

V. CRITERIOS DE OPORTUNIDAD Y COLABORADORES

Desde su emisión, la LFDO ha contemplado mecanismos de colaboración con los miembros de la delincuencia organizada. Sus efectos varían de acuerdo con el momento en que el individuo se acerca a la autoridad.⁶⁴ La LFDO reconoce la vocación “negociadora” del Código Nacional de Procedimientos Penales;⁶⁵ el artículo 35 de aquella ley, cuyo texto actual se debe a la reforma de 2016, advierte que las reglas relativas a esa materia se aplicarán sin perjuicio de las contenidas en el Código Nacional respecto de los criterios de oportunidad y el procedimiento abreviado.

Ya se dijo que la LFDO fue pionera al introducir instituciones que permiten negociar la pena con el procesado, siempre que éste contribuya al propósito de acreditar la responsabilidad de otros integrantes de las estructuras criminales, teóricamente con mayor responsabilidad. Tras la reforma de 2016, el artículo 35 señala que se aplicarán ciertas reglas “cuando alguna persona colabore eficazmente con el agente del Ministerio Público de la Federación, en la investigación y persecución de quien forme parte de la delincuencia organizada o delitos vinculados a ésta”. No es claro cuáles son estos últimos delitos; probablemente los nuevos contenidos en los artículos 2o. bis y 2o. ter.

Se introduce también un párrafo que genera confusión. Éste señala: “Para efecto del ejercicio de la acción penal que en su caso el agente del Ministerio Público de la Federación deba realizar éste se apoyará en el criterio de oportunidad a fin de al-

⁶⁴ García Ramírez, *Delincuencia organizada...*, *cit.*, pp. 127 y ss.

⁶⁵ García Ramírez, *El procedimiento penal...*, *cit.*, pp. 526 y ss.

canzar el éxito de la investigación”. En realidad, los criterios de oportunidad no sirven para alcanzar el éxito de la investigación. Aunque aparejan la extinción de la acción penal y, por tanto, del procedimiento, no implican que se haya conocido la verdad sobre el delito cometido o la responsabilidad de su autor.⁶⁶ Además, como se desprende de lo que hemos mencionado, la aplicación de esta figura impide aplicar en su totalidad la pena correspondiente al delito cometido. En cambio, bajo la LFDO la consecuencia es la disminución de las sanciones, mas no la exclusión total de la pena, con la salvedad de lo previsto en la fracción I, que menciona que los antecedentes de investigación que aporte o se obtengan con la ayuda del colaborador no podrán ser usados en su contra, lo que eventualmente puede llevar a una total inmunidad. Nos hallamos, pues, ante un criterio de oportunidad específico o modalizado para la delincuencia organizada.

Una crítica formulada en torno a estos beneficios es que su aplicación vulnera los principios de culpabilidad y proporcionalidad. En efecto, la sanción impuesta no depende de la responsabilidad del agente o de la lesión ocasionada al bien jurídico tutelado, sino de la información aportada por el sujeto y del momento en que se presente dicha información. A pesar de que el párrafo séptimo del artículo 35 señala que se tomarán en consideración las circunstancias exteriores de ejecución, las peculiares del delincuente y la gravedad de los delitos cometidos por el colaborador, la consecuencia penal se asocia en la mayor medida, como ya se indicó, a otros factores totalmente ajenos al delito cometido.

El artículo 35 bis, introducido por el decreto de reforma de 2016, determina que habrá colaboración eficaz, de la que depende la reducción de la pena, cuando la información proporcionada se traduzca en la interrupción del delito, en la prevención de otros ilícitos de la misma naturaleza o en la obtención de prueba acerca de la responsabilidad penal de personas con funciones de supervisión, dirección o administración dentro de

⁶⁶ Acerca del principio de oportunidad en la normativa procesal vigente en México, *cfr. ibidem*, pp. 501 y ss.

una organización criminal. Además, se requiere que los delitos evitados o comprobados revistan mayor gravedad que los ilícitos por los que se conceden los beneficios. En consecuencia, las personas que formen la estructura de mando de las organizaciones sólo podrán acceder a estas figuras cuando colaboren para la detención o persecución de otros integrantes de la misma jerarquía o nivel.

El precepto comentado restringe también la aplicación de los beneficios cuando se trate de delitos que involucren víctimas, como el secuestro, a menos que la información proporcionada impida la comisión o continuación del ilícito. Esta disposición se refiere a los delitos-objetivo, puesto que el tipo de delincuencia organizada no supone, *per se*, la existencia de víctimas.

Finalmente, se establece que la información que brinde el colaborador deberá estar sustentada en otros datos o medios de prueba. La LFDO señala que para determinar lo anterior se tomará en cuenta: I) la jerarquía y número de los miembros detenidos de la delincuencia organizada; II) el delito o delitos cuya comisión o continuación se evitó; III) la calidad y cantidad de los objetos, instrumentos o productos del delito asegurados, y IV) el nivel de afectación a las estructuras financieras o de operación. En rigor, nada de esto demuestra que la información proporcionada por el colaborador se sustente en otros medios de prueba, aunque los puntos mencionados pudieran ser un indicador sobre la eficacia de la prueba. En fin de cuentas, la severidad de la pena aplicable depende primordialmente de la colaboración, no del hecho cometido o de la culpabilidad del agente.

Si el factor de más relevancia para la imposición de la pena reside en la calidad de la información y no en la intervención del sujeto en el hecho delictivo o la magnitud de éste, el mayor beneficiario de estas disposiciones legislativas es quien tiene más amplio conocimiento acerca de las actividades ilícitas de la organización criminal y, probablemente, mayor control sobre ésta. Por lo tanto, esos sujetos obtendrán los mayores beneficios. En cambio, quienes tengan menor conocimiento de las operaciones

delictivas de la agrupación no podrán beneficiarse de la negociación sobre la pena aplicable.⁶⁷

Es fácil comprender las críticas y dudas que suscita la figura que ahora analizamos. En definitiva, los fines de justicia, prevención general y prevención especial del sistema penal ceden frente al reconocimiento por parte del Estado de su incapacidad para alcanzar una sentencia condenatoria valiéndose de los instrumentos propios del derecho penal democrático. El poder público pretende justificarse aduciendo que de otra manera sería muy difícil atribuir responsabilidad a las cabezas de las estructuras criminales, que no suelen cometer materialmente los delitos. Se trata de una valoración de costo-beneficio: por una parte, se favorece la impunidad de algunos sujetos, pero por otra se obtienen elementos de prueba que permiten sancionar a los dirigentes, provocando con ello —así se espera— la desarticulación de la organización criminal.⁶⁸ En alguna medida, la lógica de esta opción penal descansa en la idea de que se puede acabar con la delincuencia organizada inhabilitando a sus líderes, como si se tratara de una especie que sea posible exterminar.

Roberto Ochoa Romero se ha ocupado de analizar el valor probatorio de la declaración del colaborador, que puede actuar bajo una “coacción premial”, precisamente porque su cooperación se basa en la expectativa de que se reduzca su sanción. Además, pueden venir a cuentas otros móviles, como la venganza

⁶⁷ Dagdug Kalife, Alfredo, *La prueba testimonial ante la delincuencia organizada*, México, Porrúa-Universidad Anáhuac, 2006, p. 220; Vega Dueñas, Lorena Cecilia, *La protección de testigos en delitos de criminalidad organizada*, Barcelona, Bosch, 2016, pp. 120-123; Ochoa Romero, Roberto A., “La llamada reforma constitucional penal y la inserción del régimen de privilegio para el arrepentido colaborador de la justicia”, *Criminogénesis*, México, año 2, núm. 7, octubre de 2010, p. 122, y Sánchez García de Paz, Isabel, “El coimputado que colabora con la justicia penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Granada, núm. 7, 2005, pp. 6-9.

⁶⁸ Pérez Daza, Alfonso, “Sistema procesal acusatorio y delincuencia organizada”, en Varios, *Análisis, técnicas y herramientas en el combate a la delincuencia organizada y corrupción...*, *cit.*, p. 213.

o el odio. También es posible que se incurra en falsedades para inculpar a una persona y evadir la responsabilidad de quien declara. En sentido estricto, este colaborador no es un imputado, porque no se está juzgando su responsabilidad, a pesar de que sus declaraciones pudieran involucrarlo en hechos delictivos. Tampoco es un testigo, propiamente, en tanto no es un tercero ajeno a la litis.⁶⁹

En el caso *Labita contra Italia*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoció que “es consciente de que la colaboración de los «arrepentidos» representa un instrumento muy importante en la lucha que mantienen las autoridades italianas contra la mafia”; no obstante, también advirtió que su utilización tiene limitaciones probatorias, puesto que

plantea un cierto número de problemas delicados ya que, por su misma naturaleza, este tipo de declaraciones pueden ser el resultado de manipulaciones, de perseguir únicamente como finalidad la obtención de los beneficios que la ley italiana concede a los “arrepentidos” o también ser objeto de venganzas personales.

⁶⁹ “La llamada reforma constitucional penal...”, *cit.*, p. 124, y “La negociación de la responsabilidad penal en el ámbito del crimen organizado. El caso del arrepentido colaborador de la justicia”, *Ars Iuris*, México, núm. 40, 2008, pp. 127, 128 y 142-145. Véase también Vega Dueñas, *La protección de testigos...*, *cit.*, pp. 120-123 y 283-287, y Sánchez García de Paz, “El coimputado...”, *cit.*, pp. 9 y 22. Esta última sostiene: “Debemos hacer notar que la colaboración no se incentiva mediante la concesión de un beneficio —técnica que sí podríamos considerar legítima dentro de ciertos límites—, sino mediante la evitación de un perjuicio, en ambos casos, dado el contexto, nos referimos a beneficios y perjuicios en el régimen de ejecución de la pena privativa de libertad. No se está ofreciendo al condenado una oportunidad para recibir a cambio de su colaboración un beneficio penitenciario sino que la colaboración se instituye en el único medio que permite evitar la aplicación de un régimen penitenciario de excepcional rigor y divergente del indicado para el condenado de conformidad con los principios que rigen el régimen general de cumplimiento penitenciario y en particular con el principio constitucional de orientación de la pena privativa de libertad a la reinserción social del condenado”. *Ibidem*, pp. 27 y 28.

En este sentido, el mismo Tribunal sostiene que “las declaraciones de los “arrepentidos” deben ser corroboradas con otros elementos”.⁷⁰

La urgencia de alcanzar buenos resultados en el ámbito de la seguridad y la justicia penal presiona para recurrir a estas figuras.⁷¹ Empero, la experiencia aconseja, cuando menos, utilizarlas con prudencia, sobre todo si se toma en consideración que el derecho penal está configurado precisamente para reducir la posibilidad de que una persona inocente sea condenada. De la consecución de este objetivo depende en buena medida la eficacia del Estado constitucional y del sistema de justicia penal. En las manos de los agentes del Ministerio Público se encuentra la posibilidad de valorar el interés predominante: recabar la información que pueda suministrar el colaborador o someterlo a juicio para que responda plenamente por sus delitos. En la opción entran en juego dos soluciones: dejar impunes ciertos hechos o sancionarlos con menor severidad.

⁷⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Labita v. Italia*, núm. 26772, Sentencia de fondo y de satisfacción equitativa, 6 de abril de 2000.

⁷¹ Así como a otras que han comenzado a poblar la normativa penal, desde el peldaño mismo de la Constitución. *Cfr.* García Ramírez, Sergio, *Seguridad y justicia penal. Constitución y Plan Nacional. El difícil itinerario hacia un nuevo orden*, México, Porrúa, 2019.