹.

²⁹ BLAKESLEY, Christopher. *El sistema penal frente al reto del crimen organizado*. Apud: VELÉZ RODRIGUEZ, Luis Andrés. “La lucha contra el crimen organizado como dilema para el Estado de Derecho. Aproximaciones a una alternativa.” *Revista Jurídica*, Universidad de Caldas, Manizales, vol. 5, n.º 2, jul/dic. 2008, p. 94.

³⁰ ABADINSKY destaca la existencia de al menos dos modelos distintos: el modelo *burocrático o corporativo*, caracterizado por una jerarquía compleja, clara división de trabajo, distribución de actividades de acuerdo con las habilidades individuales y comunicaciones directas de los ocupantes de alto rango con los individuos de nivel más bajo; y el modelo de *red*, con una estructura descentralizada (ABADINSKY, Howard. *Organized crime*. 9 ed., Belmonte: Wadsworth, 2010, p. 10/14). En sentido contrario, exigiendo una estructura jerárquica para caracterizar una organización criminal de acuerdo con el tipo penal español, véase FARALDO CABANA, Patricia. *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código Penal español*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 65.

³¹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Criminalidad organizada y sistema de Derecho Penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*. Granada: Comares, 2009, p. 128/132.

Resalta ROPERO CARRASCO que la “organización” en la actividad criminal por si sola ya significa un aumento de la lesividad social, pues posibilita una mayor eficacia y una mayor impunidad en la actuación ilícita, además de que la estructuración de organizaciones criminales actuando como verdaderas empresas las convierte en una especie de tronco del que van se extendiendo ramas de actividades delictivas derivadas, incluso delitos de apoyo como el blanqueo de dinero y la corrupción. Y complementa: “*la mayor gravedad [del crimen organizado] se explica por un mayor número de ataques y una mayor perturbación en la convivencia social (derivada de la suma del número mayor de actividades y de las dificultades de persecución)*”³².

Y además de una estructura ordenada, otro rasgo fundamental del crimen organizado es la finalidad de obtención de beneficios económicos. Este elemento permite hacer la distinción del crimen organizado de otros fenómenos criminales que son movidos por intereses de otra naturaleza, como en terrorismo o las organizaciones racistas³³.

Para la obtención de beneficios económicos, las organizaciones criminales se dedican a las más diferentes actividades. Absolutamente pertinente, pues, la afirmación de Zúñiga Rodríguez de que “*la criminalidad organizada no se define por los delitos que comete sino por cómo los realiza*”³⁴. Eso pone en evidencia las dos características esenciales del fenómeno: *la organización* (la manera de realizar los delitos) y *la finalidad económica* (la organizaciones se dedican a las actividades más lucrativas posibles).

Considerando esta finalidad de obtener beneficios económicos, se puede afirmar que las organizaciones criminales se dedican fundamentalmente (pero no en carácter exclusivo) a la provisión y suministro de bienes o servicios ilegales como, por ejemplo, el tráfico de drogas, la trata de personas, la prostitución, el juego ilícito, la venta

³² ROPERO CARRASCO, Julia. *¿Protección social versus garantismo?: excesos y defectos en el tratamiento jurídico penal de la delincuencia organizada*. En: CUERDA RIEZU, Antonio (Coord.). “Las tensiones entre la criminalidad internacional y las garantías propias de un Estado de Derecho en un mundo globalizado”. Madrid: Dykinson, 2008, pp. 315/316.

³³ MEDINA ARIZA, Juan J. *Una introducción al estudio criminológico del crimen organizado*. En: FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos y ANARTE BORRALLA, Enrique (Coord.). “Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos”. Huelva: Universidad de Huelva, 1999, p. 112.

³⁴ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*. Granada: Comares, 2009, p. 126. En este mismo sentido, afirman CORTE IBÁÑEZ y GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS que “el crimen organizado no es un tipo de delito en particular, sino una forma de cometer delitos (en plural)” (*Crimen.org. Evolución y claves de la delincuencia organizada*. Barcelona: Ariel, 2010, p. 19).

de objetos obtenidos de manera ilícita, como coches de lujo y obras de arte, la provisión de protección privada (que generalmente no es otra cosa que una especie de extorsión)³⁵, o aún a la infiltración en negocios lícitos a través del pago de sobornos en cambio de tratamiento preferencial, o mediante el uso de violencia y amenazas³⁶.

Sin embargo, también existen organizaciones criminales dedicadas a practicar delitos de cuello blanco, como grandes fraudes fiscales, o fraudes para la adjudicación de contratos públicos³⁷. De hecho, como destaca FOFFANI, existe una verdadera ósmosis sustancial entre la criminalidad organizada y la criminalidad económica, en el sentido de que “la criminalidad organizada es por naturaleza económica, y de que la criminalidad económica es cada vez más organizada”³⁸. La percepción de este fenómeno debilita considerablemente las afirmativas de que la categoría del crimen organizado sería solamente utilizada por el Estado para perseguir a los desfavorecidos económicamente.

De lo expuesto, parece adecuado decir, juntamente con SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, que los trazos más característicos y fundamentales de las organizaciones criminales son: la adopción de una estructura compleja, la orientación a la comisión de delitos graves y la búsqueda de beneficio o poder como objetivo³⁹.

A esas características fundamentales y distintivas, se puede añadir otras, evidentemente, como por ejemplo el uso de corrupción y/o violencia. El pago de sobornos a funcionarios públicos o políticos puede responder a la necesidad de protección de la organización, así como puede ser utilizado para garantizar nuevas oportunidades de negocios. La intimidación o violencia son también utilizadas para garantizar la continuidad de las actividades criminales, pero, como destaca VIOLANTE, “el instrumento principal de la mafia y de las demás organizaciones criminales no es la violencia, es la corrupción. [...]La violencia, para las grandes organizaciones criminales, ha quedado reducida a una especie de

³⁵ CORTE IBAÑEZ, Luis de la; GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, Andrea. *Crimen.org. Evolución y claves de la delincuencia organizada*. Barcelona: Ariel, 2010, p. 24.

³⁶ ALBANESE, Jay S. *Organized crime in our times*. 5 ed., Newark: NexisLexis, 2007, pp. 69/70.

³⁷ Destaca ZÚÑIGA RODRÍGUEZ que “identificar crimen organizado con drogas, sirve de ‘cortina de humo’ frente a la gran criminalidad de cuello blanco aneja” (ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Criminalidad organizada y sistema de Derecho Penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*. Granada: Comares, 2009, p. 208).

³⁸ FOFFANI, Luigi. *Criminalidad económica y criminalidad organizada*. Revista Penal, n. 7, 2001, p. 56.

³⁹ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel. *La Criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*. Madrid: Dykinson, 2008, pp. 39/41.

ultima ratio, porque sus efectos son visibles desde el exterior, alarma a la opinión pública y obliga a las autoridades públicas a reaccionar con dureza. La corrupción, por el contrario, es por naturaleza propia silenciosa, favorece la mimetización, permite conseguir el objetivo deseado con menores riesgos y mina las instituciones desde su interior”⁴⁰.

Además, la criminalidad organizada suele mezclar sus actividades ilegales con negocios legales. De un lado, la propiedad de empresas dedicadas también a negocios lícitos permite justificar el ingreso de valores originarios de actividades delictivas, y responde a la necesidad de blanquear esos recursos. La apariencia de ciudadano dedicado al mundo de los negocios también conviene a los integrantes de organizaciones criminales, pues concede status social, dificulta eventuales investigaciones de órganos de control y, *ultima ratio*, puede generar nuevas oportunidades para transacciones ilícitas⁴¹.

Numerosas son, pues, las ventajas de la actuación criminal a través de una organización criminal, como destaca ABADINSKY. Las organizaciones tienen condiciones de practicar crímenes de mayor variedad y en mayor escala que la criminalidad convencional, y eso también porque los integrantes de una organización están en posición de hacer transacciones que los criminales sin afiliación no pueden hacer; además, pertenecer a una organización garantiza una “reputación” y permite la creación de *networking*, circunstancias que, sin lugar a dudas, pueden ser muy ventajosas⁴².

Y como afirma ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, la criminalidad organizada genera mayores riesgos sociales por la existencia de una estructura preparada para la práctica de delitos graves, proporcionando medios materiales, técnicos y personales para llevarlos a cabo, de manera a disminuir las posibilidades de defensa de las víctimas, y a dificultar las investigaciones. Además, la sofisticación de las asociaciones crea especialización, profesionalización y expansión de las actividades criminales, de manera a que se tornen más efectivas en la obtención de sus finalidades. La actuación en grupo de carácter estable y permanente reduce los factores de inhibición del comportamiento individual y diluye la responsabilidad, ya que nadie se siente responsable por la totalidad de los hechos cometidos.

⁴⁰ VIOLANTE, *Introduzione. I primi passi della nuova strategia*. Apud FOFFANI, Luigi. *Criminalidad económica y criminalidad organizada*. Revista Penal, n. 7, 2001, pp. 59/60.

⁴¹ CORTE IBAÑEZ, Luis de la; GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, Andrea. *Crimen.org. Evolución y claves de la delincuencia organizada*. Barcelona: Ariel, 2010, p. 25.

⁴² ABADINSKY, Howard. *Organized crime*. 9 ed., Belmonte: Wadsworth, 2010, p. 1.

Por fin, la actuación en ámbito transnacional y la búsqueda de paraísos legales dificulta sobremanera la apuración de los crimines, incluso por la ausencia de coordinación de los órganos de investigación y persecución⁴³.

Es posible percibir, pues, que la criminalidad organizada representa un fenómeno concreto, sustancialmente más difícil de ser perseguido por el Estado que la criminalidad tradicional, importando, además, en mayores riesgos a los ciudadanos y al propio Estado.

1.4. Definiciones de “organización criminal” en la Convención de Palermo y en el ordenamiento jurídico brasileño.

Aunque no sea objeto del presente trabajo tratar de las diferentes concepciones y definiciones legales de organización criminal y crimen organizado (de manera que no se va a hacer un relato de la evolución del intento de conceptualizar el crimen organizado), se debe reconocer la importancia de esa discusión, pues las políticas públicas diseñadas para enfrentar a ese fenómeno son orientadas y condicionadas por los elementos constitutivos que se le atribuyen. Evidentemente, es a partir de la elaboración por los ordenamientos jurídicos nacionales del concepto de organización criminal que se puede identificar el ámbito de aplicación de las medidas ideadas de manera específica para hacer frente a esta realidad.

Así, destaca RAMÍREZ MONTES la importancia y la necesidad de fijar un concepto claro de delincuencia organizada, pues alrededor de esta expresión “se ha construido y delineado toda una estructura políticocriminal, la cual se ha manifestado en los más atrevidos avances en materia de persecución y represión”⁴⁴.

⁴³ ZÚÑIGA RODRIGUES, Laura. *Criminalidad organizada y sistema de Derecho Penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*. Granada: Comares, 2009, p. 212.

⁴⁴ RAMÍREZ MONTES, Sandra Patrícia. *Aproximación a un concepto de crimen organizado*. En: RAMÍREZ MONTES, Sandra Patrícia, *et al.*, “Delincuencia organizada y sistema acusatorio”. Bogotá: Fiscalía General de la Nación, 2005, p. 3

Históricamente, una de las grandes dificultades para el estudio de la delincuencia organizada era justamente la ausencia de una definición del fenómeno con mayor grado de aceptación.

Y evidentemente, esa inseguridad respecto a una definición de crimen organizado también generaba problemas a los Estados a la hora de crear políticas para enfrentarlo.

No obstante, esta realidad ha cambiado de manera considerable desde que la Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional, firmada en Palermo en el año 2000, propuso una definición de organización criminal. Evidentemente que la definición propuesta no solventa a todos los problemas existentes en el tema, pero al menos proporciona elementos adecuados que pueden ser utilizados por los Estados signatarios al definir el fenómeno en sus ordenamientos internos.

El art. 2. a) de la Convención establece que por “grupo delictivo organizado” se entenderá un conjunto estructurado de tres o más personas que existe durante cierto tiempo y que actúa concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.

Están presentes en esta definición la idea de organización, estructuración, la actuación concertada del grupo; el número mínimo de integrantes (tres); el aspecto temporal (que exista durante cierto tiempo); el propósito de comisión de delitos graves, y la finalidad de obtención de beneficio económico o de orden material.

Brasil ratificó la Convención de Palermo en el año 2004. Sin embargo, solamente en el año 2013 fue introducido en el ordenamiento jurídico nacional el tipo penal de integrar organización criminal⁴⁵. Y para este fin, la Ley n.º 12.850, de 12 de agosto de

⁴⁵ También España tardó en introducir el delito de integrar organización criminal en su ordenamiento jurídico. El tipo solamente fue creado en el año 2010, cuando la Ley Orgánica 10/2010 insertó los artículos 570 *bis*, *ter* y *quáter* en el Código Penal. El apartado primero del artículo 570 *bis* así define organización criminal en los siguientes términos: “A los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas”. Aunque el concepto español no trate expresamente de la necesidad de una estructura organizada para la configuración del tipo, tal idea se encuentra en la previsión de una repartición de tareas “de manera concertada y coordinada”. Además, también el Código Penal Español difiere de la

2013, definió la figura de la organización criminal de esta forma: Se considera organización criminal la asociación de 4 (cuatro) o más personas estructuralmente ordenada y caracterizada por la división del trabajo, aunque sea de manera informal, con el fin de obtener, directa o indirectamente, una ventaja de cualquier tipo a través de la práctica de delitos cuyas penas máximas sean superiores a 4 (cuatro) años, o que tengan un carácter transnacional⁴⁶.

Como se ha señalado, la definición legal brasileña también pone énfasis en la necesidad de existencia de una estructura organizada y orientada a la comisión de delitos graves o de carácter transnacional. No obstante, el texto legal exige que una organización criminal esté integrada por al menos cuatro personas, mientras que la Convención exige solamente tres personas para la configuración del tipo⁴⁷. Se destaca que esta misma ley reglamenta los medios de investigación del crimen organizado, como por ejemplo las entregas vigiladas, uso de agentes encubiertos, la interceptación de comunicaciones, y, lo que nos interesa para fines de este estudio, la colaboración procesal del coimputado.

1.5. Críticas a la categoría jurídica del “crimen organizado”.

Sin embargo las numerosas iniciativas internacionales (que generan cambios legislativos en las diversas partes del mundo) con la finalidad de prevenir y reaccionar a la actuación de esta especie de criminalidad, subsiste en el pensamiento jurídico un discurso fuertemente crítico con relación al uso de la categoría “crimen organizado”.

De acuerdo con los defensores de este discurso, la “criminalidad organizada” no tendría una existencia real y autónoma, pues no sería en nada distinta de las

Convención cuanto al número mínimo de integrantes de la organización, contentándose con la participación de solamente dos personas.

⁴⁶ Lei 12.850/2013, art. 1º, §1º: *Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.*

⁴⁷ De otro lado, la forma más sencilla de asociación para delinquir, llamada por el Código Penal brasileño de “asociación criminal”, es tipificada en el artículo 288 como la “asociación de tres o más individuos para el fin de cometer crímenes.” Como fácilmente se percibe, la ley no exige, en el caso de la simple asociación criminal, una estructura organizada o el fin de comisión de delitos graves.

figuras penales ya conocidas de la asociación criminal o banda, no mereciendo ningún tratamiento jurídico diverso del dispensado a tales figuras. El “crimen organizado”, pues, sería solamente un concepto creado arbitrariamente, con fuertes componentes xenófobos en su elaboración⁴⁸, dotado de gran fuerza simbólica, y largamente utilizado hoy en día como forma de opresión y persecución de minorías étnicas, territoriales o sociales⁴⁹, o de los desfavorecidos económicamente, bien como para justificar la aprobación de legislación autoritaria, con endurecimiento del sistema represivo a través de la creación de nuevos tipos penales, de la aplicación de sanciones más gravosas, y de la institución de nuevos instrumentos de investigación, restringiendo desproporcionadamente a los derechos y garantías de los ciudadanos y aumentado a los poderes del Estado y de sus órganos de control.

De hecho, para esos estudiosos, el crimen organizado sería un concepto creado a partir de las realidades italiana y norteamericana, y exportado a los demás países a través de convenciones internacionales, con la finalidad de atender a intereses innombrables. De acuerdo con ese discurso, la criminalidad organizada ocuparía el rol simbólico de un “nuevo enemigo”, satisfaciendo, así, a los intereses de políticos – que, con la propuesta de medidas de endurecimiento penal, obtendrían mayor aprobación popular – y de medios de comunicación – que dando especial énfasis a la criminalidad lograrían mayor audiencia y venderían más fácilmente sus productos⁵⁰.

Y se debe reconocer que, a partir del fin de la década de 1980, como destacan PAOLI y FIJNAUT, el crimen organizado fue largamente utilizado por políticos y agencias gubernamentales para justificar reformas penales y procesales, de manera a crear nuevos tipos penales y conceder poderes especiales de investigación a organismos de control. Concluyen los autores referidos que el crimen organizado fue utilizado como una

⁴⁸ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010, p. 79.

⁴⁹ ANARTE BORRALLA, Enrique. *Conjecturas sobre la criminalidad organizada*. En: FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos y ANARTE BORRALLA, Enrique (Coord.). “Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos”. Huelva: Universidad de Huelva, 1999, p. 38.

⁵⁰ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010, p. 77.

especie de sustituto del comunismo, tras la caída del Muro de Berlín; como el nuevo “imperio del mal”⁵¹, simbolizando algo que debe ser combatido con todas las fuerzas.

En Brasil, uno de los más combativos críticos del uso de la categoría jurídico-penal del “crimen organizado” es CIRINO DOS SANTOS, para quien el discurso sobre la criminalidad organizada es solamente un discurso del poder contra determinados enemigos internos; para este autor, defensor de la “criminología radical”, el concepto de crimen organizado fue creado y desarrollado en el *centro* del sistema de poder político y económico globalizado y fue recibido acríticamente en la *periferia* de este sistema⁵².

Tras afirmar que el concepto norteamericano de crimen organizado es, desde el punto de vista de la realidad, un mito, desde el punto de vista de la ciencia, una categoría sin contenido, y desde el punto de vista práctico, una etiqueta innecesaria, CIRINO DOS SANTOS continua a presentar su visión crítica del instituto señalando que él parece cumplir apenas funciones de legitimación del poder, puesto que amplía el poder de la policía (que puede manejar más recursos materiales y humanos) y proporciona más “eficiencia” a la justicia a través de la reducción de complicaciones legales y de la utilización de secretos procesales, por ejemplo. Por fin, añade que la criminalidad organizada ofrece a los políticos un tema de campaña con capacidad para generar votos; a los partidos políticos, la oportunidad de competir por la mejor estrategia contra este mal, y al poder político, el discurso contra las amenazas de este nuevo enemigo de la democracia, que puede justificar restricciones a los principios de legalidad, culpabilidad y otras garantías del debido proceso legal del Estado Democrático de Derecho⁵³.

En igual sentido, destaca ZAFFARONI que el crimen organizado es un “categoría fallida”, y su aplicación representa una criminalización inspirada en una idea vaga, indefinida y carente de un límite cierto, significando una grave lesión del principio de legalidad, fundamento del derecho penal liberal y garantista⁵⁴.

⁵¹ FIJNAUT, Cirille y PAOLI, Letizia. *Organised crime in Europe. Concepts, patterns and control policies in the European Union and beyond*. Dordrecht: Springer. 2004, p. 4/6.

⁵² CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Crime organizado*. Disponible en http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/crime_organizado.pdf. Consulta en 8 de julio de 2014.

⁵³ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Op. Cit.*

⁵⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Il crimine organizzato: una categorizzazione fallida*. En: MOCCIA, Sergio (Org.). “Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. Tra efficienza e garanzia”. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1999, p. 85.

De hecho, el respetado jurista argentino no tiene dudas acerca de la existencia de asociaciones ilícitas, asociaciones para delinquir o bandas, figuras ya antiguas y conocidas en los ordenamientos penales, pero afirma que la existencia de organizaciones criminales – o del “mito mafioso” – como grupos que controlan las actividades ilegales en el mercado es una teoría conspirativa científicamente falsa, sostenida por la media, por la ficción y por el clientelismo político e de la policía⁵⁵.

Y destaca ZAFFARONI diversas posibles consecuencias negativas del uso por el derecho penal de la categoría de crimen organizado, como, por ejemplo, la no punibilidad de los agentes infiltrados y de los “pentiti”, lo que constituiría una grave lesión a la eticidad del Estado; la ampliación de las facultades preventivas de la policía, reduciendo el principio de jurisdicción; limitaciones a las libertades individuales, por las generosas autorizaciones de interceptaciones telefónicas y de correspondencia; restricciones al principio de presunción de inocencia, por el uso común de las prisiones cautelares, etc⁵⁶.

Gran parte de las numerosas críticas que sucintamente hemos expuesto al uso excesivo de la categoría “crimen organizado” en el discurso político y jurídico actual tiene una innegable procedencia. La invocación exagerada de los peligros del crimen organizado es utilizada comúnmente para justificación y aprobación de medidas autoritarias que conllevan a considerables restricciones de derechos fundamentales, generando, de otro lado, grande popularidad para los políticos involucrados en la “lucha contra el crimen”; además, suele ocurrir la vulgarización del uso de instrumentos de investigación y persecución cuyo empleo, por imposiciones de respeto a la proporcionalidad, solamente sería justificable contra la criminalidad grave, lo que, evidentemente, también produce una disminución del espacio de libertad individual.

Efectivamente, el tratamiento conferido por el Estado a la criminalidad organizada, como destaca ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, siempre estuvo muy cerca de la “demonización”, como una lucha contra el “enemigo”, con la edición de leyes penales de emergencia, anticipación de la intervención penal, criminalización de las propias asociaciones criminales organizadas – especies de manifestaciones, pues, del derecho penal de enemigo. Además de eso, concluye la autora, el argumento de una lucha contra un poder

⁵⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Op. cit.* p.91.

⁵⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Op. cit.*, p. 85/91.

externo y extraño es bastante explorado por cumplir el papel importante de cohesionar una sociedad en busca de orden, de seguridades⁵⁷.

No obstante, denunciar el uso abusivo de la categoría del crimen organizado y sus consecuencias, y buscar la restricción de su empleo a los límites garantistas de un Estado Democrático de Derecho es cosa muy distinta de defender la inexistencia del crimen organizado como fenómeno autónomo, o reducir las actuales organizaciones criminales a simples asociaciones de malhechores o bandas, como se no hubiera distinciones sustanciales entre ellas⁵⁸.

Acerca de la discusión sobre la efectiva existencia del crimen organizado, refiere MINGARDI, no sin ironía, que de acuerdo con un conocido dicho popular, uno de los trucos favoritos del diablo es justamente pretender que no existe⁵⁹.

De hecho, como destaca JIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, si la discusión sobre la real existencia del crimen organizado tenía sentido hace años, actualmente este debate ha sido relegado a un segundo plano, pues con base en la numerosa información hoy disponible sobre el tema, procedente de informes judiciales, investigaciones académicas, informaciones de arrepentidos, etc., el pensamiento doctrinario largamente mayoritario reconoce a la criminalidad organizada como un fenómeno complejo y con identidad propia, distinguiéndolo de figuras que reflejan un realidad más sencilla, como las asociaciones ilícitas o las bandas, y necesitando de un abordaje teórico y operativo específico⁶⁰.

⁵⁷ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Criminalidad organizada y sistema de Derecho Penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*. Granada: Comares, 2009, pp. 206/207.

⁵⁸ Posición intermedia quizá sea la de CALLEGARI, que reconoce, efectivamente, la criminalidad organizada como factor objetivo generador de inseguridad, pero destaca que el estado psicológico y social derivado de eso es retroalimentado por los medios y por el poder político responsable por la represión, de manera a mejor legitimar sus políticas (CALLEGARI, André Luis. *Controle social e criminalidade organizada*. En: CALLEGARI, André Luis (Org.). "Crime organizado. Tipicidade, política criminal, investigação e processo. Brasil, Espanha e Colômbia." Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 16.

⁵⁹ MINGARDI, Guaracy. *O Estado e o crime organizado*. São Paulo: IBCCrim, 1998, p.45. El autor critica fuertemente la posición de aquellos que niegan la existencia de la criminalidad organizada. Mingardi, por ejemplo, afirma que Daniel Bell (*O Fim das Ideologias*) no creía en las organizaciones criminales porque tenía demasiada seguridad en sus convicciones y no se dejaba influenciar por los hechos (p. 29). Y contestando a Christopher Duggan (*Facism and the Mafia*), que decía que la mafia era apenas "un modo de vida", Mingardi irónicamente afirmó que los jueces anti-mafia Giovanni Falcone y Paolo Borsellino tendrían sido entonces asesinados con casi una tonelada de explosivos colocados en la carretera por un "modo de vida" (p. 31).

⁶⁰ GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, Andrea; CORTE IBÁÑEZ, Luis de la; REQUENA ESPADA, Laura; JUAN ESPINOSA, Juan de. *La medición y evaluación de la criminalidad organizada en España: ¿Misión imposible?* Revista Española de Investigación Criminológica, Artículo 9, Número 7, 2009.

Y aún que existan semejanzas entre el crimen organizado y la simple asociación ilícita – indicando ambos la actuación ajustada de una pluralidad de agentes –, es evidente que existen notas distintivas entre las dos realidades, representando el crimen organizado un *plus* de reprochabilidad y periculosidad respecto a la criminalidad tradicional. Como destaca SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, “estamos ante algo más que una simple concertación de personas con el propósito de cometer ilícitos”⁶¹. Y es justamente este *plus* que puede justificar, en tese, la utilización de instrumentos específicos (y no excepcionales, como señala CHOCLÁN MONTALVO)⁶² de investigación y persecución del crimen organizado que no deben ser utilizados en los casos de criminalidad común, bajo el riesgo de vulneración del principio de proporcionalidad y de las garantías del Estado Democrático de Derecho.

Este *plus* en relación a la criminalidad tradicional, especialmente a la conocida figura de la asociación ilícita, quiere significar que el crimen organizado actúa de manera más sofisticada, muchas veces con carácter transnacional; que sus acciones son más planificadas; que el grupo tiene la pretensión de perdurar en el tiempo; que hay una mayor tendencia a que los bienes lesionados tengan carácter colectivo; que maneja grandes cantidades de dinero y domina mecanismos de blanqueo de capitales; que tiene una cultura de ocultación/destrucción de las pruebas, lo que dificulta cualquier investigación.

Y más allá de todo eso, la mera existencia de una organización específicamente destinada a la práctica de ilícitos penales representa un mayor riesgo a la sociedad, por la posibilidad de una masiva y reiterada lesión a bienes jurídicos penalmente tutelados.

⁶¹ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel. *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*. Madrid: Dykinson, 2008. pp. 27/28.

⁶² CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *La organización criminal. Tratamiento penal y procesal*. Madrid: Dykinson, 2000, p. 4.

1.6. La necesaria utilización de nuevos instrumentos de investigación en el combate al crimen organizado.

Es un hecho evidente la mayor dificultad que tiene el Estado para obtener pruebas suficientes acerca de las actividades del crimen organizado. Eso es debido, como destaca PEREIRA, a que una de principales tareas de las organizaciones criminales es orientar su estructura, actividades y recursos de modo a se tornar opaca, o al menos resistente a observaciones⁶³.

En relación a la criminalidad organizada violenta, impera la conocida “ley del silencio”. Eventuales testigos no declaran contra los delincuentes por comprensible miedo de reacciones contra su vida o de sus familiares. Además, los programas de protección de testigos o no existen o no funcionan de forma adecuada, y siempre imponen costes personales altísimos a los que se benefician de ellos.

Ya los crímenes practicados por la delincuencia organizada de cuello blanco generalmente son ajustados y realizados en despachos climatizados, lejos de los ojos de testigos. Demuestra la práctica que los individuos involucrados en esta especie de delitos evidentemente no declaran nada sobre los hechos, excepto en el caso de que se sientan muy perjudicados. Y además, el uso de amenaza y violencia contra eventuales testigos no esta absolutamente descartada.

Las organizaciones criminales también desarrollan una “cultura de ocultación o supresión de pruebas”, a través de la destrucción sistemática de documentos y la restricción de conversaciones telefónicas, por ejemplo. Y muchas organizaciones aún cuentan con protección de las autoridades, obtenida a través del pago de sobornos y de corrupción.

⁶³ PEREIRA, Flavio Cardoso. *El agente infiltrado desde el punto de vista del garantismo procesal penal*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 292. En el mismo sentido, CASTILLEJO MANZANARES afirma que “las organizaciones criminales, como medida de autoprotección, se cierran en sí mismas, con leguajes propios, en los que el silencio ocupa un lugar principal” (CASTILLEJO MANZANARES, Raquel. *Diligencias de investigación y medios de prueba en la lucha contra el crimen organizado*. Revista de Derecho Penal, n.º 38, Valladolid: Lex Nueva, 1.er Cuadrimestre 2013, p. 36).

Este conjunto de circunstancias hace con que la investigación de la criminalidad organizada sea actividad especialmente dura, incluso comparada por COSTA con la exasperante tarea de Sísifo⁶⁴.

Considerando que en materia de criminalidad organizada, es necesaria la adaptación del Estado a un problema nuevo, real y en expansión, como afirma CALLEGARI⁶⁵, y reconociendo, pues, el alto grado de dificultad del trabajo, la importancia de reprimir a esta especie de criminalidad, así como la aparente insuficiencia de los medios tradicionales de investigación, los documentos internacionales y los diversos ordenamientos jurídicos nacionales están reglamentando el uso de técnicas especiales de investigación de la delincuencia organizada.

En este sentido, la Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional (Palermo, 2000), en el art. 20, recomienda a los Estados Parte que, dentro de sus posibilidades y en las condiciones previstas por su derecho interno, adopten las medidas necesarias para permitir el recurso a la entrega vigilada, a vigilancia electrónica y a las operaciones encubiertas.

La Convención también trata expresamente de la colaboración procesal del coimputado en el art. 26, estableciendo que los Estados Parte *adoptarán* medidas apropiadas para alentar a las personas que participan o hayan participado en grupos delictivos organizados a *prestar ayuda efectiva y concreta* a las autoridades competentes que pueda contribuir a privar a las organizaciones criminales de sus recursos o productos del delito, o a *proporcionar información útil* a las autoridades con fines investigativos y probatorios sobre cuestiones como a) identidad, naturaleza, composición, estructura, ubicación o actividades de los grupos organizados; b) vínculos, incluso internacionales, con otros grupos delictivos organizados; c) los delitos que los grupos organizados hayan cometido o puedan cometer.

Además de eso, señala da Convención que cada Estado Parte *considerará la posibilidad* de prever la inmunidad judicial o la mitigación de la pena a personas que

⁶⁴ COSTA, José de Faria. *Direito penal e globalização. Reflexões não locais e pouco globais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 87.

⁶⁵ CALLEGARI, André Luis. *Controle social e criminalidade organizada*. En: CALLEGARI, André Luis (Org.). "Crime organizado. Tipicidade, política criminal, investigação e processo. Brasil, Espanha e Colômbia". Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 14.

presten una cooperación sustancial en la investigación o enjuiciamiento respecto a los delitos previstos en la propia Convención⁶⁶.

El uso de medios especiales de investigación del crimen organizado refleja el pensamiento resumido por PEREIRA, quien afirma que la capacidad de organización de los grupos delictivos, su sólida estructura, su gran fuente de recursos y medios y el manejo de sofisticadas técnicas de ingeniería financiera, fiscal y contable hacen que los habituales instrumentos de investigación penal resulten obsoletos e poco satisfactorios⁶⁷.

Sin embargo, los medios especiales de investigación referidos suelen ser bastante más invasivos que los medios tradicionales, de manera que su uso no puede ocurrir sin la adopción de cuidados indispensables para que no se viole de manera desproporcionada a derechos y garantías de los investigados.

En esta inevitable tensión entre eficacia y garantía, la búsqueda de un equilibrio (siempre inconstante, considerando las dificultades existentes) es el reto que se presenta. Y es justamente en este contexto que asume especial relevancia el estudio de la colaboración procesal del coimputado como un importante instrumento de investigación de la criminalidad organizada.

⁶⁶ Brasil ha reglamentado en la Ley contra el Crimen organizado (Ley n° 12.850/2013) el uso de agentes encubiertos, la entrega vigilada, la captación ambiental de señales electromagnéticas, ópticas y acústicas, y la colaboración procesal del coimputado.

⁶⁷ PEREIRA, Flavio Cardoso. *El agente infiltrado desde el punto de vista del garantismo procesal penal*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 296.

CAPÍTULO II

ENTRE EL DEBER ESTATAL DE INVESTIGACIÓN DEL CRIMEN ORGANIZADO Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL IMPUTADO

2.1. De los derechos fundamentales ‘contra’ el Estado hacia los derechos fundamentales ‘a través’ del Estado. El Estado democrático de Derecho como concretizador de los derechos fundamentales.

El desarrollo por la dogmática jurídica de la tesis sobre el deber estatal de tutela de los derechos fundamentales – de la cual es consecuencia lógica la necesidad de protección del derecho a la seguridad y, por tanto, el deber de investigar los crímenes, especialmente los de considerable gravedad –, que será tratada en este Capítulo, solamente fue posible por la comprensión del Estado Democrático de Derecho no apenas como una amenaza a derechos sino como promovedor y concretizador de esos mismos derechos fundamentales. Para eso, no obstante, fue necesaria una larga evolución en la concepción del Estado.

De hecho, el Estado absolutista, primera versión del Estado moderno, nació sin mecanismos de control del poder del soberano y, consecuentemente, sin garantías efectivas de los derechos de los súbditos.

A su vez, el Estado de Derecho liberal, hijo de la Revolución Francesa, surge con las características de un Estado mínimo. Sus actividades fundamentales se limitan al mantenimiento de la seguridad y del orden, a garantizar que los conflictos sean resueltos por un juez imparcial, y a la protección de las libertades, inclusive la económica. El papel bastante restrictivo del Estado liberal era consecuencia, justamente, de la puesta en valor de la libertad, ya que el poder estatal era considerado una verdadera amenaza a los derechos de

los individuos, de manera que debería ser contenido dentro de límites estrechos, a través de mecanismos firmes⁶⁸.

Los derechos fundamentales, entonces, en su concepción original, surgen en la perspectiva del modelo liberal clásico como derechos ante el Estado. Estos derechos imponen obligaciones negativas, deberes de abstención estatal, y actúan claramente como derechos de defensa; por eso concebidos como derechos ‘contra’ el Estado.

Ya el Estado social de Derecho se presenta con la pretensión de instituir una situación de bienestar general, interviniendo en el dominio económico y estableciendo derechos a recibir prestaciones, todo con la intención de reducir las tensiones y conflictos surgidos en el seno del Estado liberal, especialmente en razón de la lucha de los movimientos obreros por la reglamentación de la cuestión social. Pero aunque el periodo del *Welfare State* presenta la característica de la promoción de los derechos sociales, fortaleciendo la idea de realización de derechos a través del Estado, y no solamente ‘contra’ el Estado, fue apenas con el surgimiento del Estado democrático de Derecho, con su contenido de transformación social, que la idea de imperativos de tutela pudieron ser desarrollados.

Como observa BOLZAN DE MORAIS, el Estado democrático de Derecho emerge como una profundización/transformación del Estado de Derecho, de un lado, y del *Welfare State*, de otro. Con él se mantiene la preocupación con la cuestión social, al mismo tiempo en que ocurre una especie de calificación por la cuestión de la igualdad⁶⁹.

La nota distintiva del Estado democrático de Derecho, pues, es su propósito transformador de la realidad social, configurando un *plus normativo* en relación al Estado Social de Derecho.

Además de eso, se destaca que el Estado democrático de Derecho tiene como característica un sólido sistema de derechos fundamentales individuales y colectivos, garantizando a los ciudadanos, de un lado, un considerable espacio de autonomía ante los

⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz y BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 4 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 56.

⁶⁹ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*, Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2002, p. 38.

poderes públicos, y de otro, actuando como un Estado “antropológicamente amigo”⁷⁰ de los derechos fundamentales, una vez que hace esfuerzos para garantizar y proteger tales derechos.

Y es esa característica de “amigo” de los derechos fundamentales, traducción adecuada de la idea de su efectivo comprometimiento con la concretización de tales derechos que justifica atribuir al Estado imperativos de tutela, debiendo utilizar los medios necesarios para proteger adecuadamente a los derechos previstos en la Constitución contra los particulares, contra el propio Estado o mismo contra Estados extranjeros. El fundamento jurídico para tal actuación es el principio constitucional de la proporcionalidad, en su aspecto de prohibición de insuficiencia o de prohibición de protección deficiente. Se deshace, así, la separación dicotómica entre Estado y Sociedad. El Estado deja de ser apenas el Leviatán, el monstruo de quien los individuos se deben proteger, y se vuelve protagonista en la tarea de realización de los derechos de los ciudadanos.

2.2. La doble cara del principio constitucional de proporcionalidad: la prohibición del exceso y la prohibición de protección insuficiente (los deberes constitucionales de tutela).

La idea de proporcionalidad, integrante del propio concepto de justicia, puede ser encontrada en la Antigüedad en la conocida lección de ARISTÓTELES: “lo justo así entendido consiste, por lo tanto, en la proporción, lo injusto, por el contrario, en lo que viola la proporción. De aquí que se dé el más de lo debido y el menos de los debidos, como sucede de hecho en la práctica, pues quien comete una injusticia tiene una parte de bien mayor de la debida, y el que la padece una parte menor”⁷¹.

Ya en la Edad Media, en Inglaterra, se constata que la noción de proporcionalidad tuvo fundamental destaque en la *Magna Charta* de 1215, a través de la cláusula *law of the land* (*per legem terrae*), que establecía que el hombre libre debería ser

⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz y BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência política e Teoria Geral do Estado*. 4 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 93.

⁷¹ ARISTÓTELES. *Ética Nicomaquea*. Madrid: Ediciones Clásicas. 2007, p. 338.

castigado por un delito sólo en la medida de la gravedad de ese delito⁷². Aunque no se pueda ignorar que este documento representaba una verdadera carta de privilegios obtenida por una clase social ante el soberano, la *Magna Charta*, por muchos considerada la precursora del constitucionalismo, también contenía la idea de proporcionalidad.

De acuerdo con OLIVEIRA, en el año 1354, el *Statute of Westminster of the Liberties of London* sustituyó la expresión *per legem terrae* por la locución *due process of law*. Este dispositivo, que en ese periodo tenía un carácter exclusivamente procesal, sería posteriormente ampliado por la *Petition of Rights*, por el *Habeas Corpus Act*, por el *Bill of Rights* y por el *Act of Settlement*⁷³.

En Europa continental, la proporcionalidad empezó a tener un mayor desarrollo en el ámbito jurídico con la superación del absolutismo por el ideario liberal, pasando a ser utilizada como forma de protección del individuo contra los arbitrios del titular del poder, y vinculándose a la concepción de la existencia de derechos inherentes al hombre y oponibles al propio Estado.

De hecho, teniendo en cuenta que las monarquías absolutas se basaban en la concepción del poder ilimitado e incontrastable del soberano ante sus súbditos, de acuerdo con la expresión *the king can do no wrong*, no es difícil verificar que en tal modelo de Estado no había mucho espacio para la proporcionalidad.

Fue la superación del absolutismo, acompañada de la idea de existencia de derechos naturales, independientemente del ordenamiento jurídico, lo que permitió el florecimiento de la idea de proporcionalidad, primeramente en el derecho penal, de acuerdo con la clásica lección de BECCARIA según la cual debe haber una proporción entre los crímenes y las penas⁷⁴.

⁷² BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 218.

⁷³ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por uma teoria dos princípios. O princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, p. 72.

⁷⁴ BECCARIA, Cesare. *Tratado de los delitos y de las penas*. Madrid: Ministerio de Justicia y Ministerio de Cultura. 1993, pp. 30 y ss. Afirmaba el autor: “Si la Geometría fuese adaptable a las infinitas y obscuras combinaciones de las acciones humanas, debería haber una escala correspondiente de penas, en que se graduasen desde la mayor hasta la menos dura; pero bastará al sabio Legislador señalar los puntos principales, sin turbar el orden, no decretando contra los delitos del primer grado las penas del último.”

A fines del siglo XVIII, y durante el siglo XIX, tal concepción fue desarrollada en el ámbito del derecho administrativo, más específicamente en relación al poder de Policía. La proporcionalidad, entonces, era vista como creadora de una relación entre medios y fines, y utilizada como forma de controlar las medidas administrativas restrictivas de la libertad individual⁷⁵, oponiéndose a la noción de que existiría una ilimitada discrecionalidad en la elección por la administración pública de los medios capaces de restringir las libertades. Efectivamente, se sedimentaba la noción de que no debería ocurrir una limitación de libertad individual en medida superior a lo estrictamente necesario – y para garantizar otro derecho individual o colectivo –, de manera que las medidas más enérgicas deberían ser reservadas apenas a situaciones excepcionales, de acuerdo con la conocida frase de JELLINEK según la cual no se debe usar un cañón para matar gorriones⁷⁶.

Hasta la década de 1950 el principio de proporcionalidad⁷⁷ se traducía solamente por lo que hoy se conoce como el mandamiento de *necesidad*, es decir, se limitaba al examen de la siguiente cuestión: ¿la medida es necesaria para alcanzar la finalidad deseada o tal fin puede ser obtenido a través del empleo de otro medio menos lesivo a los derechos de los ciudadanos?⁷⁸

⁷⁵ CANOTILHO. José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 266/267.

⁷⁶ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2 ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 44.

⁷⁷ En este trabajo, la proporcionalidad es tratada como “principio”, así como lo hace la mayor parte de la dogmática jurídica, por se tratar de una norma fundamental en el sistema jurídico. No obstante, ALEXY ya resaltaba que la proporcionalidad, en su teoría, debería ser tratada como una regla, pues no es ponderada y tampoco representa un “mandado de optimización”. Sobre el tema, así se manifestó el maestro alemán: “La máxima de proporcionalidad suele ser llamada ‘principio de proporcionalidad’. Sin embargo, no se trata de un principio en sentido aquí expuesto. La adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto no son ponderadas frente a algo diferente. No es que unas veces tengan precedencia y otras no. Lo que se pregunta más bien es si las máximas parciales son satisfechas o no, y su no satisfacción tiene como consecuencia la ilegalidad. Por lo tanto, las tres máximas parciales tienen que ser catalogadas como reglas” (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993, p. 112).

⁷⁸ De acuerdo con OLIVEIRA, el *leading case* de la afirmación de la idea de *necesidad* en la jurisprudencia germánica es conocido como el “Caso Kreuzberg”, juzgado en 1882. En este proceso, el Tribunal Administrativo Superior declaró la invalidez de un acto administrativo que determinaba la interdicción de un establecimiento que comercializaba bebidas alcohólicas sin la licencia administrativa, afirmando que la Administración Pública podría haber adoptado una medida menos onerosa al ciudadano (OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 43).

Fue solamente a partir de los años 50 del siglo pasado, en Alemania, que empezó una nueva fase en el desarrollo del principio de proporcionalidad, con la identificación de los tres elementos la integran – adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto – y la ampliación de su ámbito de incidencia.

Es posible afirmar que la proporcionalidad obtuvo gran parte de la reputación que actualmente tiene a causa del fracaso de la Constitución alemana de 1919. Esta Constitución estableció un largo rol de derechos fundamentales, con especial destaque a los derechos de segunda generación; sin embargo, eso no fue suficiente para impedir el avance del nacionalsocialismo y la tragedia de la Segunda Guerra Mundial.

Surgió, así, la conciencia que era necesario establecer un control verdaderamente efectivo de las leyes y de los actos restrictivos de los derechos fundamentales, de manera que la proporcionalidad, transpuesta desde las teorías de limitación del poder de policía desarrolladas en el derecho administrativo francés hacia el derecho constitucional, se presentaba como el instrumento adecuado para tal desiderátum. La idea de proporcionalidad, pues, en su forma de prohibición de exceso, se transformó en uno de los pilares del Estado democrático de Derecho.

En Alemania, el principio de proporcionalidad tiene tanta relevancia que es considerado una norma constitucional no escrita⁷⁹.

En Brasil, la doctrina también trata la regla de proporcionalidad con *status* de norma constitucional implícita. Diversas son las concepciones sobre la *sedes materiae* de la proporcionalidad. Algunos la atribuyen a la cláusula del debido proceso legal, otros a la idea de Estado democrático de Derecho, y otros aún a la noción de derechos fundamentales. La búsqueda de una única fuente normativa para la proporcionalidad no es una iniciativa de las más productivas, pues no se presenta equivocado afirmar que la cláusula del debido proceso legal, la concepción de Estado democrático de Derecho y la idea de derechos fundamentales son nociones muy vinculadas y prácticamente indisolubles. En todas, pues, es posible identificar la idea de proporcionalidad.

⁷⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

En su aspecto de prohibición de exceso, es habitual que el principio de proporcionalidad sea integrado por tres subprincipios: adecuación o idoneidad, necesidad o medio alternativo menos lesivo y proporcionalidad en sentido estricto.

Como resume CLÉRICO, “el medio es *idóneo* cuando con su ayuda puede ser fomentado el fin deseado, y es *necesario* cuando no pudo ser establecido otro medio, igualmente adecuado para el logro del fin, pero que suponga una menor restricción para el derecho fundamental afectado. A su vez, la limitación al derecho fundamental debe ser *proporcional en sentido estricto*, debe guardar una relación razonable con el peso e importancia de los argumentos que hablan a favor de una mayor y mejor protección del derecho afectado”⁸⁰.

El principio de proporcionalidad fue por mucho tiempo identificado con la idea de prohibición de exceso, como forma de limitar el poder del Estado, imponiendo frenos a la actividad dirigida a restringir indebidamente los derechos de libertad. Sin embargo, en período reciente se desarrolló el pensamiento de que la proporcionalidad tiene una doble cara: además de la prohibición de exceso, ya mencionada, la regla establece también una garantía contra omisiones estatales, determinando un deber de protección del Estado a derechos fundamentales. A esta cara menos conocida, los juristas alemanes – los primeros en su percepción – denominaran *untermassverbot*, comprendida como prohibición de protección deficiente o insuficiente (significando la insuficiente implementación de los deberes de protección del Estado)⁸¹.

De hecho, y retomando la lección de ARISTÓTELES antes referida, si lo justo es lo proporcional, y lo injusto puede ocurrir en el exceso o en la deficiencia, en el demasiado mucho o en el demasiado poco, es posible constatar que, si existe desproporcionalidad en el exceso, también debe haber en la deficiencia.

⁸⁰ CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto*. En: CARBONELL, Miguel (Coord.). “El principio de proporcionalidad en el Estado Constitucional.” Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2007, p. 148.

⁸¹ Destaca BALTAZAR JUNIOR que la Ley Fundamental alemana no impone textualmente un deber general de protección, sino que establece de forma expresa un deber de protección relativo a la dignidad humana, en el artículo 1.1, al afirmar que “la dignidad de la persona es inviolable; respetarla y protegerla es obligación de todos los poderes estatales” (BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 54).

Como afirma FELDENS, los Estados modernos nacen y se justifican en la medida en que se constituyen en un medio para garantizar la paz social, protegiendo a los individuos de agresiones practicadas por sus semejantes. De esa forma, los deberes de protección de los derechos fundamentales se presentan como la versión actual de la contraprestación del Estado en razón de un hipotético pacto de sujeción a que adhieren los hombres con el fin de resguardar y proteger su libertad y seguridad en la convivencia social⁸².

Se trata de entender, pues, de acuerdo con STRECK, que la proporcionalidad tiene una doble cara: protección positiva y protección de omisiones estatales. Es decir, de un lado, puede existir inconstitucionalidad por exceso del Estado, cuando es desproporcionada la relación entre medios y fines; y de otro, la inconstitucionalidad puede ser consecuencia de protección insuficiente a un derecho fundamental, como ocurre, por ejemplo, cuando el Estado abre mano del uso de determinadas sanciones penales o administrativas para proteger determinados bienes jurídicos⁸³.

La decisión judicial pionera a tratar de manera expresa de la prohibición de protección deficiente de un derecho fundamental, como destaca SARLET⁸⁴, fue la segunda decisión del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre la despenalización del aborto, de 1993. En este proceso, el Tribunal Constitucional, con fundamento en las lecciones de Claus-Wilhelm Canaris y Josef Isensee afirmó que el legislador, cuando implementa un deber de prestación determinado por la Constitución, esta vinculado por la prohibición de insuficiencia; así, los niveles de protección, es decir, las propias medidas adoptadas por el legislador, deberían ser suficientes para garantizar un patrón mínimo – adecuado y eficaz – de protección constitucionalmente exigido. Y aunque la violación de la prohibición de insuficiencia consista generalmente en una omisión estatal – que puede ser parcial – en el cumplimiento de un deber constitucional de tutela, es posible que esta violación también

⁸² FELDENS, Luciano. *O dever estatal de investigar: imposição decorrente dos direitos humanos e fundamentais como imperativos de tutela*. En: CUNHA, Rogério Sanches, et al. (coord.). “Limites constitucionais da investigação”. São Paulo: RT, 2009, p. 230.

⁸³ STRECK, Lenio Luiz. *Constituição e bem jurídico: a ação penal nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor – o sentido hermenêutico-constitucional do art. 225 do Código Penal*. Disponible en: www.mprs.mp.br/areas/atuacaomp/anexos_noticias/artigolenio.doc. Consulta en 8 de julio de 2014.

⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 47, Marzo de 2004, p. 74.

ocurra en la remoción de una forma de protección ya establecida a un derecho fundamental, como por ejemplo con la despenalización indebida de conductas tipificadas por la ley penal⁸⁵.

En Brasil, la primera referencia a la prohibición de protección deficiente es debida a SILVA, que afirmó que la proporcionalidad no podría ser considerada apenas sinónimo de prohibición de exceso⁸⁶.

La doble cara de la proporcionalidad también fue identificada por FREITAS, que en estudio sobre los principios fundamentales y el control de la administración pública afirmó que el principio de proporcionalidad significa que el Estado no puede actuar con demasía, ni tampoco de manera insuficiente, en la consecución de sus objetivos. Exageraciones o insuficiencias representan infracciones al principio de proporcionalidad⁸⁷.

No obstante que la identificación del fenómeno sea relativamente reciente, parece evidente que la prohibición de protección deficiente se encuentra firmemente vinculada a la idea de que el Estado tiene imperativos de tutela, es decir, debe hacer uso de los medios necesarios para defender de manera adecuada a los derechos fundamentales. La abstención en el uso de tales medios, o incluso su utilización en nivel insuficiente, posibilitan el reconocimiento de la inconstitucionalidad por violación de la norma que debería ser tutelada, inconstitucionalidad esa identificada a través del principio de proporcionalidad, en su aspecto de prohibición de protección deficiente.

La fundamentación teórica de la prohibición de protección deficiente y de los deberes de tutela del Estado se encuentra, como afirma SARLET⁸⁸, en el reconocimiento de la perspectiva objetiva de los derechos fundamentales, que no se constituyen solamente en derechos subjetivos de defensa del individuo contra abusos del Estado, sino que también

⁸⁵ BALTAZAR JUNIOR destaca el siguiente párrafo de la decisión del Tribunal Alemán: “*O Estado deve adotar medidas normativas e de ordem fática suficientes para o cumprimento do seu dever de proteção, que conduzam a uma proteção adequada e efetiva (proibição de insuficiência), com a consideração dos bens jurídicos em colisão. Para isso é necessário um conceito de proteção que combine medidas preventiva e repressivas*” (BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 54).

⁸⁶ SILVA, Luis Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais, n. 798, 2002, p. 27.

⁸⁷ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros. 3 ed., rev. e ampl., 2004, p. 38.

⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 47, Marzo de 2004, p. 70.

son expresión de los valores objetivos más relevantes de la comunidad, de manera que su eficacia influye profundamente en todo el ordenamiento, representando esenciales directrices a la actuación de todos los órganos estatales. La perspectiva objetiva de los derechos fundamentales representa un mandato permanente para que el Estado concrete de manera efectiva referidos derechos⁸⁹.

La identificación de una dimensión objetiva de los derechos fundamentales conlleva dos consecuencias de especial relevancia en relación al reconocimiento de su fuerza normativa autónoma, de acuerdo con SARLET. Primeramente, se destaca el llamado “efecto de irradiación” de los derechos fundamentales y del principio de la dignidad de la persona, normas que proporcionan orientación para la aplicación de todo el derecho infraconstitucional. El “efecto de irradiación” se asemeja a la conocida técnica de interpretación conforme a la Constitución, y se vincula a la necesidad de realizar una verdadera “filtración constitucional” de ordenamiento jurídico⁹⁰, que conduce a una constitucionalización de todo el ordenamiento.

La segunda consecuencia de la fuerza normativa de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales es decurrente de que, se tratando de expresión de los valores más fundamentales de la comunidad, hacen surgir el deber estatal de asegurar su protección contra agresiones del propio Estado, de particulares o de Estados extranjeros. Este

⁸⁹ La percepción de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales se desarrollo especialmente después de la decisión del llamado “Caso Lüth” por el Tribunal Constitucional Federal Alemán en 1958. Como esclarece BARROSO, el caso era relativo a un boicoteo promovido por Erich Lüth, presidente del Club de Prensa de Hamburgo, a una película dirigida por el cineasta Veit Harlan, que había mantenido relaciones con el nacionalsocialismo durante la Guerra. La productora y la distribuidora de la película propusieron una acción judicial para impedir el boicoteo, obteniendo una decisión favorable en primera instancia, bajo el argumento que aquello que causa daño a otro debe repararlo. El Tribunal Constitucional Alemán, no obstante, reformó la decisión, afirmando que el derecho fundamental a libertad de expresión debe pautar la interpretación del Código Civil (BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível en: <http://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>. Consulta en 8 de julio de 2014).

⁹⁰ Sobre la expresión “filtración constitucional”, SCHIER afirma que “denota a idéia de um processo em que toda a ordem jurídica, sob a perspectiva formal e material, e assim seus procedimentos e valores, devem passar sempre e necessariamente pelo filtro axiológico da Constituição Federal, impondo, a cada momento de aplicação do Direito, uma releitura e atualização de suas normas” (SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional: Construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 104).

fenómeno es tratado como “la función de los derechos fundamentales como imperativos de tutela”⁹¹.

Esta combinación de ambos factores justifica la prohibición de protección deficiente a los derechos fundamentales. De un lado, los efectos de irradiación, resultando que los valores constitucionales penetren en todo el ordenamiento y vinculen a los órganos de Estado a la materialidad de la Constitución, conllevan a una sustancial limitación de la libertad de conformación del legislador, además de fijar directrices para la acción administrativa y orientar la actividad del intérprete. De otro lado, y en sentido complementario, los llamados deberes de tutela representan la necesidad de concretización de la axiología constitucional por el Estado. Ambos, en conjunto, imponen el respeto a la Constitución como pacto fundamental.

Así, como ya hemos afirmado, es posible constatar que la violación de la Constitución puede ocurrir a través de una actuación estatal que represente una restricción injustificable a los derechos del ciudadano (exceso), o a través de la no concretización de las normas constitucionales, a causa de una omisión o actuación insuficiente de cualquier de los poderes (deficiencia)⁹².

2.3. La búsqueda de la eficiencia en la investigación del crimen organizado: el deber de protección del derecho fundamental a la seguridad.

Sin mayores dificultades se puede percibir la importancia para este trabajo de investigación – que trata de crimen organizado y de prohibición de insuficiencia – del derecho fundamental a la seguridad.

⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 47, Marzo de 2004, p. 72.

⁹² Sobre el tema, destaca CANOTILHO: “*Há, porém, um outro lado da proteção que, em vez de salientar o excesso, releva a proibição por defeito (Untermassverbot). Existe um defeito de proteção quando as entidades sobre quem recai um dever de proteção (Schutzpflicht) adotam medidas insuficientes para garantir uma proteção constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais. Podemos formular essa idéia usando uma formulação positiva: o estado deve adotar medidas suficientes, de natureza normativa ou de natureza material, conducente a uma proteção adequada e eficaz dos direitos fundamentais*” (CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1988, p. 273).

La seguridad, como señala BALTAZAR JUNIOR, conforma y condiciona el ejercicio de los derechos fundamentales, pues sin ella no es posible el gozo de los derechos o el libre desarrollo de la personalidad; además de eso, la seguridad abarca la protección que ha de prestarse a otros derechos fundamentales, como la vida, la libertad, la integridad física, el honor, la propiedad, el medio ambiente, el orden económico, etc⁹³.

MONTESQUIEU, en su “Espíritu de las Leyes”, ya vinculaba las ideas de libertad y seguridad, afirmando que “la libertad política de un ciudadano es la tranquilidad de espíritu que proviene de la confianza que tiene cada uno en su seguridad”⁹⁴.

Y posición destacada recibió la seguridad en algunas de las más importantes cartas de derechos. La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en el artículo 2.º, ya afirmaba que la conservación de la seguridad es una de las principales finalidades de toda asociación política⁹⁵.

En el mismo sentido, establece la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, de 1948, en su artículo 3.º, que “todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos también afirma, en el artículo 5.º, que “toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad”.

En el ordenamiento jurídico brasileño, es indiscutible que la seguridad goza del status de derecho fundamental; el artículo 5.º de la Constitución de la República expresamente afirma la igualdad de todos ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, así como establece que deben ser garantizados a los brasileños y a los extranjeros residentes en Brasil la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad⁹⁶.

⁹³ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 187.

⁹⁴ MONTESQUIEU. *Espíritu de las leyes*. México, D.F.: Porrúa, 1977, p. 104.

⁹⁵ Art. 2. “La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.”

⁹⁶ Art. 5º: “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]*”.

Además de eso, el art. 144 de la Constitución de Brasil también destaca claramente que la seguridad pública es deber del Estado, derecho y responsabilidad de todos⁹⁷.

De otro lado, no se puede negar que la criminalidad organizada es, actualmente, en Brasil y en prácticamente todo el mundo, una de las más graves amenazas al derecho fundamental a la seguridad.

Como resalta CHIAVARIO, la criminalidad organizada contemporánea, especialmente en sus más sofisticadas formas multinacionales, con sus vastos tráfico de armas y drogas, es responsable por dar cuerpo a las más formidables amenazas a los derechos de la persona, empezando por la vida y la seguridad individual y colectiva. Y en relación a esta realidad, añade el autor, la cuestión de la tutela de los derechos de la persona humana no puede evidentemente ser tratada como un problema de límites de los poderes del Estado, sino que, al contrario, se trata de una situación que exige una actuación positiva y concreta⁹⁸.

Para comprobar la gravedad de la situación, basta recordar la ola de violencia causada en el Estado de São Paulo por la mayor organización criminal brasileña, el “Primeiro Comando da Capital” (PCC) entre el 12 y el 20 de mayo de 2006. En ese corto período de tiempo ocurrieron rebeliones en 73 establecimientos penitenciarios del Estado; 439 personas murieron por disparos de armas de fuego; agentes públicos, sobretudo policías y agentes penitenciarios, fueron atacados y agredidos; bancos y comisarías de policía fueron asaltados y vehículos de transporte público fueron incendiados. Tales hechos conllevaron la paralización temporal de prácticamente todas las actividades normales en la mayor ciudad de Brasil⁹⁹.

Y además de esa situación, muchísimas otras graves “crisis” fueron generadas por el crimen organizado en varias ciudades de Brasil, incluso en muchas cuyas autoridades públicas ni siquiera reconocían la existencia del crimen organizado. ADORNO y

⁹⁷ Art. 144: “A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos [...]”

⁹⁸ CHIAVARIO, Mario. *Direitos humanos, processo penal e criminalidade organizada*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 5, Enero 1994, p. 27.

⁹⁹ ADORNO, Sérgio y SALLA, Fernanda. *Criminalidade organizada nas prisões e o ataque do PCC*. Revista USP Estudos Avançados. Dossiê Crime Organizado. V. 21, nº 61, set./dez. 2007, p. 7.

SALLA también mencionan, por ejemplo, la gigantesca rebelión que ocurrió simultáneamente en 29 establecimientos penitenciarios en el Estado de São Paulo, en el año 2001, con la utilización de teléfonos celulares y centrales telefónicas clandestinas, y con una sincronización jamás vista antes; o la rebelión de establecimientos penitenciarios en el Estado de Rio de Janeiro, en septiembre de 2002, cuando el “Comando Vermelho”, la mayor organización criminal del Estado, determinó la interrupción de las actividades del comercio, el cierre de tiendas y hasta de *shopping centers*, así como la interrupción de las actividades escolares y del transporte público colectivo¹⁰⁰.

Incluso Estados que no tenían gran histórico de actividades de delincuencia organizada sufrieron con las acciones de organizaciones criminales que tenían como objetivo intimidar al poder público. En Santa Catarina, por ejemplo, apenas en el mes de febrero de 2013, ocurrieron más de 100 ataques de la organización criminal “Primeiro Grupo Catarinense” (PGC), incluyendo incendios a coches y autobuses, disparos contra Comisarías de Policía y ataques a los agentes públicos, situación que generó verdadero pánico en la población.

Pero no se puede ignorar que no son necesarias situaciones tan extremas para reconocer la gravedad de las actividades del crimen organizado. Además de sus actividades “diarias” y “corrientes”, la delincuencia organizada es responsable por una gran cantidad de delitos graves. Y si la población en general suele preocuparse más con la criminalidad callejera, de masa, basta pensar en las conexiones entre esta especie de delincuencia y la criminalidad organizada. Así, las disputadas en el comercio de drogas tienen vinculación con grande número de homicidios; el robo de mercancía, vehículos y residencias depende de la estructura de receptación; son comunes los hurtos y los robos practicados por drogadictos¹⁰¹.

Y a esos casos de criminalidad organizada violenta se debe añadir la más silenciosa, pero no menos dañosa, delincuencia organizada de cuello blanco, relativa a la corrupción, fraudes fiscales, delitos ambientales, delitos contra el sistema financiero,

¹⁰⁰ ADORNO, Sérgio y SALLA, Fernanda. *Criminalidade organizada nas prisões e o ataque do PCC*. Revista USP Estudos Avançados. Dossiê Crime Organizado. v. 21, nº 61, set./dez. 2007, pp. 10/11.

¹⁰¹ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 223.

grandes estafas, blanqueo de dinero, etc., que tienen como víctima la propia sociedad, que muchas veces ni siquiera lo percibe.

Considerando, pues, que el Estado tiene deberes de tutela de los derechos fundamentales y, por tanto, debe protegerlos y concretarlos de manera adecuada y suficiente, no quedan dudas sobre que la protección al derecho fundamental a la seguridad pasa por la adopción de medidas para prevenir y reprimir la criminalidad organizada.

Una vez más invocando la lección de BALTAZAR JUNIOR, se destaca que el destinatario del deber de protección de los derechos fundamentales es el Estado en su conjunto de funciones o poderes, y especialmente el legislativo, pues a él le incumbe la tarea de proporcionar al Poder Ejecutivo y al Poder Judicial los instrumentos legislativos para actuar contra atentados o situaciones de peligro a los derechos¹⁰².

En este mismo sentido, resaltando el carácter nuclear de los derechos fundamentales y la obligación que tienen los poderes públicos de respetarlos y cumplirlos, PRIETO SANCHÍS señala que tal obligación “incumbe en primer lugar al legislador y no solo como un deber negativo de no vulnerarlos, sino también como la ‘obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan’”¹⁰³.

En esa actividad de protección del derecho a la seguridad ante las amenazas de la delincuencia organizada, algunas tareas estatales pueden ser fácilmente identificadas. Entre ellas, se destaca la tipificación de la conducta de pertenecer a la organización criminal, que también configura obligación expresamente establecida en la Convención de Palermo y asumida por los Estados Parte.

Como ya hemos analizado en el Capítulo I, aunque haya tardado bastante en hacerlo, Brasil ha tipificado la conducta de pertenecer a organización criminal en la Ley 10.850/2013, estableciendo para tal delito una pena de 3 a 8 años de privación de libertad.

Pero la simple penalización de las organizaciones criminales es claramente insuficiente. También es fundamental que el Estado garantice la estructura necesaria e

¹⁰² BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 63.

¹⁰³ PRIETO SANCHÍS, Luis. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debates. 1990, p. 118.

indispensable para la efectiva depuración de las responsabilidades de los integrantes de las organizaciones.

En este sentido, también destaca FELDENS que uno de los aspectos del deber estatal de protección de derechos fundamentales en el ámbito jurídico-penal es, justamente, garantizar la efectiva actuación contra eventuales amenazas o violaciones de derechos, a través del necesario y eficiente procedimiento de investigación, en orden a esclarecer los hechos y identificar responsabilidades¹⁰⁴.

Como señala CAFFERATA NORES, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ya han afirmado que el Estado tiene el deber jurídico de *investigar* seriamente con los medios a su alcance las violaciones delictivas a los derechos que se hayan cometido. Y añade que: “el hecho de que un sistema de procuración u administración de justicia penal funcione en un Estado de Derecho no significa para nada que deba ser ‘blando’, ni mucho menos que favorezca la impunidad. Por el contrario, tiene que ser eficiente para *probar* y así lograr el castigo del delito en todos los casos que así lo establezca la ley; pero especialmente en lo relacionado con los delitos muy violentos, la criminalidad organizada, el ilícito económico y la corrupción gubernamental y administrativa. Lo que sí ocurre es que el Estado de Derecho fija marcos legales dentro de los que tales actividades deben moverse, precisa roles que deben distinguir y asignar responsabilidades y establecer normas de garantía individual que se deben respetar en la búsqueda y el logro de la *prueba de culpabilidad* que conduzca a la necesaria eficacia [...]. Y en esta tarea cumplirá un rol decisivo la *investigación*, porque es a través de ella que se deberá procurar la obtención de las *pruebas indispensables* para lograr

¹⁰⁴ FELDENS, Luciano. *O dever estatal de investigar: imposição decorrente dos direitos humanos e fundamentais como imperativos de tutela*. En: CUNHA, Rogério Sanches, *et al.* (coord.). “Limites constitucionais da investigação”. São Paulo: RT. 2009, pp. 234/235. Los otros dos aspectos destacados por FELDENS en relación a la configuración del deber estatal de protección de derechos fundamentales en el ámbito jurídico-penal son: a) cuando existente un mandato constitucional explícito o implícito de penalización, el Poder Legislativo debe editar las normas legales exigidas con el fin de garantizar la protección penal constitucionalmente determinada explícita o implícitamente o, caso ya existentes tales normas, mantenerlas en un patrón de tutela adecuado para una protección eficiente; y b) el Poder Judicial, por su turno, debe apreciar las causas penales en tiempo hábil y razonable, y si es el caso, aplicar las sanciones legales.

la condena de una persona por la comisión de un delito, e imponerle la sanción correspondiente”¹⁰⁵.

Pero si la investigación tiene un papel fundamental en la actuación estatal contra la criminalidad organizada y en la defensa del derecho a la seguridad, no se puede olvidar la notoria y evidente dificultad de obtención de elementos probatorios en relación a esta especie delictiva. La cultura de supresión de pruebas, las amenazas y la violencia dirigidas a los testigos, la ley del silencio, los esfuerzos para manutención de la opacidad de la organización criminal, el uso de la tecnología, la corrupción, la separación temporal y espacial entre acción y resultado, hacen generalmente insuficientes los instrumentos de investigación tradicionales.

Tratando del crecimiento y de la diseminación del crimen organizado en Brasil, en las últimas décadas del siglo XX, que inclusive está alcanzando actividades económicas más allá de los crímenes tradicionales contra el patrimonio, ADORNO y SALLA destacan la ausencia de utilización de instrumentos adecuados para hacer frente a esta especie diferenciada de delincuencia como uno de los factores responsables por su gran desarrollo. Para ellos, aunque la criminalidad se modernizó las políticas públicas de seguridad continuaron siendo formuladas y aplicadas de acuerdo con modelos tradicionales, antiguos, incapaces de acompañar los cambios sociales e institucionales. Además de eso, la aplicación de la ley persiste basada en el viejo modelo policial de correr atrás de los delincuentes conocidos, o utilizar redes de informantes¹⁰⁶.

Así que la adecuada y suficiente protección del derecho a la seguridad ante la delincuencia organizada pasa también por la superación de un viejo modelo de persecución y por el establecimiento de instrumentos adecuados de investigación.

En este contexto, los agentes infiltrados, las entregas vigiladas, la vigilancia electrónica y los colaboradores con la justicia en investigaciones de crimen organizado,

¹⁰⁵ CAFFERATA NORES, José I. *La eficacia de la investigación penal y el estado de derecho*. En: CAFFERATA NORES, José I. (Coord.). “Eficacia del sistema penal y garantías procesales. ¿contradicción o equilibrio?”. Córdoba: Editorial Mediterránea. 2002, pp. 41/42.

¹⁰⁶ ADORNO, Sérgio y SALLA, Fernanda. *Criminalidade organizada nas prisões e o ataque do PCC*. Revista USP Estudos Avançados. Dossiê Crime Organizado. v. 21, nº 61, set./dez. 2007, p. 11.

además de los grupos especializados de investigación y el uso de inteligencia¹⁰⁷, deben ser vistos como formas de realizar de manera más efectiva el deber estatal de tutela de la seguridad¹⁰⁸. Parece evidente que una actividad investigativa que se pretende realmente efectiva debe poderse rodear de instrumentos capaces de permitir el esclarecimiento de hechos delictivos más sofisticados y, a la vez, más dañosos a la sociedad.

Sin embargo, una mejor tutela del derecho fundamental a la seguridad a través del uso de técnicas especiales de investigación, al mismo tiempo que representa un innegable movimiento hacia una mayor eficiencia en el proceso penal, supone también una posibilidad de considerable restricción a los derechos de los investigados, pues tales instrumentos son, en gran parte de las ocasiones, más invasivos que los medios tradicionalmente utilizados por las fuerzas policiales contra la delincuencia común.

Es posible observar, pues, el *dilema existencial* del proceso penal; la invencible tensión entre eficacia y garantía. Así, para la obtención de una mayor efectividad en la coerción penal es necesaria la limitación de derechos fundamentales; y, de otro lado, una ampliación de los derechos y las garantías importa muchas veces en dificultar la eficiencia de la coerción penal¹⁰⁹.

¹⁰⁷ De acuerdo con JAIME-JIMÉNEZ y CASTRO MORAL, “el principal valor añadido de la actividad policial moderna en la lucha contra la criminalidad procede de la gestión de la información y de la capacidad para generar inteligencia, puesto que de ella depende que se puedan apreciar patrones de comportamientos delincuenciales individuales o colectivos y así neutralizar las acciones criminales. Sin embargo, su obtención en el ámbito de la cooperación a escala europea plantea dificultades, puesto que en función de las legislaciones nacionales respectivas las limitaciones para obtener determinadas informaciones y gestionarlas son muy variadas, al igual que el valor probatorio de éstas. Dichas dificultades son sorteadas, en numerosas ocasiones, mediante las relaciones informales entre policías de diversos países (JAIME-JIMÉNEZ, Oscar y CASTRO MORAL, Lorenzo. *La criminalidad organizada en la Unión Europea*. Revista CIDOB d’Afers Internacionals, n.º 91, sep./oct. 2010, p. 179).

¹⁰⁸ SCARANCA FERNANDES también destaca el papel fundamental del poder Legislativo en la protección de la seguridad, afirmando que el uso de medios especiales de obtención de pruebas o de medios extraordinarios o atípicos para reprimir la criminalidad organizada solamente será posible, con invocación del principio de proporcionalidad, si existir expresa previsión legal. Y añade que la ley debe: a) reglamentar y explicitar claramente el medio excepcional de producción de prueba, así como los requisitos para su utilización; b) indicar el procedimiento a ser seguido; c) especificar los órganos, entidades o persona legitimados a requerirlos; d) indicar la autoridad con competencia para autorizar el uso de medios excepcional, bien como la motivación necesaria a la decisión. Existiendo dudas sobre cualquier de esos aspectos, la interpretación de la norma que autoriza el empleo del medio excepcional de investigación o obtención de pruebas debe ser restrictiva, jamás ampliativa (SCARANCA FERNANDES, Antonio. *O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado*. En: TOLEDO, Otavio Augusto de Almeida, et al. (coord). “Repressão penal e crime organizado”. São Paulo: Quartier Latin. 2009, p. 233).

¹⁰⁹ PEREIRA, Flávio Cardoso. *El agente infiltrado desde el punto de vista del garantismo procesal penal*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 46.

Así, como destaca MUÑOZ CONDE, “el Derecho procesal penal ‘tiene su corazón dividido entre dos grandes amores’: por un lado, la misión de investigar los delitos y castigar a los culpables; por otro, la de respetar en esa tarea determinados principios y garantías que se han convertido en el moderno Estado de Derecho en derechos y garantías fundamentales del acusado. Esto produce una contradicción difícil de solucionar: el respeto a las garantías y derechos fundamentales del acusado puede suponer y, de hecho, supone efectivamente, un límite a la búsqueda de la verdad que obviamente ya no puede ser una verdad a toda costa”¹¹⁰.

La identificación de un siempre inestable punto de equilibrio entre la garantía de los derechos de los imputados y la efectiva posibilidad de investigación de una especie de criminalidad que pone en riesgo relevantes derechos de la colectividad es uno de los importantes problemas que presenta al legislador y al jurista en estos días.

2.4. La búsqueda del (improbable) equilibrio: eficiencia y respeto a los derechos del imputado.

El hecho de ser muy conocida la lección de ARISTÓTELES de que la virtud está en el medio, en el equilibrio, no la hace más fácil de ser alcanzada.

Y cuando tratamos de la actuación de Estado se puede afirmar que igualmente difícil es alcanzar un punto de equilibrio entre el exceso y la insuficiencia; sin embargo, algunas situaciones demuestran de manera muy evidente la inadecuación de la acción estatal. FELDENS¹¹¹ bien ilustra la cuestión con dos ejemplos: los suplicios de Damiens y de Damião.

Damiens, de acuerdo con el retratado por FOUCAULT en su clásico “Vigilar y Castigar”, fue condenado, en el año 1757, a “pública retratación ante la puerta principal de la Iglesia de Paris”; su mano fue quemada con fuego de azufre, fueran atenazados sus

¹¹⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*. 2 ed. actualizada. Buenos Aires: Hammurabi. 2003, p. 14.

¹¹¹ FELDENS, Luciano. *O dever estatal de investigar: imposição decorrente dos direitos humanos e fundamentais como imperativos de tutela*. En: CUNHA, Rogério Sanches, et al. (coord.). “Limites constitucionais da investigação”. São Paulo: RT. 2009, pp. 222/225.

muslos, pantorrillas, brazos y tetillas; sobre las partes atenazadas se le vertió plomo derretido; su cuerpo fue estirado y desmembrado por caballos con la más bárbara crueldad¹¹².

De otro lado, Damião Ximenes Lopes era un ciudadano brasileño portador de discapacidad mental grave que fue torturado hasta la muerte en un establecimiento psiquiátrico, en el año 1999. El cadáver de Damião presentaba evidentes señales de tortura; no obstante, la *causa mortis* fue certificada como “muerte natural”. Fue realizada la autopsia, que constató “muerte indeterminada”. La familia de Damião, indignada, afirmaba que había manipulación de la verdad y que los exámenes médicos no indicaban la real causa de su muerte. Por insistencia del Ministerio Público fue realizado un nuevo examen, que constató que el fallecimiento fue causado por lesiones traumáticas que podrían ser ocasionadas por puñetazos, pedradas o puntapiés. La familia registró el caso en el Departamento de Policía, para que fuera debidamente investigado. No obstante, la Policía “no se interesó” por el caso. La situación fue, entonces, denunciada ante la Comisión de

¹¹² Así es el impresionante relato de FOUCAULT: “Damiens fue condenado, el 2 de marzo de 1757, a "pública retractación ante la puerta principal de la Iglesia de París", adonde debía ser "llevado y conducido en una carreta, desnudo, en camisa, con un hacha de cera encendida de dos libras de peso en la mano"; después, "en dicha carreta, a la plaza de Grève, y sobre un cadalso que allí habrá sido levantado [deberán serle] atenaceadas las tetillas, brazos, muslos y pantorrillas, y su mano derecha, asido en ésta el cuchillo con que cometió dicho parricidio, quemada con fuego de azufre, y sobre las partes atenaceadas se le verterá plomo derretido, aceite hirviendo, pez resina ardiente, cera y azufre fundidos juntamente, y a continuación, su cuerpo estirado y desmembrado por cuatro caballos y sus miembros y tronco consumidos en el fuego, reducidos a cenizas y sus cenizas arrojadas al viento. Aseguran que aunque siempre fue un gran maldiciente, no dejó escapar blasfemia alguna; tan sólo los extremados dolores le hacían proferir horribles gritos y a menudo repetía: 'Dios mío, tened piedad de mí; Jesús, socorredme.' Todos los espectadores quedaron edificados de la solicitud del párroco de Saint-Paul, que a pesar de su avanzada edad, no dejaba pasar momento alguno sin consolar al paciente. Y el exento Bouton: "Se encendió el azufre, pero el fuego era tan pobre que sólo la piel de la parte superior de la mano quedó no más que un poco dañada. A continuación, un ayudante, arremangado por encima de los codos, tomó unas tenazas de acero hechas para el caso, largas de un pie y medio aproximadamente, y le atenaceó primero la pantorrilla de la pierna derecha, después el muslo, de ahí pasó a las dos molas del brazo derecho, y a continuación a las tetillas. A este oficial, aunque fuerte y robusto, le costó mucho trabajo arrancar los trozos de carne que tomaba con las tenazas dos y tres veces del mismo lado, retorciendo, y lo que sacaba en cada porción dejaba una llaga del tamaño de un escudo de seis libras. Después de estos atenaceamientos, Damiens, que gritaba mucho aunque sin maldecir, levantaba la cabeza y se miraba. El mismo atenaceador tomó con una cuchara de hierro del caldero mezcla hirviendo, la cual vertió en abundancia sobre cada llaga. A continuación, ataron con soguillas las cuerdas destinadas al tiro de los caballos, y después se amarraron aquéllas a cada miembro a lo largo de los muslos, piernas y brazos. [...] Después de dos o tres tentativas, el verdugo Samson y el que lo había atenaceado sacaron cada uno un cuchillo de la bolsa y cortaron los muslos por su unión con el tronco del cuerpo. Los cuatro caballos, tirando con todas sus fuerzas, se llevaron tras ellos los muslos, a saber: primero el del lado derecho, el otro después; luego se hizo lo mismo con los brazos y en el sitio de los hombros y axilas y en las cuatro partes. Fue preciso cortar las carnes hasta casi el hueso; los caballos, tirando con todas sus fuerzas, se llevaron el brazo derecho primero, y el otro después [...] (FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Buenos Aires: Siglo XXI. 2002, pp. 6/7).

Derechos Humanos de la Asamblea Legislativa del Estado, pero en vano. Los responsables por la muerte de Damião continuaban impunes.

Por fin, la familia de Damião Ximenes presentó el caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Después de una larga investigación, la Comisión concluyó: a) la existencia de irregularidades en la investigación policial de la muerte de Damião, que comprometieran el esclarecimiento de los hechos; b) la inexistencia de una investigación inmediata, seria y exhaustiva; c) la inexistencia de una sentencia penal de primera instancia, pasados seis años después de producidos los hechos; d) la total ausencia de efectividad del proceso de depuración de responsabilidad de las autoridades públicas que omitieron y no investigaron la muerte de Damião. Así, el caso fue admitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Brasil fue condenado por evidente violación de los derechos humanos¹¹³.

Los dos ejemplos, aunque extremos y separados por más de 200 años, son bastante emblemáticos de las ilicitudes provocadas por excesos e insuficiencias en la actuación del Estado. En el primer caso, el suplicio de Damiens, la actuación estatal supera en mucho los límites de la barbarie; en la segunda situación, el caso de Damião, se percibe una conducta estatal completamente insuficiente, representada por inadmisibles omisiones de diversas autoridades con competencia para el esclarecimiento de los crímenes.

Ya en uno de los más delicados ámbitos de actuación estatal, el proceso penal, la tensión entre exceso e insuficiencia es inmanente.

De acuerdo con CHIAVARIO, el proceso penal ya fue bien definido como uno de los campos privilegiados para experimentar la autenticidad civil y democrática de un régimen político: por la manera como son fijadas las reglas que debe utilizar el Estado para determinar si un individuo es inocente o culpable, y por el modo como son organizadas las relaciones entre los varios sujetos que actúan en el proceso penal y sus respectivas actividades, se pueden extraer algunos elementos preciosos para verificar si y cuando un

¹¹³ FELDENS, Luciano. *O dever estatal de investigar: imposição decorrente dos direitos humanos e fundamentais como imperativos de tutela*. En: CUNHA, Rogério Sanches, *et al.* (coord.). "Limites constitucionais da investigação". São Paulo: RT. 2009, p. 224/225.

pueblo y una sociedad son coherentes con sus afirmaciones de apego a los valores de la civilización, de la libertad y de la democracia¹¹⁴.

Así, el aparente antagonismo permanente entre la eficacia del sistema represivo y la garantía de los derechos de los ciudadanos imputados – manifestación del dilema entre exceso e insuficiencia – es una de las cuestiones más candentes en el proceso penal contemporáneo.

A los influjos favorables a una y otra posición, el sistema reacciona de manera pendular: ora se inclina hacia las garantías, ora a la eficacia.

La cuestión, como no podría dejar de ser, sufre fuertes influencias de la visión sobre el papel que debe desempeñar el proceso penal. Quienes, como HASSEMER, ven el sistema procesal penal solamente como espacio de tutela de libertades y garantías constitucionales de los acusados, no atribuyendo semejante importancia a la función de verificación y represión de delitos, seguramente no tienen mayores preocupaciones con la búsqueda de un equilibrio entre razones de eficiencia y de garantía¹¹⁵, sino que confieren integral primacía a estas últimas.

Pero esta visión parcial del proceso como un instrumento de garantía de derechos de los imputados también permite distorsiones, que generan lo que BALTAZAR JUNIOR llama de un “hipergarantismo”, es decir, un apego excesivo a las garantías, a las cuales se atribuye una dimensión mayor que la efectivamente merecida, una hipertrofia en la interpretación de los derechos de defensa que muchas veces anula cualquier posibilidad de persecución penal efectiva, circunstancias que generalmente acompañan procesos contra individuos privilegiados económicamente o a integrantes del grupo político dominante¹¹⁶.

Un modelo de proceso penal más adecuado al Estado democrático de Derecho debería buscar la conciliación y el equilibrio posible entre las exigencias de eficacia y la preservación de derechos y garantías. En este sentido, afirma RODRÍGUEZ GARCÍA que el proceso penal, “para ser efectivo, tiene que satisfacer dos fines esenciales: la

¹¹⁴ CHIAVARIO, Mario. *Direitos humanos, processo penal e criminalidade organizada*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 5, Enero 1994, p. 25.

¹¹⁵ PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada. Legitimidade e procedimento*. Curitiba: Juruá, 2013. pp. 45/46.

¹¹⁶ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 240.

disuasión, en el que sólo la rapidez en alcanzar la condena del culpable asegura la seriedad de la sanción penal; y la persuasión, debiendo garantizar por un lado una condena justa de los acusados culpables y por otro liberando lo más rápidamente a los que sean inocentes de la acusación que se les ha formulado»¹¹⁷.

Evidentemente que alcanzar ese equilibrio es una tarea de las más difíciles, siendo en ocasiones verdaderamente utópica. Y considerando la inmensa dificultad en traducir el punto de equilibrio en los textos legales, señala SCARANCA FERNANDES¹¹⁸ que esta intención debe ser considerada al menos como una meta, una directriz que debe nortear el proceso penal, de manera a que, en el movimiento pendular de la historia, no se aleje del punto medio entre la protección de la libertad y la seguridad de la sociedad ¹¹⁹.

CHIAVIARIO expone la complejidad de la cuestión, poniendo de relieve que el discurso de protección de la sociedad contra el crimen organizado es muchas veces utilizado como justificación para la limitación desproporcionada y irrazonable de derechos y garantías individuales, de manera que la lucha contra organizaciones criminales puede volverse poco más que un pretexto para presiones autoritarias. De otro lado, señala que no se puede ignorar que las organizaciones criminales son sobretodo hábiles en disfrutar de las garantías individuales, y de modo particular de las garantías procesales, para su ventaja, distorsionando sus contenidos y objetivos. Como alerta el propio CHIAVIARIO al enfatizar la importancia de la búsqueda de un punto de equilibrio, que el crimen organizado puede rejuvenecer por la debilidad y por la potencia excesiva y no sana del Estado; así como los derechos de los ciudadanos pueden ser lesionados por límites de actuación estatal demasiado blandos o demasiado estrechos¹²⁰.

¹¹⁷ RODRÍGUEZ GARCIA, Nicolás. *La justicia penal negociada. Experiencias de derecho comparado*. Salamanca: Universidad de Salamanca. 1997, p. 134.

¹¹⁸ SCARANCA FERNANDES, Antonio. *O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado*. En: TOLEDO, Otavio Augusto de Almeida, et al. (coord). "Repressão penal e crime organizado". São Paulo: Quartier Latin. 2009, p. 226.

¹¹⁹ En este mismo sentido, afirma COSTA: "De sorte que o que se tem que encontrar é um precário ponto de equilíbrio que consiga, temporariamente, ligar as diferentes pontas das questão com que nos debatemos sem que se rompa ou viole, precisamente, aquele conjunto de valores axiomáticos que constituem a matriz de um direito penal civilizado e moderno" (COSTA, José de Faria. *Direito Penal e globalização. Reflexões não locais e pouco globais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 91).

¹²⁰ CHIAVIARIO, Mario. *Direitos humanos, processo penal e criminalidade organizada*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 5, Enero 1994, p. 28.

De esta forma, a pesar de la evidente tensión entre garantías e eficiencia en el proceso penal, no pueden existir, en un Estado democrático de Derecho, verdaderos intereses contrapuestos en esa *disputa*. No se admite la eficiencia a cualquier coste. El proceso y la investigación, advierte CAFFERATA NORES, no pueden asumir un sentido bélico, de guerra “contra los presuntos enemigos de la sociedad a los que se debe vencer (buscando pruebas de la culpabilidad) a cualquier precio, pues la experiencia ha demostrado que la guerra se empieza justificando por ser declarada en contra de los políticos corruptos, contra los narcotraficantes, contra los mafiosos, etcétera, pero luego se orientará paulatinamente contra ‘otras lacras sociales’ como los jóvenes, o los de color, o los de esta raza, o los pobres (casi siempre los pobres) etcétera, que siempre son los más débiles y, por ende, fácilmente convertibles en chivos expiatorios de esa ‘contienda’”¹²¹.

Y de acuerdo con MUÑOZ CONDE, “el proceso penal de un Estado de Derecho no solamente debe lograr el equilibrio entre la búsqueda de la verdad y la dignidad de los acusados, sino que debe entender la verdad misma no como una verdad absoluta, sino como el deber de apoyar una condena solo sobre aquello que indubitada e intersubjetivamente puede darse como probado. Lo demás es puro fascismo y la vuelta a los tiempos de la Inquisición, de los que se supone hemos ya felizmente salido”¹²².

En un Estado democrático de Derecho, pues, la eficiencia posible del sistema procesal penal debe siempre andar hermanada con el respeto a los derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos. Y es bajo ese punto de vista que debe ser encarada la colaboración procesal de los coimputados, uno de los más importantes instrumentos de investigación de la criminalidad organizada, que será tratada en el siguiente capítulo.

¹²¹ CAFFERATA NORES, José I. *La eficacia de la investigación penal y el estado de derecho*. En: CAFFERATA NORES, José I. (Coord.). “Eficacia del sistema penal y garantías procesales. ¿contradicción o equilibrio?”. Córdoba: Editorial Mediterránea. 2002, p. 49.

¹²² MUÑOZ CONDE, Francisco. *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*. 2 ed. actualizada. Buenos Aires: Hammurabi. 2003, p. 117.

CAPÍTULO III

LA COLABORACIÓN PROCESAL DEL COIMPUTADO COMO MEDIO DE INVESTIGACIÓN DE DELITOS PRACTICADOS POR ORGANIZACIONES CRIMINALES EN BRASIL

3.1. Consideraciones iniciales sobre la colaboración procesal del imputado.

La colaboración del coimputado puede ser adecuadamente descripta como el fenómeno por lo cual el sujeto “confiesa sus propios crímenes y proporciona a la autoridad informaciones necesarias para la reconstrucción del hecho y la individualización de los participantes en el delito”¹²³.

No se trata, evidentemente, de un instituto reciente. De hecho, es posible identificar su existencia ya en la Santa Inquisición, en la Edad Media, periodo en que la tortura para obtención de la confesión, así como la delación de otros sospechosos como intento de huir de los horribles castigos eran extensamente utilizadas¹²⁴.

Efectivamente, el *Malleus Maleficarum* – *El Martillo de los Brujos*, famoso manual que ayudaba a los jueces de la Inquisición a “identificar la brujas en sus múltiples disfraces”, enseñaba como se debía hacer uso de la tortura para la obtención de la confesión de los investigados, bien como de que manera se debía posibilitar y estimular la delación de otras supuestas brujas.

¹²³ MUSCO, Enzo. *Los colaboradores de la justicia entre el pentitismo y la calumnia: problemas y perspectivas*. Revista Penal, n.º 2, 1998, p. 35.

¹²⁴ Sobre el tema, afirma TASSE: “*A delação premiada não se constitui em um recurso moderno do processo penal, assim como não se apresenta como repercussão de nenhum avanço especial havido na persecução criminal. Em verdade, a delação premiada sempre representou, juntamente com a prática da tortura, uma das ferramentas fundamentais dos processos arbitrários, em especial os medievos de índole inquisitorial. [...] Efectivamente o procedimento de índole inquisitorial, com apego às idéias fundamentais desenvolvidas pelo Tribunal do Santo Ofício, tem na delação praticada pelo acusado um dos elementos essenciais de prova, além, evidentemente, de constituir medida investigatória fundamental*” (TASSE, Adel El. *Delação premiada: novo passo para um procedimento medieval*. Ciências Penais: São Paulo, v. 5, jul. 2006, p. 271).

Evidentemente, su vinculación a las terribles y deshumanas prácticas de la Inquisición hace crecer las numerosas críticas actualmente existentes en relación a la colaboración del imputado.

Tras un largo periodo de desuso, o de poca importancia, el instituto de la colaboración procesal volvió a ser utilizado largamente en la práctica judicial alrededor del mundo, especialmente en las últimas décadas del siglo XX, ya no solo en Estados autoritarios y que desarrollan una cultura procesal penal igualmente autoritaria y poco (o nada) garantista, sino que en algunas de las más sólidas democracias del planeta.

Las razones para el súbito desarrollo de la colaboración procesal – y del derecho premial¹²⁵ en general – pueden ser básicamente identificadas bajo el signo de la búsqueda por una mayor eficiencia en el ámbito del proceso penal, característica de una época marcada por la complejidad, el aumento del riesgo y la inseguridad. El terrorismo y la criminalidad organizada son, sin duda, el ámbito “natural” de aplicación del instituto, cuando de su “resurgimiento”.

Así, el reconocimiento por parte del Estado de su gran dificultad de investigar “desde afuera” algunas manifestaciones de la criminalidad contemporánea, como el crimen organizado o las organizaciones terroristas, justifican el incentivo legal al uso de arrepentidos y también de agentes infiltrados (ambas figuras con capacidad de describir el funcionamiento interno de las organizaciones).

Como afirma PEREIRA, en la colaboración del coimputado el Estado se utiliza de los conocimientos privilegiados del delincuente para obtener pruebas que auxilien a esclarecer los hechos criminales, e a identificar los demás responsables¹²⁶. Con el tiempo, los colaboradores con la justicia se han transformado en fundamentales fuentes de pruebas en relación a una criminalidad más sofisticada.

¹²⁵ De acuerdo con BENÍTEZ ORTÚZAR, el derecho penal premial, en un sentido muy amplio, “incorporaría toda conducta del culpable posterior a la ejecución del delito que tiene incidencia favorable al mismo en la determinación de la pena” (BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco. *El colaborador con la justicia. Aspectos sustantivos, procesales y penitenciarios derivados de la conducta del “arrepentido”*. Madrid: Dykinson, 2004, p. 34).

¹²⁶ PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada. Legitimidade e procedimento*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 30. Señala el autor que serían presupuestos de la colaboración, entonces, la confesión del imputado colaborador sobre los delitos practicados y la desistencia de su derecho al silencio. Sin embargo, es posible destacar que en el ordenamiento jurídico español, la colaboración del coimputado en casos de tráfico de drogas no exige la autoinculpación, de acuerdo con el artículo 376 del Código Penal.

Es posible decir que el pensamiento utilitario que subyace a la aplicación de la colaboración procesal del imputado encontró su auge en la mencionada Convención de Palermo, que directamente recomienda a los Estado Parte la utilización de la institución. Sin embargo, se pueden identificar importantes experiencias de su aplicación anteriores a la Convención de Palermo, como por ejemplo en los EE. UU., Italia y España.

En los Estados Unidos, cuyo sistema procesal penal es conocido por el instituto del *plea bargaining*, las negociaciones entre la acusación y la defensa siempre han sido parte importante del orden jurídico¹²⁷.

Como explica RODRÍGUEZ GARCÍA, “cuando utilizamos el término *plea bargaining* estamos haciendo referencia a la modalidad de *guilty plea* ‘típica’ de los EE. UU., a la práctica que consiste en la obtención por el acusado de una serie de concesiones oficiales a cambio de declararse culpable; es decir, que se trata de una institución consistente en un ‘give-and-take’ en donde el acusado cuando se declara culpable está esperando recibir un tratamiento menos severo (*lenient treatment*) por parte del órgano jurisdiccional.”

Pues en este proceso de negociación entre acusación y defensa, siempre estuvo presente la figura del *approvement*, por la cual el investigado confiesa los hechos contra él asignados y facilita informaciones a respecto de la responsabilidad de otros individuos investigados por el mismo crimen, con la finalidad de obtener el perdón judicial o una situación procesal más favorable¹²⁸.

Diferentemente de la tradición romano-germánica, en el sistema del *common law* la introducción de instrumentos de persecución penal fundamentados en la colaboración del imputado es consecuencia de los postulados orientadores del sistema jurídico. En el sistema de *civil law*, de otro lado, la utilización de esos instrumentos es una

¹²⁷ Sin embargo, como afirma RODRÍGUEZ GARCÍA, fue solamente en finales del siglo XIX y principios del XX que estas negociaciones se convirtieron en un elemento distintivo del derecho procesal norteamericano, y modo normal de resolución de los casos criminales, permitiendo, con eso, el ahorro de los costes y del tiempo de los caros y demorados juicios con jurados. Actualmente, se cree que aproximadamente 90 % de los casos criminales norteamericanos son resueltos a través de procesos de negociación, sin llegar a juicio, y que una reducción para 80% de soluciones negociadas exigiría que se duplicaran los medios humanos y técnicos existentes (RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. *La justicia penal negociada. Experiencias de derecho comparado*. Salamanca: Universidad de Salamanca. 1997, pp. 31/33 y 110/112).

¹²⁸ ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining. Aproximação à justiça negociada nos E.U.A.* Coimbra: Almedina, 2007, p. 12.

opción de política criminal, y una consecuencia de la necesidad de eficiencia en el control de la criminalidad grave¹²⁹.

En Italia¹³⁰, la colaboración procesal tuvo su origen justamente en la necesidad de hacer frente a la amenaza del terrorismo, de manera que la legislación excepcional de las décadas de 1970 y 1980 pasó a prever la concesión de premios a los *collaboratori della giustizia* o *pentiti*.¹³¹ El suceso de tales medidas, especialmente contra las actividades de las Brigadas Rojas, posibilitando un gran número de condenas y la fuerte disminución del terrorismo,¹³² muy pronto estimuló su adopción también en el ámbito de la criminalidad organizada, especialmente contra las asociaciones de tipo mafioso¹³³.

Señala BITTAR que la estrategia italiana de enfrentamiento a la criminalidad organizada y mafiosa fue concentrada en tres puntos principales: 1) en el ámbito investigativo, la creación de órganos de investigación especializados y coordinados; 2) en el ámbito procesal, la utilización del “proceso investigativo”; y 3) en el aspecto de las sanciones, el aumento de las penas para los delitos practicados por organizaciones criminales. Sin embargo, los juristas pronto percibieron que estas medidas solamente serían eficientes con el rompimiento del vínculo asociativo a través de normas que, de un lado, agravasen las sanciones a los responsables por los delitos, y de otro lado posibilitasen la disminución de las penas a los imputados que colaborasen con las autoridades,

¹²⁹ PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada. Legitimidade e procedimento*. Curitiba: Juruá, 2013. pp. 38/43. Y añade el autor que tal vez la principal razón para la existencia del *plea bargain* sea evitar el proceso judicial, mientras que el uso de los arrepentidos, en el sistema de *civil law*, tiene por objetivo superar las dificultades de obtención de pruebas, y siempre depende de decisión judicial. Sería también posible decir que, cuanto a los colaboradores de la justicia, el *common law* es caracterizado por un sistema *premier negocial* (considerando la amplia discrecionalidad del Ministerio Fiscal), mientras que en el *civil law* el sistema premial sería *legal* (puesto que siempre depende de las disposiciones legales, y no de la discrecionalidad de la acusación).

¹³⁰ El modelo italiano es, pretendidamente, la inspiración para la legislación brasileña sobre colaboración procesal. La experiencia italiana es referencia cuanto al estudio de los colaboradores con la justicia, pues posibilita el análisis de la influencia de principios originalmente de *common law* en un sistema de *civil law*.

¹³¹ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel. *El coimputado que colabora con la Justicia Penal. Con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las Leyes Orgánicas 7/ y 15/2003*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, n.º 7, 2005. Disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-05.pdf>. Consulta en 8 de julio de 2014.

¹³² SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel. *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*. Madrid: Dykinson, 2008, p.186.

¹³³ ALFONSO, Roberto. *Chiamata di correo nel contesto del terrorismo politico e nell'ambito delle associazioni criminali*. En: NEUBURGER, L. de Cataldo. “Chiamata in correità e psicologia del pentitismo nel nuovo processo penale”. Padova: Cedam, 1992, p. 48.

identificando los demás autores, esclareciendo los hechos delictivos o evitando o disminuyendo las consecuencias de los crímenes¹³⁴.

Para explicar las diferencias de tratamiento entre los *pentiti* y los imputados que no colaboran con la justicia (*irriducibili*), afirma D'AMBROSIO que el sistema italiano esta anclado en el *regime del doppio binario*, por lo cual los colaboradores reciben concesiones legales, mientras que a los no colaboradores la ley reserva un trato más riguroso¹³⁵.

La legislación italiana prevé un tratamiento completo al tema de los colaboradores con la justicia. Así, las normas de derecho premial tratan de cuatro momentos relativos a la colaboración: un momento o aspecto sancionatorio (relativo a las circunstancias que pueden aumentar o disminuir las sanciones aplicables); un momento penitenciario (reglando el acceso a beneficios en la ejecución de la pena); un momento procesal (sobre la forma y valoración de las declaraciones de los *pentiti*) y un momento de tutela (relativo a la protección de los *collaboratori* y de su familia)¹³⁶.

En la mundialmente famosa Operación Manos Limpias, que investigó un gigantesco esquema de corrupción política en Italia, el largo uso de los *collaboratori della giustizia* fue fundamental para el esclarecimiento de actos corruptos complejos y de carácter generalizado en diversas administraciones públicas del país.

Como reconoció el Procurador SALVI, “la confesión y la declaración de co-reo o de complicidad han tenido un papel determinante en las investigaciones de ‘manos limpias’”. Y añadió: “el Ministerio Fiscal, ya a partir de la fase de investigaciones, puede presentar al acusado una serie de beneficios que derivarán de la colaboración. Esto ha llevado a que una buena parte de los inculpados haya elegido confesar su responsabilidad, indicando también la de los cómplices”¹³⁷.

¹³⁴ BITTAR, Walter Barbosa. *Delação premiada*. 2 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 14.

¹³⁵ D'AMBROSIO, Loris. *Testimoni e collaboratori di giustizia*. Padova: Cedam. 2002, p. 28.

¹³⁶ D'AMBROSIO, Loris. *Op. cit.*, pp. 26/60.

¹³⁷ SALVI, Giovanni. *Aspectos de la corrupción en Italia. Represión y prevención*. Estudios Públicos n. 56, Primavera de 1994. Disponible en: http://www.cepchile.cl/1_1246/doc/aspectos_de_la_corrupcion_en_italia_represion_y_prevencion.html#.U3T4H4GSyI. Consulta en 8 de Julio de 2014.

En España, la colaboración del coimputado también fue introducida en el ordenamiento para enfrentar a los graves e frecuentes casos de terrorismo, a través de la inclusión en el Código Penal texto refundido de 1973 del artículo 57 *bis* b)¹³⁸.

Actualmente, el instituto tiene su uso restringido a los delitos de terrorismo y tráfico de drogas, y viene reglamentado en los artículos 579.4 y 376 del Código Penal (Ley Orgánica n.º 10, de 23 de noviembre de 1995), respectivamente¹³⁹.

En cuanto al delito de terrorismo, dispone el Código Español que el imputado puede recibir una pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley, si están presentes los siguientes requisitos¹⁴⁰:

- i) que el imputado abandone voluntariamente sus actividades delictivas;
- ii) que se presente a las autoridades confesando los hechos en que haya participado;
- iii) y, alternativamente:
 - a) que colabore activamente con las autoridades para impedir la producción del delito;
 - b) que coadjuve eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de organizaciones o grupos terroristas a los que haya pertenecido o con los que haya colaborado.

Como señala SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, la aplicación de esta norma ha sido bastante escasa, en razón de la dificultad de reunir a todos los requisitos exigidos. De hecho, el dispositivo legal impide la aplicación del instituto a individuos que después de arrestados decidan colaborar con las autoridades (circunstancia en que la actitud de colaboración es más probable) exigiendo que la persona *se presente a las autoridades confesando los*

¹³⁸ BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco. *El colaborador con la justicia. Aspectos sustantivos, procesales y penitenciarios derivados de la conducta del "arrepentido"*. Madrid: Dykinson, 2004, p. 108.

¹³⁹ También existe una importante figura de derecho premial prevista en el artículo 427 del Código Penal que establece la exención de pena por el delito de cohecho al particular que "haya accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva o presente realizada por autoridad o funcionario público y denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación, antes de la apertura del correspondiente procedimiento, siempre que no hayan transcurrido más de diez días desde la fecha de los hechos". Existen también figuras semejantes en los artículos 305.4 (fraude contra la Hacienda Pública), 307.3 (fraude contra la Seguridad Social), y 308.4 (fraude de subvenciones).

¹⁴⁰ La remisión total de la pena, prevista en el anterior código, ya no es posible.

hechos. Por tales razones, afirma la mencionada autora, es bastante más común la aplicación de las atenuantes genéricas previstas en el artículo 21, n.º 4 (“haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades”) y n.º 5 (“haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o a disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral”)¹⁴¹.

Iguales requisitos eran exigidos en el artículo 376 del Código Penal Español, relativo al tráfico de drogas. Sin embargo, la Ley Orgánica nº 15/2003 ha suprimido la necesidad de presentación a las autoridades y autoinculpación. Así, en relación al tráfico ilícito de estupefacientes, los requisitos para la concesión del beneficio, que consiste en la imposición de una pena inferior en uno o dos grados de la prevista en ley, son los siguientes:

- i) que el imputado abandone voluntariamente las actividades delictivas;
- ii) que el sujeto colabore activamente con las autoridades o sus agentes, alternativamente para:
 - a) impedir la producción del delito;
 - b) obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con los que haya colaborado.

Con este cambio legislativo introducido por la Ley Orgánica 15/2003, cree BENÍTEZ ORTÚZAR que se va a fomentar considerablemente el uso de la colaboración en casos de tráfico de drogas, pues el imputado, al no necesitar autoinculparse, no renunciará a su derecho de defensa procesal¹⁴². Crea el derecho español, así, una extraña figura en que el coimputado colaborador no necesita confesar su responsabilidad.

Sin embargo de esas experiencias en la utilización de la colaboración procesal, a las cuales es posible añadir diversas otras, como la británica, con los *witness*

¹⁴¹ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel. *La Criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*. Madrid: Dykinson, 2008, pp. 195/196.

¹⁴² BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco. *El colaborador con la justicia. Aspectos sustantivos, procesales y penitenciarios derivados de la conducta del “arrepentido”*. Madrid: Dykinson, 2004, p. 108.

crowns, y la alemana, con la *Kronzeugenregelungen*¹⁴³, así como referir varios documentos internacionales que incentivaban su uso, como por ejemplo la Recomendación del Consejo de la Unión Europea de 20 de diciembre de 1996 relativa a las personas que colaboran con el proceso judicial en la lucha contra la delincuencia internacional organizada¹⁴⁴, fue con la Convención de la Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional, en el año 2000, que el instituto ganó fuerte impulso.

3.2. La colaboración del imputado en la Convención de Palermo

Como señala ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, la primera vez que Naciones Unidas trató del crimen organizado fue en el *V Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente*, ocurrido en Ginebra, en el año 1975¹⁴⁵. En ese evento, de acuerdo con el respectivo informe, es posible percibir la preocupación de las Naciones Unidas con los cambios de las formas y dimensiones de la delincuencia, y especialmente con lo que se llamó “el delito como negocio”; aún no existía una mayor atención de los criminólogos a esa especie de delincuencia, de manera que las definiciones de expresiones como “delito organizado”, “delito financiero” y “corrupción” eran generalmente vagas y ambiguas.

La expresión “delito como negocio” hacía referencia a un grupo de delitos que reunía todas o la mayoría de las siguientes características: “a) se cometían primordialmente con ánimo de lucro e implicaban alguna actividad comercial o industrial; b) suponían cierta organización, consistente en una serie o sistema de disposiciones relativamente formales entre las diversas partes que cometían los actos ilegales; c)

¹⁴³ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel. *El coimputado que colabora con la justicia penal. Con atención a las reformas introducidas en la regulación española por la Leyes Orgánicas 7/ y 15/2003*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, n. 7, 2005. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-05.pdf>. Consulta en 8 de julio de 2014.

¹⁴⁴ Referida Recomendación invita a los Estado miembros a que “adopten medidas adecuadas para fomentar la cooperación con el proceso judicial de las personas que participen o hayan participado en asociaciones para delinquir o en cualquier otro tipo de organización delictiva, o en delitos tipificados como delincuencia organizada”, para tanto estimulando, de acuerdo con los principios generales de cada ordenamiento jurídico, la concesión de beneficios específicos y medidas de protección adecuadas a los colaboradores.

¹⁴⁵ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Criminalidad organizada y sistema de Derecho Penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*. Granada: Comares, 2009, p. 178.

implicaban la utilización indebida de técnicas comerciales o industriales legítimas; y d) las personas que participaban de su comisión solían tener gran rango social o gran poder político”¹⁴⁶.

Con el tiempo, la atención de los juristas – y no solamente de ellos, sino que también por parte de los gobernantes – se volvió definitivamente hacia la criminalidad organizada, de manera que los Estados percibieran la necesidad de diseñar instrumentos jurídicos diferenciados de enfrentamiento a esa realidad.

En el año 1990, la Comisión Antimafia del Parlamento italiano ya señalaba, en un tono tal vez demasiado alarmista, que “las Organizaciones Criminales Internacionales han llegado a acuerdos y tratos para dividirse las zonas geográficas, desarrollar nuevas estrategias de mercado, elaborar formas de asistencia mutua y solventar conflictos, todo ello a escala planetaria. Nos enfrentamos con una genuina contra potencia criminal capaz de imponer su voluntad a los Estados legítimos, socavar las instituciones y fuerzas de la ley y el orden, trastornar el delicado equilibrio económico financiero, y destruir la vida democrática”¹⁴⁷.

El desarrollo sin parangón de la actividad criminal organizada, especialmente en carácter transnacional, obligó a los Estados a adoptar iniciativas igualmente internacionales a respecto del tema. El punto más alto de las tratativas internacionales para enfrentar este especial tipo de criminalidad fue la Convención de Palermo de 2000, de la cual son partes actualmente 179 Estados¹⁴⁸.

La referida Convención, además de incluir obligaciones de criminalización de conductas (como por ejemplo la participación en grupo delictivo organizado, el blanqueo de activos y diversas prácticas de corrupción), recoge de técnicas especiales de

¹⁴⁶ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Informe del quinto congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente*. Ginebra, 1975. Disponible en: http://www.asc41.com/UN_congress/Spanish/5S%20Quinto%20Congreso/A_CONF56_10.pdf. Consulta en 8 de julio de 2014.

¹⁴⁷ FERRO VEIGA, José Manuel. *Estado de sitio. La cultura de la violencia en el siglo XXI*. Cui prodest? San Vicente: Club Universitario. 2012, p. 130.

¹⁴⁸ De acuerdo con información disponible en: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-12&chapter=18&lang=en. Consulta en 8 de julio de 2014.

investigación (como la entrega vigilada, la vigilancia electrónica y operaciones encubiertas) y confiere un rol destacado al instituto de la colaboración procesal.

De hecho, establece el art. 26 de la Convención que los Estados Parte *deberán* adoptar medidas apropiadas para alentar la colaboración con la justicia de personas que participen o hayan participado en grupos delictivos organizados. Esta colaboración debe consistir en prestar ayuda *efectiva y concreta* a las autoridades competentes que pueda contribuir a privar los grupos delictivos organizados de sus recursos o del producto del delito, o proporcionar informaciones útiles a las autoridades competentes con fines investigativos y probatorios sobre: a) identidad, naturaleza, composición, estructura, ubicación o actividades de los grupos delictivos organizados; b) los vínculos, incluso internacionales, con otros grupos delictivos organizados; c) los delitos que los grupos hayan cometido o puedan cometer.

Y justamente para estimular esta colaboración, cada Estado Parte debe considerar la posibilidad de prever la mitigación de la pena o, de acuerdo con los principios fundamentales de su derecho interno, incluso la concesión de inmunidad judicial a los imputados que presten una colaboración sustancial en la investigación o en el enjuiciamiento de los delitos comprendidos en la Convención.

Evidentemente, las hipótesis y los parámetros para la reducción de la pena deben ser tratadas por los Estados Parte en sus ordenamientos jurídicos; además, la propia disminución de la pena no es obligatoria para los Estados Parte, pues la Convención solamente establece que éstos deben “considerar la posibilidad” de prever la mitigación. Sin embargo, la posibilidad de una considerable reducción de la sanción (o, incluso, la inmunidad judicial) son incentivos bastante efectivos a la colaboración de los imputados.

Además de eso, la Convención de Palermo también trata de la protección de los imputados colaboradores, pues en muchos casos la colaboración puede generar grave riesgo a la vida de la persona que contribuye con la justicia, así como a la vida de sus familiares.

E indicando claramente la tendencia de crecimiento del uso de instrumentos de derecho premial, especialmente la colaboración procesal del imputado, se debe destacar

que dispositivo semejante al art. 26 de la Convención de Palermo se encuentra en el art. 37 de la Convención de la Naciones Unidas contra la Corrupción (Mérida, 2003).

Desde el *Malleus Maleficarum* hacia su previsión en las más importantes Convenciones internacionales contra la delincuencia organizada transnacional y la corrupción (y su consecuente diseminación alrededor del mundo), muy largo fue el camino recorrido por el instituto de la colaboración procesal.

3.3. La figura del coimputado en el sistema penal brasileño

Como señala BITTAR¹⁴⁹, el antecedente histórico de la colaboración procesal en Brasil puede ser identificado en las Ordenaciones Filipinas, que estuvieron en vigor entre los años de 1603 y de 1830; de hecho, el Libro V, Título CXVI, tenía el siguiente enunciado: “*como se perdoará aos malfeteiros que derem outros à prisão*”, y establecía que el criminal que practicase delitos contra la Corona y delatase a sus compañeros recibiría el perdón y, en algunos casos, una recompensa financiera¹⁵⁰.

Actualmente, diversas son las leyes que tratan del instituto, previendo su aplicación a diferentes delitos, con distintos requisitos y beneficios. Diferentemente de la

¹⁴⁹ BITTAR, Walter Barbosa. *Delação premiada no Brasil e na Itália. Uma análise comparativa*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, vol. 88, enero 2011, p. 232.

¹⁵⁰ El dispositivo legal estaba así redactado: “*Qualquer pessoa que der à prisão cada hum dos culpados, e participantes em fazer moeda falsa, ou em cercear, ou per qualquer artificio mingoar ou corromper a verdadeira, ou em falsar nosso sinal, ou sello, ou da Rainha, ou do Príncipe meu filho, ou em falsar sinal de algum Vedor de nossa fazenda, ou de Desembargador, ou de outro nosso Oficial Mor, ou de outros Officiaes de nossa Caza, em cousa, que toquem a seus officios, ou em matar ou ferir com besta, ou espingarda, matar com peçonha, ou em dar, ainda que morte della não se siga, em matar atraçoadamente, quebrantar prisões e cadeas de fora per força, fazer furto, de qualquer sorte e maneira que seja, por fogo acinte para queimar fazenda, ou pessoa, forçar mulher, fazer feitiços, testemunhar falso, em soltar presos por sua vontade, sendo Carcereiro, em entrar em Mosteiro de Freiras com propósito deshonesto, em fazer falsidade em seu officio, sendo Tabelião; tanto que assi der à prisão os ditos malfeteiros, ou cada um delles, e lhes provar ou forem provadas cada um de ditos delictos, se esse, que o assi deu à prisão, participante em cada um de ditos malefícios, em que he culpado aquelle, que he preso, havemos por bem que, sendo igual na culpa, seja perdoado livremente, posto que não tenha perdão da parte. E se não for participante no mesmo malefício, queremos que haja perdão para si (tendo perdão das partes) de qualquer malefício que tenha, posto que grave seja, e isto não sendo maior que aquelle em que he culpado o que assi deu à prisão. E se não tiver perdão das partes, havemos por bem de lhe perdoar livremente o degredo que tiver para África, até quatro annos, ou qualquer culpa ou malefício que tiver cometido porque mereça degredo até os ditos quatro annos. Porém, isto se entenderá, que o que der à prisão o malfeito não haja perdão de mais pena, nem degredo, que de outro tanto, quanto o malfeitor merecer [...]”.* Texto disponible en: <http://www1.ci.uc.pt/>. Consulta en 28 de mayo de 2014.

realidad italiana, donde la legislación acerca de la colaboración procesal es completa y sistematizada¹⁵¹, en Brasil la regulación del instituto es realizada por medio de numerosas leyes dispersas, sin una sistematización adecuada y con muchas lagunas. Esa realidad hace con que no exista una mayor unidad en el tratamiento del tema, dificultando considerablemente su comprensión y aplicación en la praxis forense.

Se debe destacar que la Convención de Palermo fue integralmente incorporada al ordenamiento jurídico brasileño en el año 2004, a través del Decreto n.º 5.015, de 12 de marzo. Sin embargo, la experiencia nacional reciente con la colaboración procesal es un poco más antigua, puesto que desde el año 1990 el legislador brasileño ha recurrido con frecuencia al instituto (inicialmente denominado “delación premiada” y actualmente “colaboración premiada”) como forma de auxiliar en la investigación y obtención de pruebas en determinados delitos especialmente reprochables y graves, o incluso en la disminución de sus consecuencias.

Del análisis de las leyes que tratan del asunto, es posible percibir que, inicialmente, la colaboración procesal fue introducida en el ordenamiento brasileño como un instrumento para hacer frente a la criminalidad grave. No obstante, con el paso del tiempo, se produjo una expansión (y, se puede incluso decir, una *trivialización*) de su uso, llegándose al punto de que la Ley de Protección de Testigos permite su aplicación a todos los tipos de delitos.

A continuación, pasamos a realizar una breve indicación de las principales leyes que tratan de este tema en Brasil.

3.3.1. Ley n.º 8.072/90 (Ley de los Crímenes atroces).

La primera ley en tratar de la materia en tiempos más recientes fue la Ley n.º 8.072, de 25 de julio de 1990, y conocida como “*Lei dos Crimes Hediondos*”. Esta legislación fue muy criticada por sectores de la doctrina por tratarse de una verdadera ley

¹⁵¹ MUSCO, Enzo. *Los colaboradores de la justicia entre el pentitismo y la calumnia: problemas y perspectivas*. En: Revista Penal, n. 2, 1998, p. 35.

de emergencia, creada para reaccionar al crecimiento descomunal de la violencia en fines de los años 1980, y por intentar establecer un tratamiento considerablemente más riguroso a los responsables por delitos graves¹⁵².

Entre las medidas adoptadas en la Ley n.º 8.072/90 para tratar con mayor severidad a los delincuentes se destacan aumentos de penas, la prohibición de libertad provisional y el cumplimiento de la sanción en regímenes más severos.

Pero esta legislación también intentaba alcanzar una mayor efectividad en las investigaciones y procesos penales relacionados a la delincuencia grave, por lo que recurrió a la creación de dos hipótesis de concesión de beneficios legales a los imputados que colaborasen con la justicia.

Así, la Ley n.º 8.072/90 introdujo el párrafo 4.º en el art. 159 del Código Penal, estableció que en los crímenes de extorsión mediante secuestro practicados por bandas (delitos que eran absolutamente comunes en Brasil a fines de la década de 1980), el coautor que proporcionase informaciones a las autoridades de manera que posibilitara la liberación de la víctima, vería su pena reducida de 1/3 a 2/3 (desde la Ley n.º 9.269/96, no se requiere más que el delito haya sido practicado por banda para ser posible la colaboración del imputado, siendo suficiente la coautoría).

La otra hipótesis de colaboración procesal creada por la Ley n.º 8.072/90 tenía por objetivo reaccionar a la creciente delincuencia generada por cuadrillas o bandas; hay que recordar que en aquel momento no existía en Derecho brasileño el delito de pertenecer a organización criminal. De esta manera, la ley establecía que el asociado que denunciase a la banda a las autoridades, posibilitando su desmantelamiento, la pena que le correspondiese sería reducida de 1/3 a 2/3.

¹⁵² Sin embargo las numerosas críticas a las exageraciones originalmente existentes en esta Ley (corregidas posteriormente por la interpretación jurisprudencial y por otras leyes), tiene ella fundamento en el artículo 5º, XLIII, de la Constitución de Brasil, que establece: *“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”*.

3.3.2. Ley n. 8.137/90 (Ley de los Crímenes contra el sistema tributario, económico y relaciones de consumo).

Poco después de la Ley de Crímenes atroces, la Ley n.º 8.137, de 27 de diciembre de 1990, que define los crímenes contra el orden tributario, económico y contra las relaciones de consumo, también trató del tema, estableciendo que, en los delitos en ella definidos practicados por bandas o en coautoría, el coautor o partícipe que, a través de confesión espontánea, “revele a las autoridades toda la trama delictiva” tendrá derecho a reducción de la pena de 1/3 a 2/3.

Se destaca el carácter bastante amplio de la redacción del dispositivo, al exigir la revelación de “toda la trama delictiva”. Además, establece la ley que la colaboración del coautor o partícipe debe ser “espontánea”, y no solamente voluntaria. Se exige, así, el raro requisito de que la iniciativa de colaborar provenga del imputado, sin ninguna especie de estímulo o sugerencia externa. Como señala GOMES, no es suficiente que la colaboración sea “voluntaria”, decurrente de un acto libre, sino que se exige un *plus*, que es la espontaneidad¹⁵³.

3.3.3. Ley n.º 9.613/98 (Ley de Blanqueo de capitales).

Beneficios aún mayores a los imputados colaboradores fueran previstos en la Ley n.º 9.613, de 3 de marzo de 1998, que trata del lavado de activos. De hecho, esta Ley establece reducción de pena de 1/3 a 2/3, su inicio de ejecución en régimen abierto (o semiabierto, de acuerdo con alteración realizada por la Ley n.º 12.683/2012), y la posibilidad de sustitución a cualquier tiempo de la pena privativa de libertad por restrictiva de derechos si el autor, el coautor o el partícipe colaboran espontáneamente con la autoridades, proporcionando informaciones que conduzcan al esclarecimiento de las

¹⁵³ GOMES, Luiz Flavio. *Delação premiada e aspectos processuais penais*. En: CERVINI, Raul; OLIVEIRA, Willian Terra de; GOMES, Luiz Flávio. “Lei de lavagem de capitais”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 344.

infracciones penales, a la identificación de sus autores, coautores e partícipes, o a la localización de los bienes, derechos o valores objeto del crimen.

Señala GOMES que, en casos de lavado de activos, si la colaboración es integral y rápidamente eficaz, de modo que permita la aclaración de otras infracciones y su autoría, bien como la localización de los bienes, sería adecuada la concesión del perdón judicial al imputado, o por lo menos, la aplicación de una pena restrictiva de derechos¹⁵⁴.

Se destaca una vez más la necesidad de colaboración “espontánea” del imputado, y no solamente la voluntariedad.

3.3.4. Ley n.º 9.807/99 (Ley de Protección de testigos).

También trata del tema de la colaboración procesal la Ley n.º 9.807, de 13 de julio de 1999, que establece el sistema de protección a víctimas y testigos amenazados así como a condenados o acusados colaboradores. Diferentemente de las demás leyes antes referidas, que regulan solamente los casos específicos de colaboración relacionados a los delitos en ellas previstos (la Ley de Lavado de Activos se aplica a los casos de colaboración relativos a lavado de activos, por ejemplo), la Ley n.º 9.807/99 es una especie de ley general, puesto que, en general, sus disposiciones se aplican a cualquier especie de delito.

Así, establece la Ley n.º 9.807/99 que el juez puede conceder el perdón judicial y decretar la extinción de la punibilidad del imputado primario que colabore efectiva y voluntariamente con la investigación y el proceso criminal, si de esta colaboración se obtiene alguno de estos resultados: a) la identificación de los demás coautores o partícipes; b) la localización de la víctima con su integridad física preservada; c) la recuperación total o parcial del producto del crimen. Si el imputado colaborador no cumple los requisitos para obtención del perdón judicial, puede tener su sanción reducida de 1/3 a 2/3, en caso de que colabore voluntariamente en la identificación de los demás

¹⁵⁴ GOMES, Luiz Flavio. *Delação premiada e aspectos processuais penais*. En: CERVINI, Raul; OLIVEIRA, Willian Terra de; GOMES, Luiz Flávio. “Lei de lavagem de capitais”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 345.

coautores o partícipes, o en la localización de la víctima con vida, o en la recuperación total o parcial del producto del crimen.

Esta Ley también trata de las fundamentales medidas de protección de los imputados colaboradores, pues es notorio que la existencia de un sistema efectivo de protección es, generalmente, condición indispensable para que un imputado decida colaborar con la justicia.

Así, establece la legislación, en su art. 15, que serán aplicadas en beneficio del colaborador “medidas especiales de seguridad y de protección a su integridad física”. Con tan amplia redacción, la Ley confiere a la autoridad amplios poderes discrecionales para deferir las medidas necesarias y adecuadas para la protección de los imputados colaboradores. Además de eso, es expresamente previsto que, en caso de prisión provisional, el colaborador debe ser mantenido apartado de los demás presos.

3.3.5. Ley n.º 11.343/2006 (Ley de Drogas).

La Ley contra el Tráfico de Drogas, Ley n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006, igualmente establece reducción 1/3 a 2/3 en la pena para el imputado que colabore en la investigación y en el proceso criminal, identificando los coautores o partícipes y auxiliando en la recuperación total o parcial del producto del crimen.

3.3.6. Ley n.º 12.850/2013 (Ley del Crimen organizado).

Por fin, la nueva legislación contra el crimen organizado, Ley n.º 12.850, de 2 de agosto de 2013, reglamentó de manera más adecuada el instituto; estableció un procedimiento para formalizar la colaboración procesal y estipuló los derechos del colaborador, disminuyendo, así, la gran inseguridad que rodeaba el instituto. No fueran resueltos todos los problemas existentes, pero esta Ley representa un innegable progreso en el sentido de una aplicación más racional y garantista de la colaboración del imputado.

Los beneficios previstos en la Ley n.º 12.850/2013 alcanzan a los imputados que colaboran con la justicia en relación a delitos cometidos por organizaciones criminales o en relación a infracciones penales previstas en tratados internacionales firmados por Brasil, cuando la ejecución empezó en Brasil y el resultado ocurrió o debería ocurrir en territorio extranjero, o viceversa.

Sin embargo, las disposiciones legales de esta Ley que tratan del procedimiento, de la formalización de la colaboración, son aplicables a todos los casos en que, con amparo en otras legislaciones, el imputado colabora con la justicia, pues las demás leyes brasileñas sobre el instituto son absolutamente omisas en cuanto al procedimiento a ser adoptado.

Una de las muchas dudas existentes en la aplicación del instituto es la relativa a cual debería ser la actuación del magistrado en las negociaciones del acuerdo de colaboración: ¿debería participar de tales negociaciones, incluso para garantizar los derechos del imputado? ¿O sería más adecuado mantenerse lejano? Si el juez no participa de las negociaciones, ¿es necesaria la homologación judicial del acuerdo?

La Ley del Crimen organizado, pues, presentó algunas soluciones.

Primeramente, el art. 4.º, párrafo 6.º, claramente afirma que el juez no debe participar en las negociaciones del acuerdo de colaboración. Se trata, efectivamente, de una solución muy adecuada, pues con esta decisión se trata de garantizar la fundamental imparcialidad del órgano juzgador.

Sin embargo, la ausencia de participación judicial en las negociaciones no significa que el juez no debe fiscalizar la regularidad del acuerdo: todo lo contrario. Para tener validez, el acuerdo debe ser homologado por el juez; si el pacto no cumple con los requisitos legales, el juez puede recusarse a homologarlo o, actuando de oficio, adecuarlo a la legislación. Una situación muy evidente en que el juez puede actuar para someter el acuerdo a los términos legales ocurre cuando negociada la concesión al colaborador de un beneficio no previsto en ley.

El acuerdo de colaboración, pues, debe ser negociado entre el Jefe de Policía y/o el Fiscal con el imputado y su abogado. En los casos en que el pacto es negociado solamente por el Jefe de Policía con el imputado y su defensor, sin la participación del

Ministerio Público, el Fiscal debe manifestar su concordancia antes de la homologación judicial (art. 4.º, párrafos 6.º y 7.º).

Para ser homologado, el acuerdo debe ser escrito e indicar expresamente: a) las condiciones ofrecidas por la Policía o la Fiscalía; b) la declaración de que el imputado, asistido por abogado, está de acuerdo con los términos de la negociación; c) las firmas del Fiscal o Jefe de Policía, del imputado colaborador y de su abogado; d) las medidas de protección al colaborador y su familia, si es necesario (art. 6.º de la Ley n.º 12.850/2013).

Aún de acuerdo con la Ley n.º 12.850, pueden ser concedidos al colaborador los siguientes beneficios: perdón judicial; reducción de la pena privativa de libertad hasta 2/3; o sustitución de la pena por medidas restrictivas de derechos.

Y para tener acceso a tales premios, debe el imputado colaborar efectiva y voluntariamente con la investigación y con el proceso criminal, y de esta colaboración debe obtenerse al menos uno de los siguientes resultados: a) la identificación de los demás coautores y partícipes de la organización criminal y de las infracciones penales por ellos practicados; b) la revelación de la estructura jerárquica y de la división de las actividades de la organización criminal; c) la prevención de las infracciones penales derivadas de las actividades de la organización criminal; d) la recuperación total o parcial del producto de las infracciones penales practicadas por las organización criminal; e) la localización de eventual víctima con su integridad física preservada.

Con la finalidad de estimular aún más la colaboración, prevé el art. 4.º, párrafo 4.º de la Ley que, si el imputado no es el jefe de la organización criminal y es el primero a colaborar, puede también el Ministerio Público no enjuiciarlo.

Un gran problema relativo a las declaraciones del imputado colaborador siempre ha sido el conflicto con su derecho al silencio (lo que incluye, evidentemente, el derecho de no decir la verdad). El art. 4º, párrafo 14 de la Ley n.º 12.850/2013, expresamente estableció que, en todas sus declaraciones, el colaborador, en presencia de su abogado, deberá renunciar al derecho al silencio, y tendrá la obligación legal de decir la verdad.

Por fin, destaca la Ley ahora analizada que son derechos del colaborador: a) disfrutar de las medidas de protección previstas en ley; b) tener su nombre, calificación,

imagen y demás informaciones personales preservadas; c) participar de las audiencias sin contacto visual con los demás imputados; d) que su identidad no sea divulgada por los medios, no ser fotografiado o filmado sin su previa autorización; e) cumplir su sanción penal en establecimiento penitenciario distinto de los otros coimputados (art. 5.º).

Es posible, pues, que con las reglas del juego más claras, la colaboración procesal pueda asumir, efectivamente, una posición de relevancia en la persecución penal del crimen organizado.

3.4. La colaboración procesal en un proceso penal democrático y garantista: críticas principales a su uso en Brasil.

No caben dudas sobre la relevancia y utilidad de la colaboración procesal del coimputado, especialmente cuando es utilizada contra la criminalidad grave y organizada. La medida de su importancia puede ser verificada por las declaraciones del juez FALCONE, responsable por conducir diversas investigaciones contra la mafia en Italia en los años 1980 y 1990, cuando destacaba que la colaboración del arrepentido Tommaso Busceta había sido fundamental para permitir a las autoridades una mejor comprensión sobre el fenómeno mafioso. Decía FALCONE que:

Con anterioridad, no tenía – no teníamos – más que una idea superficial del fenómeno mafioso. Con aquel hombre empezamos a mirar al fondo. Nos procuró incontables confirmaciones acerca de la estructura, sobre las técnicas de reclutamiento, sobre las funciones de la Cosa Nostra. Pero, ante todo, nos facilitó una visión global, vasta, de largo alcance, sobre el fenómeno. Aportó una clave de lectura, un lenguaje, un código. Para nosotros fue como un profesor de lengua que te permite comunicarse en China sin recurrir a la gestualidad¹⁵⁵.

Se refería FALCONE, evidentemente, al sistema italiano. No obstante, la colaboración procesal puede asumir un papel destacado en la investigación y enjuiciamiento de la criminalidad grave y organizada en todos los países que sufren con esta especie de delincuencia.

¹⁵⁵ FALCONE, Giovanni y PADOVANI, Marcelle. *Cosas de la Cosa Nostra*. Traducción de Miquel Izquierdo. Barcelona: Barataria, 2006, pp. 38/39.

En Brasil, por ejemplo, la colaboración procesal jugó un importante papel en las investigaciones de los hechos relativos a la Acción Penal n.º 470, conocida como el caso “Mensalão”, el más importante juzgamiento de prácticas de corrupción política de la historia brasileña¹⁵⁶.

Sin embargo su innegable significación, y su previsión en diversas leyes brasileñas, como ya hemos señalado, la colaboración procesal no está, de manera alguna, libre de numerosas y contundentes críticas: denuncias en cuanto a su carácter supuestamente no ético, observaciones de frontal violación a los principios constitucionales, inconformidades cuanto a su uso abusivo y exagerado, o a la poca confiabilidad de la prueba decurrente de la colaboración.

En un Estado democrático de Derecho, como se pretende el brasileño, el refuerzo investigativo representado por la colaboración procesal del coimputado solamente puede ser utilizado si, y en la medida en que, respete a los derechos fundamentales de los ciudadanos. Las ganancias en términos de eficiencia del proceso penal no pueden ser obtenidas a costa de violaciones desproporcionadas de las garantías de las personas. Así, tiene especial relevancia el análisis de las críticas lanzadas al instituto, con el fin de verificar su compatibilidad al ordenamiento constitucional, lo que se pasa a hacer.

3.4.1. La ausencia de eticidad de la colaboración procesal.

La primera crítica que se hace a la colaboración procesal es que se trata de un instituto que viola la idea ética subyacente a un Estado democrático de Derecho, pues estimula a la traición y a la falsedad.

BECCARIA ya denunciaba la inmoralidad del instituto con esta fuerte crítica, afirmando que la colaboración podría transformar el hombre en un ser disimulado: “Cualquiera que puede sospechar ver en otro un delator, ve en él un enemigo. Entonces, los hombres se acostumbran a enmascarar sus propios dictámenes, y con el uso de esconderlos a los otros llegan finalmente a esconderlos de sí mismos. Infelices, pues, cuando han

¹⁵⁶ Disponible en: www.stf.jus.br.

arribado a este punto; sin principios claros que los guíen, vagan desmayados y fluctuantes por el vasto mar de opiniones, pensando siempre en salvarse de los monstruos que les amenazan. Pasan el momento presente en la amargura que les ocasiona la incertidumbre del futuro: privados de los durables placeres de la tranquilidad y seguridad, apenas algunos pocos de ellos repartidos en varias temporadas de su triste vida, y devorados con prisa y con desorden los consuelan de haber vivido”¹⁵⁷.

También repudiando el instituto de la colaboración procesal, ZAFFARONI afirmó que el Estado no puede utilizar medios inmorales para evitar la impunidad de criminales, y que la concesión de inmunidad a los “arrepentidos” constituye una seria lesión a la eticidad del Estado. Y añadió, de manera muy contundente, que al se utilizar de la colaboración del imputado, el Estado está comprando la cooperación del delincuente al precio de su impunidad, con el objetivo de “hacer justicia”, lo que repugnaría el Derecho Penal liberal desde los tiempos de Beccaria¹⁵⁸.

Pero se debe comprender esta crítica a la impunidad de los arrepentidos *cun grano salis*. Hay que recordar que la concesión de inmunidades en casos especiales no es práctica extraña a nuestra tradición jurídica. De hecho, la conocida “puente de oro” creada en los institutos de la desistencia voluntaria y del arrepentimiento eficaz, en casos de tentativa, tiene clara inspiración utilitarista, y actúa como un estímulo al abandono de la actividad delictiva a cambio de la no punición. Además de eso, en el ordenamiento brasileño la concesión de total inmunidad a los colaboradores de la justicia es práctica excepcional, pues la regla general es solamente la reducción de la pena del imputado.

No se puede negar que al ofrecer premios a los delatores, el Estado incentiva la traición de los compañeros de crimen, actitud considerada como moralmente reprochable. GOMES señala que al establecer un premio al traidor, la ley transmite un mensaje contrario a

¹⁵⁷ BECCARIA, Cesare. *Tratado de los delitos y la penas*. Madrid: Ministerio de Justicia y Ministerio de Cultura. 1993, pp. 72/73.

¹⁵⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Il crimine organizzato: una categorizzazione fallida*. En: MOCCIA, Sergio (Org.). “Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. Tra efficienza e garanzia”. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1999, p. 85.

los valores morales: cuando ni siquiera el “código” de los criminales admite la traición, es por lo menos paradójal que la legislación la estimule¹⁵⁹.

Sin embargo, puede ser igualmente difícil considerar ética la conducta de un delincuente que prefiere proteger sus compañeros responsables por prácticas atentatorias a los más relevantes valores e intereses de una comunidad, o de un criminal que prefiere no revelar donde se encuentra la víctima del secuestro, con eso tornando imposible su rescate con vida, o de un delincuente que se niega a esclarecer donde se encuentran los valores desviados del patrimonio público por organización criminal especializada en esta especie de delito. De ese modo, sería pertinente la siguiente cuestión: ¿existiría, en estas conductas, algún valor ético a ser protegido por el ordenamiento jurídico?

En relación a las críticas cuanto a la conducta de traicionar los coautores, es oportuno poner en relieve desde luego que la concesión de los beneficios legales relativos a la colaboración con la justicia no presupone necesariamente, en el ordenamiento brasileño, la traición de los compañeros de crimen, pues existen hipótesis en que el auxilio a las autoridades se reduce a facilitar informaciones sobre el producto del delito o la ubicación de la víctima.

Y la complejidad del instituto también se revela en el siguiente conflicto: si la traición es inmoral, colaborar con la justicia es un acto moral. Algunos autores, así, identifican la moralidad o inmoralidad de la conducta del colaborador en su finalidad: si el imputado actúa de forma egoísta, buscando solamente una reducción en su pena, su conducta sería inmoral; de otro lado, actuaría de forma moral si impulsado por legítimo arrepentimiento¹⁶⁰.

Sin embargo, parece que MUSCO tiene una comprensión mas adecuada del instituto, bajo el punto de vista jurídico, al afirmar que:

Es obvio que el término *pentitismo* no se usa en su dimensión ética, sino en su acepción menos noble, en el sentido hoy en uso en la comunidad social, en el significado vulgar que se limita a indicar simplemente el hecho objetivo de la admisión de la propia responsabilidad por uno o más delitos, acompañado de la ayuda proporcionada a los investigadores para

¹⁵⁹ GOMES, Luiz Flavio. *Delação premiada e aspectos processuais penais*. En: CERVINI, Raul; OLIVEIRA, Willian Terra de; GOMES, Luiz Flávio. “Lei de lavagem de capitais”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 348.

¹⁶⁰ BITTAR, Walter Barbosa. *Delação premiada*. 2 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 180.

el conocimiento del mundo criminal al que pertenece. Ninguna dimensión de orden moral, interno, psicológico, de recuperación de valores sociales, sino solamente indicación de un dato empírico, de oportunidad y de contratación, en una lógica típica del intercambio de valores¹⁶¹.

Se debe reconocer que la introducción de la colaboración procesal del coimputado en el ordenamiento jurídico es una cuestión de política criminal¹⁶². Existen respetables posicionamientos doctrinales contrarios a la aplicación del instituto, a causa de su alegada inmoralidad, todos con capacidad para disputar el convencimiento del legislador, de acuerdo con las reglas del juego democrático. No obstante, una vez tomada la decisión por el legislador, la no aplicación de la ley solamente puede tener por fundamento su incompatibilidad con el orden constitucional. Como destaca SILVA SÁNCHEZ: “en los sistemas del constitucionalismo moderno, sólo pueden impugnarse preceptos penales cuando resultan inconstitucionales por defecto o por exceso. Si no se da ni lo uno ni lo otro, nos hallamos en el marco de la política criminal defendible, más o menos plausible, pero en todo caso no radicalmente impugnable”¹⁶³.

En igual sentido, PEREIRA afirma que una vez superada la cuestión de la legitimidad jurídica sustancial del instituto, con su ingreso en el orden jurídico constitucional de manera legítima, puesto que en conformidad formal y material con los principios constitucionales, ya estará firmada su validez, independiente de contrariar otras concepciones dogmáticas. Y añade que no estarán descartadas, entonces, las críticas de política criminal al instituto, pero no es más eso lo que se discute, pues tales críticas no fueran suficientes para convencer al legislador y no son suficientes para el reconocimiento de la inconstitucionalidad de la opción legislativa¹⁶⁴.

La argumentación de la inmoralidad de la colaboración del coimputado, por estar el Estado a incentivar la traición, no es suficiente para que no se aplique el instituto,

¹⁶¹ MUSCO, Enzo. *Los colaboradores de la justicia entre el pentitismo y la calumnia: problemas y perspectivas*. Revista Penal, n. 2, 1998, p. 35.

¹⁶² Afirma Frederico Valdez Pereira que la inspiración prevalente en relación a la colaboración es de política criminal, que se revela en la elección de los delitos a los cuales se vinculan hipótesis de arrepentimiento, así como en la naturaleza y el alcance de las medidas que estimulan el comportamiento colaborativo (PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada. Legitimidade e procedimento*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 34).

¹⁶³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 3 ed. ampliada, Madrid: Edisofer, 2011, p. 127.

¹⁶⁴ PEREIRA, Frederico Valdez. *Compatibilização constitucional da colaboração premiada*. Revista CEJ, Brasília, Año XVII, n. 59, abril 2013, p. 86.

especialmente si consideramos que la colaboración debe ser utilizada en casos de criminalidad grave, en los cuales existen relevantes intereses sociales a proteger.

De acuerdo con STRECK, el Poder Judicial solamente puede no aplicar una ley en seis hipótesis, que serían: a) cuando la ley o el acto normativo es inconstitucional (caso en que declarará su inconstitucionalidad, a través del control concentrado, o no los aplicará, ejerciendo el control difuso de constitucionalidad; b) cuando sean aplicados los criterios de resolución de antinomias; c) cuando se utilice la interpretación conforme a la Constitución; en este caso, el *texto* de la ley (su literalidad) no sufrirá cualquier alteración, pero recibirá una interpretación que lo torne adecuado y compatible con la Constitución; d) cuando sea empleada la técnica de declaración de nulidad parcial sin reducción del texto, por la cual se mantiene la literalidad del dispositivo pero se excluye determinada(s) hipótesis de aplicación, por inconstitucionalidad; e) cuando se trate de un caso de declaración de nulidad con reducción de texto, situación en que la exclusión de una palabra del texto puede mantener la constitucionalidad de la norma; y f) cuando una regla contraríe a un principio, hipótesis en la cual el principio debe prevalecer¹⁶⁵.

La no aplicación de una ley en circunstancias distintas de las antes referidas configuraría puro activismo judicial; es decir, la simple sustitución del juicio discrecional del legislador democráticamente elegido por el juicio discrecional del juzgador. Y el activismo judicial, por depender exclusivamente de la voluntad del juez, ignorando la voluntad de los representantes de pueblo, es absolutamente antidemocrático.

Así, no obstante la contundencia de la crítica a la (in)moralidad de la colaboración procesal (pertinente, y que debe llevar al legislador a limitar su uso a casos graves y estrictamente necesarios), se debe reconocer que tal argumento no representa obstáculo jurídico suficiente para impedir su aplicación, pues para tanto sería necesaria su incompatibilidad con el orden constitucional.

Entonces, a seguir, se analizan algunas de las principales críticas a la colaboración procesal, bajo el punto de vista de supuesta violación de principios constitucionales penales y procesales.

¹⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 605/606.

3.4.2. La violación de principios constitucionales: *nemo tenetur se detegere*, amplia defensa, igualdad y publicidad.

De acuerdo con lo ya destacado en el Capítulo II, el instituto de la colaboración procesal se encuentra justo en el punto de tensión entre dos polos con tendencias opuestas, como son la necesidad de eficiencia del sistema penal, de un lado, y la conformidad de ese sistema a los principios y garantías típicas del Estado Democrático de Derecho¹⁶⁶.

Por eso, fuertes críticas al instituto destacan la posible violación de diversos principios constitucionales, y por tanto, la absoluta incompatibilidad de la colaboración procesal con la Ley Fundamental o, por lo menos, la necesidad de ajustar e interpretar el instituto a los dictámenes de la Constitución.

Uno de los principales argumentos blandidos en contra la concesión de beneficios legales a los colaboradores de la justicia es que eso violaría el derecho del imputado al silencio y a no declarar ni producir pruebas en su contra.

En la Constitución brasileña, este derecho es previsto en el artículo 5º, LXIII, que establece que el arrestado deberá ser informado de sus derechos, incluso el de permanecer callado. No obstante el texto hacer referencia solamente al arrestado, la interpretación de este dispositivo es que se trata, evidentemente, de derecho de todos los imputados.

Como ya hemos señalado, forma parte de la esencia de la colaboración procesal que el imputado confiese los hechos en los cuales haya participado. Pero eso podría representar, de acuerdo con algunos juristas, una violación del *nemo tenetur se detegere*, deviniendo en inconstitucional.

En contra a ese argumento es posible decir que la colaboración es un acto voluntario; la legislación brasileña así lo exige expresamente y, en algunas oportunidades incluso va más allá, exigiendo la espontaneidad del imputado.

¹⁶⁶ PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada. Legitimidade e procedimento*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 46.

Además, para que la voluntaria colaboración procesal del coimputado violara el derecho a no producir pruebas contra sí mismo se debería considerar que tal derecho fuera absolutamente indisponible, y, como consecuencia, que existiera una especie de deber fundamental de resistir a la pretensión acusatoria del Estado. Tal cosa claramente no existe, como demuestra la tradicional causa de reducción de pena en razón de la confesión. El imputado es libre para, de manera consciente, disponer de su derecho a no colaborar, e incluso actuar de manera a, estratégicamente, buscar los beneficios procesales de la colaboración.

Destaca BITTAR que sería una gran ironía, desde la perspectiva de las garantías constitucionales, no permitir al investigado o imputado utilizarse de una ley que puede ser su mejor – o muchas veces única – estrategia de defensa, ya que en muchas veces la colaboración puede ser la única posibilidad real de disminución o incluso eliminación de la pena¹⁶⁷.

Si la voluntad del imputado en colaborar es expresa de manera libre y consciente, y si no existe un deber de resistir a la acusación, no se identifica violación al derecho a no declarar y no producir pruebas en su contra.

Sin embargo, aún sería posible discutir sobre la efectiva libertad de la manifestación de voluntad del colaborador, afirmando que el establecimiento de considerables “premios” a los que colaboran podría eliminar la voluntariedad del imputado.

De hecho, PADOVANI, tratando del sistema italiano pero en raciocinio totalmente aplicable al ordenamiento brasileño, afirma que existe un riesgo de que los beneficios de la colaboración procesal actúen sobre el imputado como una especie de “inquisición suave”, induciendo a la colaboración. Es decir, como el instituto está diseñado para persuadir a los imputados, para incentivar la colaboración a cambio de un beneficio, la lógica del premio no dejaría de ser un instrumento de presión sobre el acusado; no una tortura, sino que una presión de naturaleza premial¹⁶⁸.

¹⁶⁷ BITTAR, Walter Barbosa. *Delação premiada*. 2 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 180.

¹⁶⁸ PEREIRA, Frederico Valdez. *Compatibilização constitucional da delação premiada*. Revista CEJ, Brasília, Ano XVII, n. 59, p. 84/99, ene./abr., 2013, p. 91. El autor también cita a Langbein, que afirma, haciendo referencia al sistema norteamericano, que “*plea bargaining, like torture, is coercitive*”.

Es cierto que el establecimiento de un premio para la colaboración influye en la voluntad del imputado, especialmente en los que casos en que el beneficio es la total inmunidad. No se puede olvidar que la propia Convención de Palermo establece que los Estados Parte deberán adoptar *medidas apropiadas* para *alentar* la colaboración con la justicia. El sistema, pues, es reconocidamente diseñado para convencer el imputado a colaborar. Pero parece exageración afirmar que el premio elimine completamente la voluntad del imputado; siempre existirá la posibilidad de elección entre colaborar o no.

En este caso, sin embargo, fundamental es el papel a ser ejercido por el juez, de manera a reducir la posibilidad de cualquier especie de irregularidad en el procedimiento, incluso refrenar eventuales abusos y presiones indebidas realizadas por los órganos de persecución penal, garantizar los derechos del imputado, y especialmente cerciorarse que la colaboración es efectivamente voluntaria.

Importante, pues, que antes de homologar el acuerdo de colaboración procesal el juez verifique atentamente el cumplimiento de los mismos requisitos generalmente exigidos para la aceptación de la *guilty plea* en el sistema de la common law, y que pueden ser brevemente descriptos así, como expone RODRÍGUEZ GARCÍA¹⁶⁹:

- a) el imputado debe ser capaz para declarar; esta capacidad generalmente se confunde con la capacidad para comparecer en juicio, pues existiría evidente paradoja si se considera alguien capaz de ser acusado en juicio pero incapaz para aceptar un acuerdo de colaboración. Debe el juez, no obstante, verificar si el imputado comprende adecuadamente la lengua y el procedimiento, y si su estado mental, en el momento del acuerdo, es compatible con la gravedad del acto;
- b) la colaboración debe ser voluntaria y no producto de cualquier especie de coerción para ser válida; corresponde al juez verificar si el imputado fue sometido a violencias físicas o mentales, coacciones o amenazas (y sobre el tema, muy controvertido es el uso excesivo de la prisión cautelar con el – no muy – oculto objetivo de que el imputado colabore);

¹⁶⁹ RODRÍGUEZ GARCIA, Nicolás. *La justicia penal negociada. Experiencias de derecho comparado*. Salamanca: Universidad de Salamanca. 1997, pp. 44/49.

- c) el imputado, siempre asistido por su defensor, debe comprender claramente los términos del acuerdo, los compromisos que asume, sus consecuencias y los beneficios que recibirá; es responsabilidad del juez dirigirse personalmente al imputado para determinar si él tiene una comprensión adecuada de todo eso, antes de homologar el acuerdo de colaboración.

El art. 4.º, párrafo 7º, de la Ley n.º 12.850/2013 (Ley del Crimen organizado) confiere al juez la facultad de entrevistar al imputado colaborador, en presencia de su defensor, con el fin de verificar “la regularidad, legalidad y voluntariedad” del acuerdo, antes de su homologación¹⁷⁰, oportunidad en que podrá analizar el cumplimiento de los requisitos antes mencionados.

No se puede concluir, pues, que la colaboración procesal viole el derecho constitucional del imputado de no declarar o producir prueba en su contra, considerando que se trata de conducta voluntaria y que el derecho mencionado es disponible. Pero debe el juez adoptar las cautelas necesarias, antes de la homologación del acuerdo, para cerciorarse del cumplimiento de los requisitos legales, especialmente en relación a la voluntariedad de la actuación del imputado y su nivel de comprensión de los términos del pactado.

De otro lado, también se afirma que la colaboración procesal generaría una posible violación del principio de igualdad, pues podrían existir penas sustancialmente distintas para autores de un mismo delito (una más blanda para el que colabora y una más severa para los demás).

El tratamiento distinto a sujetos colaboradores y no colaboradores se justifica sencillamente en el hecho de que no existe una identificación sustancial entre la situación del individuo que realiza una conducta post delictiva contra los intereses de la organización criminal, auxiliando en el esclarecimiento de los hechos, y previniendo otras conductas ilícitas y el comportamiento del agente que permanece comprometido con la

¹⁷⁰ Ley 12.850, art. 4º, § 7º. “Realizado o acordo na forma do § 6º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor”.

organización. La distinción de tratamiento, pues, encuentra fundamento en las diferentes situaciones fácticas.

Otra crítica lanzada al instituto viene a propósito de la ausencia de publicidad de los acuerdos de colaboración, situación que causa considerables dificultades para el ejercicio pleno del derecho de defensa.

Cuanto a este tema, el Supremo Tribunal Federal de Brasil afirmó, antes de la vigencia de la nueva Ley de Crimen organizado, en la resolución del Habeas Corpus n.º 90.688-5/PR, que el acuerdo de colaboración procesal era sigiloso, y que a él no podría tener acceso la defensa. En este caso específico, el Supremo Tribunal Federal brasileño solamente permitió a la defensa el acceso a los nombres de los fiscales que participaran del acuerdo con el colaborador, en razón de sospechas de que estos fiscales estarían impedidos de actuar en el proceso. Los términos del acuerdo, no obstante, permanecieran en sigilo¹⁷¹.

La Ley n.º 12.850/2013, no obstante, reguló la materia de forma diversa. De acuerdo con esta legislación, durante la fase de investigación, apenas el juez, el Ministerio Público y el jefe de policía pueden tener acceso al acuerdo de colaboración; el defensor, con autorización judicial, podrá tener acceso solamente a los elementos de pruebas relativos al ejercicio del derecho de defensa de su representado, pero no a aquellos elementos referentes a diligencias en curso. Sin embargo, después de recibida la denuncia por el juez, es decir, una vez que iniciado el proceso penal, el acuerdo no más será sigiloso, siendo accesible a todas las partes.

Esta nueva regulación de la materia es, sin dudas, más adecuada a los principios constitucionales. De un lado, la garantía del sigilo del acuerdo durante las investigaciones favorece al esclarecimiento de los hechos; de otro, su publicidad después del principio del proceso penal garantiza el respeto al derecho de defensa del acusado. Y se debe añadir que las declaraciones de colaborador, cuando realizadas durante el proceso judicial, deben respetar el derecho a la contradicción, de manera que el acusado puede confrontar al colaborador, formulando preguntas.

¹⁷¹ Habeas Corpus n. 90.688-5/PR, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, de 12/02/2008. Disponible en: www.stf.jus.br. Esta decisión creó toda una jurisprudencia en el país, pues los tribunales de los Estados pasaron a decidir de acuerdo con la comprensión del Supremo Tribunal Federal, y los acuerdos de colaboración procesal pasaron a ser inaccesibles a las defensas.

Así, las críticas cuanto a la ausencia de publicidad del acuerdo de colaboración, si anteriormente a la nueva Ley del Crimen Organizado ya no representaban inconstitucionalidad, de acuerdo con decisión del Supremo Tribunal Federal, pierden totalmente su razón de existir después de la Ley n.º 12.850/2013, puesto que garantizado el acceso a las partes después de la recepción de la denuncia.

Por fin, fuertes críticas fueran formuladas en relación a la ausencia de seguridad jurídica del instituto. Anteriormente a la Ley del Crimen Organizado, del año 2013, se podría afirmar que las reglas del juego, por así decir, no estaban suficientemente claras y la posición jurídica del colaborador no estaba adecuadamente garantizada.

Así, el imputado que colaboraba con la Justicia asumía considerables riesgos pero no tenía la seguridad de que el acuerdo sería reconocido y validado por el juez, o que recibiría los beneficios premiales que le habían sido prometidos.

Efectivamente, había una gran incertidumbre sobre el procedimiento formal que debería ser adoptado, bien como sobre cual debería ser la participación de las partes y del magistrado, y cuales los derechos del colaborador. Algunas de las principales cuestiones no respondidas por la legislación y que generaban inseguridad a todos los involucrados en la colaboración procesal fueran de esta manera sintetizadas por DE CARLI: ¿Quién puede proponer el acuerdo? ¿Solamente el Ministerio Público o también el juez? ¿El acuerdo puede existir sin la concordancia del Ministerio Público? ¿Debe el acuerdo ser oral, propuesto en audiencia, o escrito, con cláusulas y condiciones, como en un contrato? ¿Puede ocurrir solamente durante la investigación, o también durante el proceso, o mismo después de la decisión? ¿El juez puede participar de la negociación? ¿El acuerdo debe ser homologado por el juez? ¿Después de homologado, el acuerdo vincula al Poder Judicial? ¿El imputado puede desistir del acuerdo? ¿En este caso, la prueba producida puede ser usada contra el colaborador?¹⁷²

Fácilmente se percibe, pues, que la ausencia de respuestas legales a tantas preguntas dejaba el colaborador en una situación de casi completa inseguridad, puesto que

¹⁷² DE CARLI, Carla Veríssimo. *Delação premiada no Brasil: do quê exatamente estamos falando?* Boletim IBCCrim, São Paulo: IBCCrim, ano 17, n. 204, nov. 2009, pp. 17/18.

existía considerable posibilidad que la única persona perjudicada con su colaboración fuera él mismo.

Según destacado entendimiento jurisprudencial, la autoridad estatal (Jefe de Policía o Fiscal) que negociaba el acuerdo de colaboración con el imputado ni siquiera podría garantizarle el correcto cumplimiento de sus términos y la concesión final del beneficio prometido. La concesión del premio por la colaboración procesal dependía de manera exclusiva de la decisión del juez al final de proceso; el juzgador, entonces, podría reducir la pena del colaborador más o menos que lo acordado con la fiscalía o la policía, o incluso no conceder el beneficio, de acuerdo con su comprensión de los hechos.

Este posicionamiento fue expuesto en la Resolución del Habeas Corpus n.º 90.688-5/PR, por el Supremo Tribunal Federal, el más alto órgano del Poder Judicial de Brasil. A despecho de ese no ser el punto central del proceso, el Ministro MELLO declaró que, desde su punto de vista, el Ministerio Público no tenía el control de la colaboración procesal cuanto a sus consecuencias, pues estas deberían siempre ser decididas por el Poder Judicial. Es decir, aún que el acuerdo de colaboración tuviera previsión de un determinado beneficio al colaborador, el juez podría decidir en sentido distinto, no estando vinculado al acuerdo firmado con la fiscalía o la policía¹⁷³.

Resalta MARCÃO, con su experiencia como integrante del Ministerio Público de São Paulo, que no eran infrecuentes las oportunidades en que el imputado colaboraba con la investigaciones y al final del proceso no recibía los beneficios que habían sido

¹⁷³STF, Habeas Corpus n. 90.866-5/PR, Relator el Ministro Ricardo Lewandowski, de 12/02/2008. Destacó el Ministro Marco Aurélio Mello, *in verbis*: “tanto que já, inclusive, veiculei no plenário – e é uma matéria que o Tribunal terá que decidir – que o Ministério Público não tem, de início, o domínio da delação quanto às conseqüências, quanto aos benefícios dessa mesma delação. Quem o tem é o Estado-juiz”. Disponible em: www.stf.jus.br. También se debe resaltar que el Supremo Tribunal Federal ya había se manifestado en el sentido contrario, afirmando que la concesión del beneficio al colaborador es su derecho subjetivo. A respecto, véase el Habeas Corpus n. 99.736/DF, Relator el Ministro Ayres Britto, de 27/04/2010: “A partir do momento em que o Direito admite a figura da delação premiada (art. 14 da Lei 9.807/99) como causa de diminuição de pena e como forma de buscar a eficácia do processo criminal, reconhece que o delator assume uma postura sobremodo incomum: afastar-se do próprio instinto de conservação ou autoacobertamento, tanto individual quanto familiar, sujeito que fica a retaliações de toda ordem. Daí porque, ao negar ao delator o exame do grau da relevância de sua colaboração ou mesmo criar outros injustificados embaraços para lhe sonegar a sanção premial da causa de diminuição da pena, o Estado-juiz assume perante ele conduta desleal. Em contrapasso, portanto, do conteúdo do princípio que, no caput do art. 37 da Carta Magna, toma o explícito nome de moralidade.” Disponible en: www.stf.jus.br.

negociados con el Fiscal o con la Policía, lo que constituiría – ahí sí – verdadera violación ética patrocinada por el Estado; prácticamente una estafa¹⁷⁴.

En este escenario bastante desfavorable, no nos puede extrañar que, pese a que exista una harta cantidad de leyes previendo beneficios a los colaboradores, pocos imputados van a estar de acuerdo en colaborar con las autoridades.

Sin embargo, esa situación de inseguridad cuanto a la concesión del beneficio pactado debe cambiar con la nueva sistemática prevista en la Ley del Crimen organizado, que vuelve más claras las reglas de la colaboración y los derechos del que colabora con la justicia. Así, por ejemplo, con la necesidad de que el acuerdo de colaboración sea homologado por el Poder Judicial, estará el Poder Judicial obligado a respetarlo.

3.4.3. La banalización del recurso a la colaboración procesal: infracción de la regla de proporcionalidad.

Quizás la más pertinente crítica lanzada a la colaboración procesal en Brasil sea la que afirma su banalización, su uso excesivo y sin criterios, incluso para investigación de delitos sin mayor gravedad, que genera una violación de la regla constitucional de proporcionalidad. De hecho, desde su introducción en el ordenamiento jurídico, en principios de la década de 1990, el país ha asistido a la aprobación de numerosas leyes tratando del tema, con una constante ampliación de las hipótesis de aplicación del instituto.

Y si originalmente existía una pretensión de que la colaboración procesal fuera un instrumento de refuerzo investigativo contra la criminalidad grave (puesto que previsto inicialmente en la Ley de Crímenes atroces para ser utilizado en relación a delitos de extorsión mediante secuestro y cuadrilla o bando), con el paso del tiempo nuevas leyes previeran su aplicación indiscriminada a infracciones penales que no presentan gravedad suficiente para justificar el uso de medio tan restrictivo de derechos.

¹⁷⁴ MARCÃO, Renato. *Delação premiada*. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, Ano VI, n. 35, enero 2006, p. 161.

Ejemplo claro del uso excesivo y sin criterios de la colaboración procesal es la Ley n.º 8.137/90, que define los crímenes contra el orden tributaria, económica y contra las relaciones de consumo. Esta Ley establece que en los crímenes en ella previstos, practicados por cuadrilla o coautoria, el coautor o partícipe que colaborar con las autoridades y “revelar toda la trama delictuosa”, además de confesar su participación, tendrá derecho a la reducción de 1/3 a 2/3 de la pena.

La mayor parte de los crímenes previstos en la Ley n.º 8.137/90, sin embargo, tiene penas bastante bajas (de seis meses a dos años de detención)¹⁷⁵, y por eso son consideradas infracciones de menor potencial ofensivo,¹⁷⁶ admitiendo la aplicación de medidas alternativas, como la transacción penal (especie de negociación del imputado con el Ministerio Público para aplicación consensuada de una sanción no privativa de libertad) o la suspensión condicional del proceso durante determinado período de prueba. Y además de eso, en los crímenes contra el orden tributario, el simple acuerdo con el Estado para pagamiento del valor del tributo debido en cuotas mensuales suspende la pretensión punitiva, y el pago total extingue tal pretensión punitiva¹⁷⁷.

Con facilidad se percibe la total ausencia de criterios del legislador cuando admite para los mismos delitos varias medidas despenalizadas (lo que indica, por si solo, la poca gravedad atribuida a estos crímenes) y, a la vez, la aplicación de una medida como la colaboración procesal.

Pero aún peor es el tratamiento dado al tema por la Ley n.º 9.807/99 (Ley de Protección a testigos), que expresamente establece la posibilidad de concesión de perdón judicial y extinción de la punibilidad para el imputado sin condenación criminal anterior

¹⁷⁵ Ley n.º 8.137/90: “Art. 2º *Constitui crime da mesma natureza: I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo; II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos; III - exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal; IV - deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento; V - utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública. Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.”*

¹⁷⁶ De acuerdo con el artículo 61 de la Ley 9.099/95, son consideradas infracciones de menor potencial ofensivo las faltas y los crímenes con pena privativa de libertad máxima no superior a dos años.

¹⁷⁷ De acuerdo con el artículo 15 de la Ley n. 9.964/2000.

que colabore efectiva y voluntariamente con la investigación y el proceso, si de tal colaboración resulte cualquier de las siguientes consecuencias: a) identificación de los coautores o partícipes del crimen, localización de la víctima; b) localización de la víctima con su integridad física preservada; c) recuperación total o parcial del producto del crimen. Y si el imputado no rellena integralmente los requisitos legales para obtener el perdón judicial, puede recibir una disminución de 1/3 a 2/3 de su pena.

Se debe destacar que los beneficios previstos en esa ley pueden ser aplicados a cualquier delito, independiente de su gravedad, no existiendo restricción a su ámbito de incidencia.

Este crecimiento exacerbado de la legislación creando amplias hipótesis de aplicación de la colaboración procesal, hasta el punto de posibilitar su uso en relación a cualquier especie de delito, genera el riesgo de transformar la delación del coimputado en uno de los principales – sino el principal – instrumentos de investigación de crímenes comunes, callejeros. Evidentemente que esta situación puede conllevar una desincentivación de las actividades efectivamente investigativas de los órganos de persecución, que se limitarían a buscar que un coimputado facilite informaciones.

Por cierto que uno de los motivos fundamentales para que el legislador brasileño, desde principios de la década de 1990, estimule la colaboración del coimputado con las autoridades es la insuficiente capacidad investigativa de los órganos estatales, generada por un conjunto de causas, como por ejemplo: la falta de personal calificado, la ausencia de estructura adecuada para investigación, la falta de medios materiales, los bajos sueldos, la corrupción, etc.

Como no existe una cultura de hacer públicos datos oficiales minuciosos sobre esclarecimientos de crímenes en Brasil, estas informaciones son generalmente bastante bien guardadas por los gobiernos y las policías, pues denuncian su grado de (in)eficiencia.

Sin embargo, algunos estudio demuestran claramente la insuficiencia e inadecuación de las estructuras investigativas de los órganos públicos.

Así, una comparación entre la cantidad de delitos registrados por las víctimas en los Departamentos de Policía del Estado de São Paulo entre los años de 2002 y

2009, y los datos de productividad del Ministerio Público de ese Estado en el mismo periodo indican que en 95% de los crímenes registrados ni siquiera es instaurada una acción penal (eso en un país en lo cual vigora el principio de obligatoriedad de la acción penal). Solamente en 3,1% de los hurtos y 4,8% de los robos, la Fiscalía ofrece denuncia, dando inicio a un proceso judicial (lo que evidentemente no significa una futura condena); los casos restantes no son esclarecidos¹⁷⁸.

Y esos números son aún peores que parecen si se tiene en cuenta que la cifra negra en Brasil es altísima. Efectivamente, de acuerdo con el Informe de la Encuesta de Victimización en la ciudad de São Paulo (años 2003 a 2013), realizado por el “Instituto de Ensino e Pesquisa – INSPER”, 64,7% de las víctimas de robo no hicieron la denuncia del delito en el Departamento de Policía. Y en relación a los hurtos, la cifra negra es aún mayor: 81,9% de las víctimas no realizaron la denuncia del delito¹⁷⁹.

En Curitiba, capital del Estado de Paraná, ocurrieron 5.806 homicidios entre los años de 2004 y 2013, de acuerdo con datos de la Secretaria de Seguridad Pública divulgados por el periódico “Gazeta do Povo”. Sin embargo, en este mismo período, fueran instaurados apenas 1.314 procesos penales relativos a ese tipo de crimen; en 77% de los casos, la acción penal no fue ni siquiera propuesta¹⁸⁰.

De acuerdo con datos del Ministerio Público, en el Estado de Rio de Janeiro había, en el año 2011, 60.000 homicidios no esclarecidos ocurridos entre los años de 2001 y 2010. De estos, en 24.000 homicidios ni siquiera la víctima había sido identificada¹⁸¹.

Esta notoria incapacidad investigativa hace con que los mejores esfuerzos policiales sean dedicados a los casos en que exista flagrante, pues en estas situaciones las dudas respecto a la autoría delictiva son considerablemente menores. Todos los demás

¹⁷⁸ MANSO, Bruno Paes; BRANCATELLI, Rodrigo. *Em SP, 95% dos crimes ficam impunes*. “O Estado de São Paulo”, 16 de Julio de 2010. Disponible en: <http://www.estadao.com.br/noticias/cidades.em-sp-95-dos-crimes-ficam-impunes,581914,0.htm>. Consultado en 8 de julio de 2014.

¹⁷⁹ INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA – INSPER. *Relatório da pesquisa de vitimização em São Paulo – 2003/2013*. Disponible en: http://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2013/09/Relatorio_Vitimizacao_PoliticasPublicas_Inspere.pdf. Consulta en 8 de Julio de 2014.

¹⁸⁰ WALTER, Bruna Maestri, *et al.* *A Impunidade é a regra*. “Gazeta do Povo”, 4 de agosto de 2013. Disponible en: <http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/crime-sem-castigo/conteudo.phtml?id=1396484&tit=A-impunidade-e-a-regra>. Consulta en 8 de julio de 2014.

¹⁸¹ REBELO, Fabricio. *Falta de esclarecimento de crimes impede traçar perfil criminal brasileiro*. Disponible en: <http://jus.com.br/artigos/20081/falta-de-esclarecimento-dos-crimes-impede-tracar-perfil-criminal-brasileiro>. Consulta en 8 de julio de 2014.

casos en que no exista una situación de flagrante, y que por tanto necesitan de una mayor actividad investigativa, quedan relegados a un segundo plano.

Y se debe reconocer que los datos antes presentados reflejan las deficiencias investigativas cuanto a una especie de criminalidad eminentemente callejera, de masa, “tradicional” (hurtos, robos, homicidios); justamente la especie de delincuencia a que los órganos de persecución están más acostumbrados y preparados para enfrentar. No se puede olvidar que la generalidad de los instrumentos de investigación fue diseñada para tratar de una delincuencia practicada por un sujeto activo individual contra un sujeto pasivo individual.

Pero si tratamos de una criminalidad más sofisticada, organizada, especialmente de cuello blanco, dedicada a delitos que violan bienes jurídicos supraindividuales, en los cuales se suele decir que no existen víctimas (por lo menos víctimas directamente individualizadas), las dificultades investigativas son inconmensurablemente mayores. Y eso se debe a que a las deficiencias estructurales ya referidas de los órganos de persecución se añaden las características propias de la criminalidad organizada, ya tratadas en el Capítulo I (uso de violencia, corrupción de funcionarios públicos, cultura de supresión de pruebas, ley de silencio, etc.).

Y como reconocen incluso los integrantes de las policías, la actividad investigativa en Brasil en general es, aún hoy, completamente burocrática, obedeciendo a modelos del siglo XIX¹⁸², y con muy poca utilización de instrumentos tecnológicamente más avanzados.

Es exactamente en este contexto fáctico que se debe analizar el incremento legislativo del recurso a la colaboración procesal en Brasil. Evidentemente que poder contar con informaciones de criminales “arrepentidos” (a cambio de beneficios en relación a cantidad y forma de cumplimiento de pena, o mismo de total inmunidad) es más sencillo, más cómodo y considerablemente más barato que invertir en la estructuración de los

¹⁸² Sobre el tema, afirmó un ex alto directivo de la Policía Civil de São Paulo al periódico Estado de São Paulo que, desafortunadamente, el índice de resolución de crímenes es muy bajo, e eso es resultado de una política de investigación burocrática, en los patrones del siglo XIX. (SANT’ANNA, Lourival. *Só 1 em cada 3 latrocínios é esclarecido pelos distritos policiais da capital*. “O Estado de São Paulo”, 2 de febrero de 2014. Disponible en: <http://www.estadao.com.br/noticias/cidades,so-1-em-cada-3-latrocínios-e-esclarecido-pelos-distritos-policiais-da-capital,1125655,0.htm>. Consulta en 8 de julio de 2014).

órganos de persecución¹⁸³. Eso, sin embargo, no puede justificar la banalización de una medida que, por su carácter evidentemente restrictivo de derechos fundamentales, debe ser reservada a situaciones graves.

Como señala RIVA, no todo funcionamiento insuficiente del sistema de tutela penal puede justificar la renuncia total o parcial a la pena, en razón de la concesión de beneficios a los colaboradores. Un derecho penal que renunciara sistemáticamente a la pena o a una parte consistente de esa perdería la capacidad de prevención general, pues sería incapaz de disuadir de la comisión del delito a través de la intimidación. Y añade este autor que el sistema de tutela penal no puede reducir su funcionalidad de modo continuo e sistemático con la renuncia a la pena; así perdería su credibilidad y, después de un largo período, se tornaría ineficaz¹⁸⁴.

Además, la introducción de medidas de recompensa a arrepentidos no puede representar el desestímulo o la acomodación, ni tampoco la incapacidad de los órganos de investigación, sino que, como destaca MUSCO, “debe insertarse en un contexto de recuperación de la eficiencia en la actividad de represión de los delitos. Lejos de representar un signo de debilidad del Estado frente al mundo del crimen, el fenómeno de la colaboración exalta, por el contrario, su presencia y vitalidad”¹⁸⁵.

Considerando, pues, el escenario de exagerada dilatación del ámbito de incidencia de la colaboración procesal, y la ya referida inconveniencia de tal situación, pertinente sería la utilización de mecanismos para restringir el uso del instituto, de manera a reconducir la colaboración de los arrepentidos a la condición de una técnica de refuerzo investigativo a ser usada en casos excepcionales y evitar su banalización.

Dos criterios podrían ser importantes, pues, para la restricción de la concesión de beneficios a arrepentidos colaboradores: el primero sería la limitación de uso del instituto a la criminalidad organizada o grave. En la idea de criminalidad grave deberían estar contenidos los delitos de mayor lesividad, como el tráfico de drogas, armas, personas,

¹⁸³ Afirma Gomes que cuanto más el Estado está dotado de capacidad de investigación, menos necesita de la colaboración de los criminales, y viceversa (GOMES, Luiz Flavio. *Corrupção política e delação premiada*. Revista Magister. Porto Alegre, p. 108, n.º 7, ago./set. 2005).

¹⁸⁴ RIVA, Carlo Ruga. *Il premio per la collaborazione processuale*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 2002. p. 418.

¹⁸⁵ MUSCO, Enzo. *Los colaboradores de la justicia entre el pentitismo y la calunnia: problemas y perspectivas*. Revista Penal, n.º 2, 1998, p. 38.

extorsión, corrupción, crímenes financieros, lavado de activos y terrorismo, por ejemplo. Se trata, evidentemente de una cuestión de proporcionalidad: medios investigativos más restrictivos de derechos deben ser usados a penas en relación a delitos que, por su gravedad, justifiquen su utilización¹⁸⁶.

Además, no se puede concebir un sistema penal capaz de reprimir a todos los delitos existentes, ya que tal sistema sería inviable. Así, existen algunas situaciones de no efectividad del sistema que son relativamente tolerables (en alguna medida, cuanto a la micro criminalidad y a la delincuencia de mediana gravedad), no justificando la utilización del refuerzo investigativo representado por el uso de los arrepentidos¹⁸⁷.

El segundo criterio restrictivo sería la existencia de una emergencia investigativa. El concepto de emergencia investigativa (*ermittlungsnotstand*) es usado por RIVA para indicar una situación de dificultad o bloqueo en la investigación que exige una respuesta político criminal adecuada a su finalidad: la utilización de un instrumento capaz de mejorar la eficacia de la investigación.

Esclarece RIVA que no toda emergencia investigativa legitimaría una previsión legislativa de premio, sino que apenas la razonablemente insuperable a través de otros medios y que, a la vez, pueda crear serios problemas para la función de prevención general del sistema. No por acaso, añade este autor, el premio por la colaboración procesal como respuesta a una situación de bloqueo de investigación está históricamente prevista para superar situaciones de emergencia, de grave peligro para el ordenamiento constitucional, para la salud pública o para el orden público¹⁸⁸.

La utilización cumulativa de esos dos criterios – aplicación apenas para investigación de la criminalidad organizada o grave, y solamente en situaciones de

¹⁸⁶ Luiz Flávio Gomes presente una crítica en sentido completamente opuesto: cuestiona los motivos para la concesión del premio por colaboración solamente para los que participan de organizaciones criminales, o para los responsables por crímenes atroces o de blanqueo de capitales, y no para autores de crímenes no violentos, que ofrecen menor preocupación social. No comprende el profesor brasileño que por se tratar la colaboración de medida restrictiva de derechos, debe ser reservada a los casos de delincuencia grave. (GOMES, Luiz Flavio. *Delação Premiada e Aspectos Processuais Penais*. En: CERVINI, Raul; OLIVEIRA, Willian Terra de; GOMES, Luiz Flávio. “Lei de Lavagem de Capitais”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 348).

¹⁸⁷ RIVA, Carlo Ruga. *Il premio per la collaborazione processuale*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 2002. p. 417.

¹⁸⁸ RIVA, Carlo Ruga. *Op. cit.*, p. 418.

emergencias investigativa – seguramente impediría el uso abusivo de la colaboración procesal, respetando la regla constitucional de proporcionalidad.

3.4.4. El valor probatorio de las declaraciones de los colaboradores.

Uno de los puntos fundamentales y más complejos en el análisis de la colaboración del coimputado tiene relación con el valor probatorio de sus declaraciones. La fuerte crítica realizada es que las declaraciones del colaborador son generalmente poco confiables, que los arrepentidos son “desleales, son manipuladores de la verdad, son buscadores de despiste, son simuladores empedernidos, están sedientos de venganza, son contaminadores de la realidad”¹⁸⁹.

No se puede de manera alguna ignorar que la colaboración es, muchas veces, instrumento de venganzas, forma de atacar a desafectos y enemigos. En otras oportunidades, el colaborador, interesado en el premio, dice apenas aquello que las autoridades quieren escuchar, y así inculpan a inocentes.

También resalta MUSCO que la colaboración “se presta a ser utilizada en clave de instrumentalización política, para la persecución de finalidades extrajudiciales, en el interior de estrategias bien organizadas de agresión, orientadas a la finalidad de lucha política, que no tienen nada que ver con la verificación de la verdad”¹⁹⁰. Se trata, pues, de una degeneración del instrumento para atacar a enemigos políticos.

En este degenerado uso político, las declaraciones de los arrepentidos suelen ser amplias, genéricas y muchas veces desacompañadas de elementos probatorios mínimos. Sin embargo, considerando las características del ambiente de disputa política, producen considerables perjuicios. Una vez más citando a la lección de MUSCO, en estos casos, “el pequeño viento de la calumnia y de la sospecha se precipitan sobre una persona obligada a

¹⁸⁹ MUSCO, Enzo. *Los colaboradores de la justicia entre el pentitismo y la calumnia: problemas y perspectivas*. Revista Penal, n. 2, 1998, p. 40.

¹⁹⁰ MUSCO, Enzo. *Op. cit.*, p. 39.

defenderse públicamente de acusaciones genéricas que no pueden ser fácilmente rebatidas”¹⁹¹.

Así, la cuestión que se presenta es: ¿Cuál es el valor probatorio de las declaraciones del coimputado colaborador?

Considerando todas las cuestiones relativas al tema de la fuerza probatoria de la colaboración, parece acertada la decisión metodológica que afirma que el colaborador debe ser visto con desconfianza; que sus declaraciones deben ser recibidas con reservas, y en ellas no se puede creer ciegamente.

De esta forma, no pueden existir dudas que las declaraciones de un coimputado no son capaces, por sí solas, de desvirtuar la presunción de inocencia de los acusados.

La Ley n.º 12.850/2013 (Ley del Crimen organizado) es muy clara en este sentido, adoptando en el art. 4º, párrafo 16.º, solución ya utilizada por el Código de Proceso Penal italiano¹⁹², y estableciendo que ninguna decisión condenatoria será proferida con fundamento solamente en las declaraciones del coimputado colaborador.

Pero si las declaraciones del coimputado por sí solas no son suficientes para una condenación, tampoco se puede decir que no tengan ningún valor probatorio¹⁹³. Por tanto, las declaraciones del colaborador no pueden ser confundidas con una simple *notitia criminis*; ni tampoco se puede exigir que los hechos informados por el colaborador estén comprobados integralmente por otros medios de prueba (pues así las propias declaraciones del coimputado serían desnecesarias)¹⁹⁴.

¹⁹¹ MUSCO, Enzo. *Op. cit.*, p. 39.

¹⁹² Señala CUERDA-ARNAU que el legislador italiano “se ha situado, por tanto, en una línea intermedia entre quienes estiman que la ‘chiamata di correo’ era una simple ‘notitia criminis’ y aquella otra orientación – ante todo jurisprudencial – que estimaba suficiente esa declaración para fundar una condenación, bastando para ello con que, por ser coherente, detallada, constante, etc., pudiera decirse que gozaba de ‘attendibilità intrínseca’. Actualmente, sin embargo, la declaración de un coimputado ‘debe valorarse conjuntamente con otros elementos de prueba que confirmen su atendibilidad’” (CUERDA-ARNAU, M^a Luisa. *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*. Madrid: Ministerio de Justicia y Interior, Centro de Publicaciones. 1995, p. 636).

¹⁹³ Sin embargo, CUERDA-ARNAU se posiciona claramente contraria a la atribución de valor probatorio a las declaraciones del coimputado (CUERDA-ARNAU, M^a Luisa. *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*. Madrid: Ministerio de Justicia y Interior, Centro de Publicaciones. 1995, pp. 623 y ss.).

¹⁹⁴ PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada. Legitimidade e procedimento*. Curitiba: Juruá, 2013. p 141.

Si las declaraciones tienen valor probatorio, pero son insuficientes por sí, es posible afirmar que para que una decisión penal condenatoria se pueda fundar en las declaraciones del coimputado es exigible una “corroboración mínima”, es decir, necesita ella estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externos (la colaboración “vestida”).

Esta es, también, la posición del legislador italiano que, como señala CUERDA-ARNAU, “se ha situado, por tanto, en una línea intermedia entre quienes estiman que la ‘chiamata di correo’ era una simple ‘notitia criminis’ y aquella otra orientación – ante todo jurisprudencial – que estimaba suficiente esa declaración para fundar una condenación, bastando para ello con que, por ser coherente, detallada, constante, etc., pudiera decirse que gozaba de ‘attendibilitá intrínseca’. Actualmente, sin embargo, la declaración de un coimputado ‘debe valorarse conjuntamente con otros elementos de prueba que confirmen su atendibilidad’”¹⁹⁵.

Evidentemente que no es posible definir anticipadamente en que consisten esos otros elementos de prueba que pueden configurar la “corroboración mínima” de las declaraciones del colaborador, pues eso debe ser decidido de forma casuística. Desde luego se puede definir, no obstante, un criterio fundamental: una declaración de coimputado no puede ser corroborada apenas por la declaración de otro coimputado; es necesario un elemento externo para conferir la indispensable seguridad al elemento de prueba¹⁹⁶.

Con la finalidad de atribuir el adecuado valor probatorio a las declaraciones del imputado que colabora con la justicia, la jurisprudencia italiana suele analizar tres criterios fundamentales: a) primeramente, debe ser verificada la credibilidad del imputado que declara; se analiza, así, su personalidad, sus actividades pasadas, sus relaciones con los otros acusados y el motivo de su colaboración; b) entonces, debe ser verificada la *confiabilidad intrínseca o genérica de la declaración*, es decir, su seriedad, su precisión, coherencia, constancia y espontaneidad; c) al final, se debe verificar la consistencia de las

¹⁹⁵ CUERDA-ARNAU, M^a Luisa. *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*. Madrid: Ministerio de Justicia y Interior, Centro de Publicaciones. 1995, p. 636.

¹⁹⁶ BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco. *El colaborador con la justicia. Aspectos sustantivos, procesales y penitenciarios derivados de la conducta del “arrepentido”*, Madrid: Dykinson, 2004, pp. 176/178.

declaraciones con las otras pruebas del proceso, de manera a identificar la *confiabilidad extrínseca o específica de la declaración*¹⁹⁷.

Claro que el análisis de la credibilidad de las declaraciones del coimputado está muy lejos de ser una operación matemática, pero el uso de los criterios desarrollados por la jurisprudencia italiana (perfectamente compatibles con el sistema jurídico brasileño, destacase) podría servir como una orientación más segura en este análisis.

Además de eso, la adecuada valoración de las declaraciones del colaborador tiene como presupuesto que sea efectivamente garantizado el derecho a la contradicción; es decir, los demás acusados deben poder confrontar al colaborador, formulando preguntas en la audiencia (*cross examination*).

Es claro que, por sus circunstancias, las declaraciones del colaborador no pueden ser valoradas como las declaraciones de un testigo desinteresado. Especial cautela es necesaria en la atribución de su valor probatorio, y elementos de corroboración más convincentes son exigibles.

Además de eso, una medida existente en el proceso penal italiano podría ser introducida en el ordenamiento jurídico brasileño como forma de evitar que el colaborador atribuya responsabilidad penal de forma falsa a personas que sabe inocentes. Se trata de la creación de una hipótesis de revisión de la sentencia firme en contra del acusado, de manera que no pueda disfrutar del beneficio concedido a causa de la colaboración, siempre y cuando sean identificados elementos de que el colaborador imputó falsamente responsabilidades para obtener el beneficio.

¹⁹⁷ BITTAR, Walter Barbosa. *Delação premiada*. 2 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 178.

CONCLUSIONES

Primera.- La delincuencia organizada ha expandido, profesionalizado y internacionalizado sus actividades en las últimas décadas y, en razón de los efectos de gran magnitud que produce en los ámbitos económico, político y social, y también de su capacidad de desestabilizar mercados y corromper agentes públicos y gobernantes, representa un mayor riesgo a los bienes jurídicos tutelados por los Estados democráticos de Derecho que la criminalidad tradicional.

Segunda.- Las características más notables de la criminalidad organizada, que incluso la distinguen de la criminalidad callejera o de masa, son la existencia de una estructura ordenada, la finalidad de obtención de beneficios económicos, la orientación a la comisión de delitos graves, el uso de corrupción y/o violencia, y la eventual mezcla de actividades ilegales y negocios legales.

Tercera.- Son considerables las dificultades de los órganos estatales de investigación en obtener pruebas sobre las actividades de las organizaciones criminales, pues estas intentan tornarse opacas a la observación, desarrollando una cultura de supresión de pruebas consistente en la destrucción sistemática de documentos, uso de amenazas y violencia contra eventuales testigos y sus familiares, e incluso contra integrantes de la propia organización, pagos de sobornos a autoridades a cambio de protección, etc. Además de eso, en diversas oportunidades existe una disociación entre ejecución material directa y responsabilidad, y una separación temporal y espacial entre la actuación de los responsables y los efectos generados. Esas dificultades hacen que los instrumentos tradicionales de investigación sean muy poco efectivos cuando son empleados contra el crimen organizado. La necesidad de reforzar los mecanismos de investigación ha sido puesta de manifiesto por Naciones Unidas quien, a través de las Convenciones de Palermo y de Mérida, recomienda el uso de instrumentos especiales de investigación contra la delincuencia organizada.

Cuarta.- El Estado democrático de Derecho tiene deberes de tutela y de efectiva concretización de los derechos fundamentales de los ciudadanos, y no puede ser considerado solamente una amenaza a estos derechos. Así, el principio constitucional de proporcionalidad garantiza, de un lado, protección a los ciudadanos contra actuaciones excesivamente restrictivas de derechos por el Estado (*prohibición de exceso*) y, de otro, determina la suficiente tutela y concretización de los derechos fundamentales, incluso y especialmente a través de actuaciones positivas o comisivas (*prohibición de protección deficiente o insuficiente*).

Quinta.- Entre los derechos fundamentales que deben ser protegidos por el Estado tiene especial relevancia el derecho a la seguridad, pues abarca la protección a otros derechos fundamentales como la vida, la integridad física, la libertad, el honor, la propiedad, el orden económico. La criminalidad organizada, considerada la modalidad delictiva de la globalización, representa uno de los mayores riesgos al derecho fundamental a la seguridad, de manera que el Estado debe adoptar las medidas para proteger de manera suficiente a este derecho ante esa especie de delincuencia.

Sexta.- Se destacan, entre las medidas que el Estado debe adoptar para proteger el derecho a la seguridad, la tipificación de la conducta de pertenecer a organización criminal – imposición de la Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional– y el establecimiento de instrumentos específicos y efectivos de investigación de las actividades del crimen organizado.

Séptima.- La colaboración procesal del coimputado, instrumento previsto en las Convenciones de las Naciones Unidas de Palermo y de Mérida, es utilizada con cada vez más frecuencia como medio especial de investigación del crimen organizado, pues permite que los integrantes de las organizaciones criminales proporcionen a las autoridades informaciones relevantes sobre las actividades y los integrantes de la organización a cambio de beneficios procesales, penales y penitenciarios. En Brasil, numerosas son las leyes que establecen beneficios a los colaboradores con la justicia.

Octava.- Es permanente la tensión entre la necesidad de dotar el sistema represivo estatal de la eficiencia indispensable para combatir la criminalidad, de un lado y, de otro, la necesidad de garantizar los derechos fundamentales de los individuos investigados. La colaboración procesal del coimputado, como instrumento de investigación más invasivo que los medios tradicionales, representa un refuerzo investigativo de reconocida eficiencia para hacer frente a la criminalidad organizada, pero, a la vez, puede importar una considerable restricción a los derechos de los imputados. Su única forma de aplicación legítima, pues, es con absoluto respeto a los principios constitucionales y derechos fundamentales.

Novena.- La afirmación de supuesta ausencia de eticidad de la colaboración procesal, por estimular la traición, no es justificativa suficiente para impedir su aplicación. En el moderno constitucionalismo sólo se puede recusar la aplicación de una ley por inconstitucionalidad; aplicación de criterios de resolución de antinomias; interpretación conforme la Constitución; aplicación de la técnica de declaración de nulidad parcial sin reducción del texto; cuando se trate de caso de declaración de nulidad parcial con reducción de texto; o cuando una regla contraríe a un principio. La no aplicación de la ley por el Poder Judicial en otras hipótesis representa simple activismo judicial no democrático.

Décima.- La colaboración procesal del coimputado, como aparece reglamentada en el ordenamiento jurídico brasileño, no viola el derecho constitucional del imputado a guardar silencio y a no declarar ni producir pruebas en su contra, pues la colaboración con las autoridades debe ser siempre un acto voluntario. Además, no existe un deber fundamental de resistir a la pretensión acusatoria del Estado, y el acto de colaborar puede representar, muchas veces, la única posibilidad real de disminución o eliminación de la pena. Sin embargo, es fundamental que el magistrado, antes de la homologación del acuerdo de colaboración, verifique si el colaborador es capaz de declarar, si la colaboración es voluntaria y no producto de cualquier especie de coerción, y si el imputado está debidamente acompañado de abogado y comprende los términos de acuerdo, los compromisos que asume, sus consecuencias y los beneficios que recibirá.

Undécima.- Por tratarse de un instrumento de investigación más restrictivo de derechos fundamentales, la colaboración procesal solamente debería ser utilizada para investigar la delincuencia organizada o grave y, asimismo, cuando exista una situación de emergencia investigativa, es decir, un bloqueo en la investigación que no puede ser superado a través de la utilización de los medios tradicionales.

Duodécima.- La colaboración procesal solamente debe tener valor probatorio en un juicio penal cuando esté acompañada de una corroboración mínima, es decir, cuando esté avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa. Además de eso, se debe verificar la credibilidad del colaborador a través del análisis de sus actividades pasadas, sus relaciones con los otros acusados y el motivo de la colaboración, así como la confiabilidad intrínseca de la declaración mediante el examen de su seriedad, precisión, coherencia, constancia y espontaneidad.

BIBLIOGRAFÍA

ABADINSKY, Howard. *Organized crime*. 9 ed., Belmonte: Wadsworth, 2010.

ADORNO, Sérgio y SALLA, Fernanda. *Criminalidade organizada nas prisões e o ataque do PCC*. Revista USP Estudos Avançados. Dossiê Crime Organizado. v. 21, n.º 61, set./dez. 2007.

ALBANESE, Jay S. *Organized crime in our times*. 5 ed., Newark: NexisLexis, 2007.

ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining. Aproximação à justiça negociada nos E.U.A.* Coimbra: Almedina, 2007.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALFONSO, Roberto. *Chiamata di correo nel contesto del terrorismo politico e nell'ambito delle associazioni criminali*. En: NEUBURGER, L. de Cataldo. "Chiamata in correità e psicologia del pentitismo nel nuovo processo penale". Padova: Cedam, 1992.

ANARTE BORRALLO, Enrique. *Conjeturas sobre la criminalidad organizada*. En: FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos y ANARTE BORRALLO, Enrique (Coord.). "Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos". Huelva: Universidad de Huelva, 1999.

ARIAS, Juan. *Una organización criminal brasileña pretendía entrar en la política*. "El País", 11 de octubre de 2013. Disponible en http://internacional.elpais.com/internacional/2013/10/11/actualidad/1381496425_488152.html. Consulta en 8 de julio de 2014.

ARISTÓTELES. *Ética Nicomaquea*. Madrid: Ediciones Clásicas, 2007.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BARÓN, Francho. *Río o la guerra sin cuartel*. "El País", 19 de octubre de 2009. Disponible en http://internacional.elpais.com/internacional/2009/10/19/actualidad/1255903203_850215.html. Consulta en 8 de julio de 2014.

BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2 ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível en: <http://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>. Acceso en 8 de julio de 2014.

BECCARIA, Cesare. *Tratado de los delitos y de las penas*. Madrid: Ministerio de Justicia y Ministerio de Cultura, 1993.

BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco. *El Colaborador con la justicia. Aspectos sustantivos, procesales y penitenciarios derivados de la conducta del “arrepentido”*. Madrid: Dykinson, 2004.

BITTAR, Walter Barbosa. *Delação premiada*. 2 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *As Crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CAFFERATA NORES, José I. *La eficacia de la investigación penal y el estado de derecho*. En: CAFFERATA NORES, José I. (Coord.). “Eficacia del sistema penal y garantías procesales. ¿contradicción o equilibrio?”. Córdoba: Editorial Mediterránea, 2002.

CALLEGARI, André Luis. *Controle social e criminalidade organizada*. En: CALLEGARI, André Luis (Org.). “Crime organizado. Tipicidade, política criminal, investigação e processo. Brasil, Espanha e Colômbia.” Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2004.

CASTILLEJO MANZANARES, Raquel. *Diligencias de investigación y medios de prueba en la lucha contra el crimen organizado*. Revista de Derecho Penal, n.º 38, Valladolid: Lex Nueva, 1.er Cuadrimestre 2013.

CASTRESANA FERNÁNDEZ, Carlos. *Corrupción, globalización y delincuencia organizada*. En: RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás y FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. (Coord.), “La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar”. Salamanca: Ratio Legis, 2004.

CHIAVARIO, Mario. *Direitos humanos, processo penal e criminalidade organizada*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 5, enero de 2004.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *La organización criminal. Tratamiento penal y procesal*. Madrid: Dykinson, 2000.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Crime organizado*. Disponible en http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/crime_organizado.pdf. Consulta en 8 de julio de 2014.

CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto*. En: CARBONELL, Miguel (Coord.). “El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional.” Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

CORTE IBÁÑEZ, Luis de la; GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, Andrea. *Crimen.org. Evolución y claves de la delincuencia organizada*. Barcelona: Ariel, 2010.

COSTA, José de Faria. *Direito penal e globalização. Reflexões não locais e pouco globais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

CUERDA-ARNAU, M^a Luisa. *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*. Madrid: Ministerio de Justicia y Interior, Centro de Publicaciones, 1995.

CUNHA RODRIGUES. *Os senhores do crime*. Revista Portuguesa de Ciências Criminais, Coimbra, ano 9, ene./mar de 1999.

D’AMBROSIO, Loris. *Testimoni e collaboratori di giustizia*. Padova: Cedam, 2002.

DE CARLI, Carla Veríssimo. *Delação premiada no Brasil: Do quê exatamente estamos falando?* Boletim IBCCrim, São Paulo: IBCCrim, ano 17, n. 204, nov. de 2009.

EUROPEAN POLICE OFFICE. *Europol SOCTA 2013 – EU Serious and organised crime threat assessment*. Disponible en: <https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/publications/socta2013.pdf>. Consulta en 8 de julio de 2014.

FALCONE, Giovanni y PADOVANI, Marcelle. *Cosas de la Cosa Nostra*. Traducción de Miquel Izquierdo. Barcelona: Barataria, 2006.

FARALDO CABANA, Patricia. *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código Penal Español*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

FELDENS, Luciano. *O dever estatal de investigar: imposição decorrente dos direitos humanos e fundamentais como imperativos de tutela*. En: CUNHA, Rogério Sanches, et al. (coord.). “Limites constitucionais da investigação”. São Paulo: RT, 2009.

FERRAZ, Lucas; PRADO, Avenir. *Rede de ‘coiotes’ controla tráfico de haitianos ao país*. “Folha de São Paulo”, 27 de mayo de 2014. Disponible en: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/05/1460493-rede-de-coiotes-controla-traffic-de-haitianos-ao-pais.shtml>. Consulta en 8 de julio de 2014.

FERRO VEIGA, José Manuel. *Estado de sítio. La cultura de la violencia en el siglo XXI. ‘Cui prodest?’*, San Vicente: Club Universitário, 2012.

FIJNAUT, Cirille y PAOLI, Letizia. *Organised crime in Europe. Concepts, patterns and control policies in the European Union and beyond*. Dordrecht: Springer, 2004.

FOFFANI, Luigi. *Criminalidad económica y criminalidad organizada*. Revista Penal, n. 7, 2001.

FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2002.

FREITAS, Juarez. *O Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros. 3 ed., rev. e ampl., 2004.

GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, Andrea; CORTE IBÁÑEZ, Luis de la; REQUENA ESPADA, Laura; JUAN ESPINOSA, Juan de. *La medición y evaluación de la criminalidad organizada en España: ¿Misión Imposible?* Revista Española de Investigación Criminológica, Artículo 9, Número 7, 2009.

GODOY, Luiz Roberto Ungaretti de. *Crime organizado e seu tratamento jurídico penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

GOMES, Luiz Flavio. *Corrupção política e delação premiada*. Revista Magister. Porto Alegre, p. 108, n. 7, ago./set. 2005.

_____. *Delação premiada e aspectos processuais penais*. En: CERVINI, Raul; OLIVEIRA, Willian Terra de; GOMES, Luiz Flávio. “Lei de Lavagem de capitais”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA – INSPER. *Relatório da pesquisa de vitimização em São Paulo – 2003/2013*. Disponible en: http://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2013/09/Relatorio_Vitimizacao_PoliticasPublicas_Inspere.pdf. Consulta en 8 de julio de 2014.

JAIME-JIMÉNEZ, Oscar y CASTRO MORAL, Lorenzo. *La criminalidad organizada en la Unión Europea. Estado de la cuestión y respuestas institucionales*. Revista CIDOB d'Anfers Internacional, n. 91, 2010.

MANSO, Bruno Paes y BRANCATELLI, Rodrigo. *Em SP, 95% dos crimes ficam impunes*. “O Estado de São Paulo”, 16 de Julio de 2010. Disponible en: <http://www.estadao.com.br/noticias/cidades,em-sp-95-dos-crimes-ficam-impunes,581914,0.htm>. Consultado en 08 de julio de 2014.

MARCÃO, Renato. *Delação premiada*. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, Ano VI, n. 35, enero de 2006.

MEDINA ARIZA, Juan J. *Una introducción al estudio criminológico del crimen organizado*. En: FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos y ANARTE BORRALLÓ, Enrique (Coord.).

“Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos”. Huelva: Universidad de Huelva, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

MINGARDI, Guaracy. *O Estado e o crime organizado*. São Paulo: IBCCrim, 1998.

MINISTERIO DEL INTERIOR DE ESPAÑA. *Informe de situación - el crimen organizado: balance 2012 y avance enero-mayo 2013*. Disponible en <http://portal.prosecturi.org/wp-content/uploads/2013/08/BALANCE-2012-CRIMEN-ORGANIZADO.pdf>. Consulta en 8 de julio de 2014.

MONTESQUIEU. *Espíritu de las leyes*. México, D.F.: Porrúa, 1977.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*. 2 ed. actualizada. Buenos Aires: Hammurabi, 2003.

MUSCO, Enzo. *Los colaboradores de la justicia entre el pentitismo y la calumnia: problemas y perspectivas*. Revista Penal, n.º 2, 1998.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por uma teoria dos princípios. O princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Informe del quinto congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente*. Ginebra, 1975. Disponible en: http://www.asc41.com/UN_congress/Spanish/5S%20Quinto%20Congreso/A_CONF56_10.pdf. Consultado en 8 de julio de 2014.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *La seguridad pública en las Américas: retos y oportunidades*. 2 ed., Washington, DC: Secretaria General OEA, 2008.

PEREIRA, Flavio Cardoso. *El agente infiltrado desde el punto de vista del garantismo procesal penal*. Curitiba: Juruá, 2013.

PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada. legitimidade e procedimento*. Curitiba: Juruá, 2013.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debates. 1990.

RAMÍREZ MONTES, Sandra Patricia. *Aproximación a un concepto de crimen organizado*. En: RAMÍREZ MONTES, Sandra Patricia, et al., “Delincuencia organizada y sistema acusatorio”. Bogotá: Fiscalía General de la Nación, 2005.

REBELO, Fabricio. *Falta de esclarecimento de crimes impede traçar perfil criminal brasileiro*. Disponible en: <http://jus.com.br/artigos/20081/falta-de-esclarecimento-dos-crimes-impede-tracar-perfil-criminal-brasileiro>. Consulta en 8 de julio de 2014.

RIVA, Carlo Ruga. *Il Premio per la Collaborazione Processuale*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 2002.

RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. *La justicia penal negociada. Experiencias de derecho comparado*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1997.

ROPERO CARRASCO, Julia. *¿Protección social versus garantismo?: excesos y defectos en el tratamiento jurídico penal de la delincuencia organizada*. En: CUERDA RIEZU, Antonio (Coord.). "Las tensiones entre la criminalidad internacional y las garantías propias de un Estado de Derecho en un mundo globalizado". Madrid: Dykinson, 2008.

RUYMBEKE, Renaud van, *et. al*, *Manifiesto de Ginebra*. Jueces para la Democracia, n. 27, 1996.

SALVI, Giovanni. *Aspectos de la corrupción en Italia. Represión y prevención*. Estudios Públicos n. 56, Primavera de 1994. Disponible en: http://www.cepchile.cl/1_1246/doc/aspectos_de_la_corrupcion_en_italia_represion_y_prevencion.html#.U3T4H4GSytI. Consulta en 8 de julio de 2014.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel. *El coimputado que colabora con la Justicia Penal. Con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las Leyes Orgánicas 7/ y 15/2003*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, n. 7, 2005. Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-05.pdf>. Consulta en 8 de julio de 2014.

_____. *La Criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*. Madrid: Dykinson, 2008.

SANT'ANNA, Lourival. *Só 1 em cada 3 latrocínios é esclarecido pelos distritos policiais da capital*. "O Estado de São Paulo", 2 de febrero de 2014. Disponible en: <http://www.estadao.com.br/noticias/cidades,so-1-em-cada-3-latrocinius-e-esclarecido-pelos-distritos-policiais-da-capital,1125655,0.htm>. Consulta en 8 de julio de 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 47, Marzo de 2004.

SCARANCA FERNANDES, Antonio. *O Equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado*. En: TOLEDO, Otavio Augusto de Almeida, *et al.* (coord). "Represão penal e crime organizado". São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 1999.

SILVA, Luis Virgílio Afonso da. *O Proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais, n. 798, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 3 ed. ampliada, Madrid: Edisofer, 2011.

STRECK, Lenio Luiz y BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 4 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Constituição e bem jurídico: a ação penal nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor – o sentido hermenêutico-constitucional do art. 225 do Código Penal*. Disponible en: www.mprs.mp.br/areas/atuacaomp/anexos_noticias/artigolenio.doc. Consulta en 8 de julio de 2014.

_____. *Verdade e consenso*. 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

TASSE, Adel El. *Delação premiada: novo passo para um procedimento medieval*. Ciências Penais: São Paulo, v. 5, jul. 2006.

VELÉZ RODRÍGUEZ, Luis Andrés. *La lucha contra el crimen organizado como dilema para el Estado de Derecho. Aproximaciones a una alternativa*. Revista Jurídica, Universidad de Caldas, Manizales, vol. 5, n.º 2, jul/dic. 2008.

WALTER, Bruna Maestri, et al. *A impunidade é a regra*. “Gazeta do Povo”, 4 de agosto de 2013. Disponible en: <http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/crime-sem-castigo/conteudo.phtml?id=1396484&tit=A-impunidade-e-a-regra>. Consulta en 8 de julio de 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Il crimine organizzato: una categorizzazione fallida*. En: MOCCIA, Sergio (Org.). “Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. Tra efficienza e garanzia”. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1999.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Criminalidad organizada y sistema de Derecho Penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*. Granada: Comares, 2009.