

Trabajo final de máster

Máster en Razonamiento Probatorio

**Título: PROPUESTAS PARA EL CONTROL DE ADMISIBILIDAD
EN EL PROCESO PENAL DE LOS INFORMES DE
INTELIGENCIA FINANCIERA ELABORADOS POR COAF**

Alumna: Nara T. Nishizawa

Tutor: Dr. Vitor de Paula Ramos

Abril / 2022

-- ÍNDICE --

| | | |
|-----------|--|----|
| I. | INTRODUCCIÓN | 3 |
| II. | TEMA 990: SENTENCIA DE RE 1.055.941 DEL STF | 4 |
| III. | EL SISTEMA GLOBAL DE PROTECCIÓN DE LAVADO DE DINERO Y LAS UNIDADES DE INTELIGENCIA FINANCIERA | 5 |
| III.A. | LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS RECOMENDACIONES DEL GAFI/FATF EN BRASIL: EL CONSEJO DE CONTROL DE ACTIVIDADES FINANCIERAS (COAF) ... | 6 |
| IV. | EL PROCESO DE PRODUCCIÓN DEL RIF POR EL COAF | 8 |
| IV.A. | LA RECOGIDA DE INFORMACIONES/NOTIFICACIONES | 8 |
| IV.B. | MODELO A: FLUJO DEL ANÁLISIS DE INFORMACIONES EN EL COAF..... | 10 |
| IV.B.I. | 1ª ETAPA: REGLAS DE DIFERIMIENTO AUTOMÁTICO | 10 |
| IV.B.II. | 2ª ETAPA: MODELO PREDICTIVO | 11 |
| IV.B.III. | 3ª ETAPA: INVESTIGACIÓN INDIVIDUALIZADA Y CLASIFICACIÓN DE RIESGO..... | 11 |
| IV.B.IV. | 4ª ETAPA DE ANÁLISIS: ELABORACIÓN DE RIF | 12 |
| IV.C. | MODELO B: FLUJO DEL ANÁLISIS DE INFORMACIONES EN EL COAF..... | 12 |
| IV.D. | LA DIFUSIÓN DEL INFORME DE INTELIGENCIA..... | 12 |
| IV.E. | RESUMEN GRÁFICO | 13 |
| V. | LA PRÁCTICA DEL USO DE RIF EN INVESTIGACIONES CRIMINALES Y FORMAS DE CONTROL | 17 |
| V.A. | LA ACTIVIDAD DE INTELIGENCIA DEL COAF Y SU CONVERGENCIA CON EL AMBITO DEL PROCESO PENAL..... | 17 |
| VI. | LA SENTENCIA DEL RE 1.055.941 Y EL CONTROL JUDICIAL DEL RIF: EL PROBLEMA (OCULTO) DE LA CLASIFICACIÓN DEL RIF COMO MEDIO DE OBTENCIÓN DE PRUEBA..... | 24 |
| VII. | LOS LIMITES A LA PRUEBA Y LA ADMISIBILIDAD DEL RIF EN EL PROCESO PENAL | 30 |
| VIII. | PROPUESTA DE CONTROL DE ADMISIBILIDAD DEL RIF | 38 |
| IX. | CONCLUSION | 46 |
| X. | BIBLIOGRAFIA..... | 49 |

I. INTRODUCCIÓN

En un conjunto de artículos periodísticos publicados en 2019, denominado “Vazajato”¹, se difundieron mensajes que combinan tesis y estrategias entre magistrados y miembros de la Fiscalía entonces competentes para la investigación, procesamiento y juzgamiento de la *Operación Lavajato*.

En ese contexto, se identificó que los fiscales trabajaron junto al jefe de inteligencia de la *Receita Federal* en el estado de Paraná – quien luego llegó a asumir la presidencia del Consejo para el Control de las Actividades Financieras (Coaf) en el gobierno del Presidente Bolsonaro – para obtener información confidencial (bancaria y tributaria) al margen de la ley y sin autorización judicial²⁻³.

Se sabe que la Administración está en posesión de innumerables datos bancarios y fiscales de los ciudadanos. De la misma manera, la *Vazajato* acaba de confirmar que la máquina pública puede equiparse, no solo para actuar como escudo de los aliados políticos, sino también para perseguir a los enemigos políticos e incluso al ciudadano común.

De ahí la relevancia, además del carácter doctrinario y de perfeccionamiento de las instituciones, de contar con criterios claros para el control de la Administración Pública, que permitan identificar y responsabilizar las arbitrariedades de los organismos y agentes del Estado. Controlar esto es aún más difícil, considerando que esta información generalmente se considera inteligencia.

En este trabajo, se propone, por tanto, a partir de las premisas establecidas por el Supremo Tribunal Federal (STF) en la sentencia del Recurso Extraordinario (RE) n.º 1.055.941⁴, presentar algunas sugerencias que refuercen el control de los llamados Informes de Inteligencia Financiera (RIF) elaborados por el Coaf, y que han sido utilizados – casi por regla general – en investigaciones criminales. Para ello, buscaremos: (i) presentar el concepto de unidades de inteligencia financiera dentro del sistema global de protección; (ii) explicar la forma en que opera Coaf y cómo controla las actividades consideradas sospechosas;

¹ Término con el que se conoció en la prensa brasileña la filtración de conversaciones en la aplicación Telegram entre el exjuez Sérgio Moro, el fiscal Deltan Dallagnol y otros integrantes del grupo de trabajo de la Operación Lavajato. Las conversaciones supuestamente fueron obtenidas por un pirata informático y publicadas por el periodista estadounidense Glenn Greenwald en el sitio web de The Intercept el 9 de junio de 2019.

² En Brasil, el secreto bancario y fiscal comprende el espectro de los derechos fundamentales (artículo 5, X y XII, de la Constitución de la República Federativa de Brasil), y, por regla general, su violación sólo está autorizada por decisión judicial motivada.

³ Fuente: <https://theintercept.com/2019/08/18/lava-jato-dados-sigilosos-chef-coaf/>. Acceso: 10.abr.2022.

⁴ BRASIL. STF Recurso Extraordinario 1.055.941. Ponente: DIAS TOFFOLI – Corte Plena, j. 4.dic. 2019. DJE, Brasilia, 18.mar. 2021.

(iii) explicar cómo se produce actualmente el RIF en Brasil y cuál sería la interpretación adecuada de su carácter probatorio; y, finalmente, (iv) sugerir una propuesta de control judicial capaz de garantizar la admisibilidad probatoria del informe de inteligencia, sin olvidar los derechos fundamentales que están en juego.

II. TEMA 990: SENTENCIA DE RE 1.055.941 DEL STF

En sentencia de diciembre de 2019, el Supremo Tribunal Federal declaró la constitucionalidad de compartir con la policía y la fiscalía penal, sin previa autorización judicial, los Informes de Inteligencia Financiera (RIF) producidos por la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF), sometiéndolos a un posterior control judicial para la verificación y corrección de las desviaciones. La tesis se expresó de la siguiente manera:

Tema 990

1. Es constitucional compartir los informes de inteligencia financiera de la UIF y la totalidad del procedimiento de inspección del Servicio de Ingresos Federales de Brasil, que define el lanzamiento del impuesto, con los órganos de persecución penal con fines penales, sin la obligación previa de autorización judicial, debiéndose salvaguardar la confidencialidad de la información en los procedimientos formalmente instituidos y sujetos al control jurisdiccional posterior.
2. La puesta en común por parte de la UIF y la RFB, a que se refiere el artículo anterior, deberá realizarse únicamente a través de comunicaciones formales, con garantía de secreto, certificación del destinatario y establecimiento de instrumentos eficaces para la verificación y corrección de eventuales desviaciones.

Asimismo, en *obter dictum*, constó el voto del Magistrado que (i) la Unidad de Inteligencia Financiera no es un órgano de investigación y, por tanto, (ii) su base de datos e informes de inteligencia no constituyen prueba delictiva, tratándose, en realidad, de (iii) medio de obtención de pruebas.

Dadas estas premisas, se deben investigar dos puntos específicos: cuál es la naturaleza de estos informes de inteligencia financiera dentro del proceso penal y cómo sería posible realizar dicho control judicial posterior.

III. EL SISTEMA GLOBAL DE PROTECCIÓN DE LAVADO DE DINERO Y LAS UNIDADES DE INTELIGENCIA FINANCIERA

No es nuevo que el Derecho Penal, desde hace algunas décadas, enfrenta un franco proceso de internacionalización, en especial la criminalización de los conflictos armados y las graves violaciones de derechos humanos, además de la represión de las actividades delictivas organizadas⁵⁻⁶. En una noción de responsabilidad compartida, se produce un desplazamiento de los centros de competencia y decisión hacia la sociedad internacional, pasando a establecerse parámetros generales de conducción para la gobernabilidad nacional, a través de una regulación ininterrumpida y continua, creando especies de sistemas globales de prohibición⁷. La naturaleza y el alcance de la delincuencia organizada transnacional exigen respuestas colectivas, basadas en el principio de la responsabilidad compartida.

Además de los denominados delitos graves, hubo una serie de iniciativas enfocadas a combatir el crimen organizado, que se ha globalizado y alcanzado proporciones macroeconómicas: las mercancías ilícitas provienen de un continente, se trafican en otro y se comercializan en un tercero. Junto a los cárteles de la droga, la trata de personas, el ciberdelito, la falsificación de bienes y el blanqueo de capitales se encuentran la delincuencia de cuello blanco y corrupción.

Una de las medidas más importantes es el compromiso constante de las autoridades de control para identificar potenciales situaciones de lavado de dinero. Después de tomar fuerza con la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (Convención de Viena, 1988), la normativa en la materia proliferó y ganó cada vez más alcance. Por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Convención de Mérida, 2003) impuso a los Estados-parte la responsabilidad de estrictos controles administrativos desde la regulación y supervisión de las instituciones financieras bancarias y no bancarias, como el establecimiento de un departamento de inteligencia financiera que atiende como centro nacional de recopilación, análisis y difusión de información sobre posibles actividades de lavado de dinero.

Entre las distintas organizaciones internacionales, específicamente en lo que se refiere a la lucha y prevención del blanqueo de capitales, la financiación del terrorismo y la

⁵ JAPIASSÚ, 2014.

⁶ En estudio conducido en el año 2001, fueron identificados, nada menos, que 27 crímenes tipificados en 276 tratados internacionales celebrados entre 1815 y 1999 (BASSIOUNI, 2001).

⁷ XAVIER DE OLIVEIRA, 2018.

proliferación de armas, el más destacado es el Gafi/Fatf, creado en 1989 para actuar a la vanguardia de la propagación de las directrices a las agencias gubernamentales de todo el mundo. Desde su fundación, la organización ha centrado sus esfuerzos en establecer estándares globales para ser implementados por los países e identificar amenazas de lavado de dinero y financiamiento del terrorismo. Uno de sus primeros pasos fue la publicación de 40 Recomendaciones en 1990, revisado en 1996, 2003 y 2012 – además de Notas Interpretativas destinadas a aclarar la aplicación de las Recomendaciones y brindar orientación adicional⁸.

Aunque las 40 Recomendaciones no son vinculantes, están reconocidas por el FMI y Banco Mundial como un estándar (nacional e internacional) para controlar y combatir el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo y la proliferación de armas de destrucción masiva⁹. Es dentro de este conjunto de 40 (cuarenta) recomendaciones que surge la orientación a los países para la creación de Unidades de Inteligencia Financiera (UIF), las cuales deben servir como central para (i) recibir (de las instituciones financieras) comunicaciones de transacciones sospechosas y (ii) análisis de reportes de operaciones sospechosas y otra información relevante sobre lavado de activos, delitos determinantes y financiamiento del terrorismo, y (iii) difusión de los resultados de dicho análisis (Recomendación 29).

La creación de una UIF se considera una de las medidas más importantes en la lucha contra el lavado de dinero, el financiamiento del terrorismo y la proliferación de armas. Por lo tanto, debe basarse en consideraciones de política criminal específicas del país y las características fundamentales de la UIF deben ser compatibles con su marco de supervisión, sistemas legales y capacidades administrativas, técnicas y financieras. Siempre, en todo caso, gozando de la autonomía necesaria para ejercer sus funciones y ser responsable de sus resultados¹⁰.

III.A. LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS RECOMENDACIONES DEL GAFI/FATF EN BRASIL: EL CONSEJO DE CONTROL DE ACTIVIDADES FINANCIERAS (COAF)

Cuando del surgimiento de las UIFs, no existía un modelo internacional previamente establecido. Lo primordial siempre ha sido que este organismo sea eficaz en el cumplimiento

⁸ The Fatf Recommendations, International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation. Disponible: <https://www.fatfgafi.org/publications/fatfrecommendations/documentos/recomendaciones-fatf.html>. Acceso: 12.abr.2022.

⁹ Actualmente, el Gafi/Fatf, el FMI y el Banco Mundial han acordado una metodología común para la evaluación de la conformidad, adoptando exactamente las Recomendaciones del Gafi/Fatf como estándar.

¹⁰ Ver Nota Interpretativa a la Recomendación n.º 29.

de las tres funciones básicas que tiene asignadas (recibir, analizar y difundir), adaptándose cada país a sus particularidades.

El modelo brasileño, basado en la clasificación propuesta por el Banco Mundial¹¹, se encuadra en el tipo *administrativo*, o sea, forma parte de la estructura de supervisión de los sujetos obligados e instituciones financieras, sin vínculo (directo o indirecto) con órganos judiciales, policiales o de persecución penal. Según la institución, “la principal intención es establecer una 'zona neutral' entre el sector financiero (y, de forma más general, las entidades y los profesionales sujetos a la obligación de notificación) y las competencias del orden encargado de la investigación y la persecución de los delitos financieros”¹².

En Brasil, la Unidad de Inteligencia prevista en las Recomendaciones del GAFI fue instituida por la Ley n.º 9.613/1998 y denominada Consejo de Control de las Actividades Financieras (Coaf). En los términos de la citada Ley, el Coaf corre exactamente la misma suerte que las UIF del mundo. Tiene la función de “coordinar y proponer mecanismos de cooperación e intercambio de información que permitan actuar de manera rápida y eficaz para combatir el ocultamiento o disimulo de bienes, derechos y valores” (cfr. §2º del art. 14), pudiendo además “requerir a las Administraciones Públicas la información de registro bancario y financiero de personas involucradas en actividades sospechosas” (cfr. §3 del art. 14). Asimismo, el Coaf debe comunicar “a las autoridades competentes para el establecimiento de los procedimientos correspondientes, cuando concluya que existen delitos previstos en esta Ley, de indicios fundados de su práctica, o de cualquier otro ilícito” (cfr. art. 15 de la Ley n.º 13.974/2020).

Cuando se identifican indicios de blanqueo de capitales u otros delitos conexos, el Coaf elabora el denominado RIF (Informe de Inteligencia Financiera) – que es objeto de estudio de este trabajo –, que puede elaborarse de forma espontánea o previa solicitud (por intercambio), según la nota interpretativa de la Recomendación n.º 29:

- **Divulgación espontánea:** la UIF debe ser capaz de divulgar información y los resultados de sus análisis a las autoridades competentes cuando hubiera motivos para sospechar de lavado de activos, delitos determinantes y financiamiento del terrorismo. De acuerdo al análisis de la UIF, la divulgación de la información debe ser selectiva y permitir a las autoridades receptoras enfocarse en casos/información relevante.
- **Comunicación en cumplimiento de una solicitud:** La UIF debe ser capaz de responder a peticiones de información emanadas de autoridades competentes en

¹¹ El Banco Mundial identifica cuatro modelos básicos de UIF: (i) administrativo; (ii) coercitivo/policial (tipo de aplicación de la ley); (iii) judicial o fiscal (tipo fiscal); y (iv) híbrido. Lo común, sin embargo, es su funcionamiento como una especie de *hub* de procesamiento de la información de inteligencia financiera y su posterior distribución a las distintas autoridades competentes, dentro y fuera del país, y de manera transversal, entre cualquiera de los poderes, niveles de gobierno o marcos institucionales de PLDFT. BANCO MUNDIAL, 2004: 9.

¹² BANCO MUNDIAL, 2004: 10.

virtud de la Recomendación 31. Cuando la UIF recibe una petición de este tipo de una autoridad competente, la decisión acerca de la realización de un análisis y/o comunicación de información a la autoridad solicitante dependerá de la UIF.

A continuación, se detallará el modo de producción del RIF.

IV. EL PROCESO DE PRODUCCIÓN DEL RIF POR EL COAF

IV.A. LA RECOGIDA DE INFORMACIONES/NOTIFICACIONES

Considerando las funciones básicas de las UIFs recomendadas por Gafi/Fatf, el Coaf las realiza todas, actuando como centro de recepción y análisis de transacciones sospechosas y otra información relevante de PLD, para la difusión de sus resultados, a través de la elaboración de un documento denominado Informe de Inteligencia Financiera (RIF). Gráficamente:

GRÁFICO 1.
FLUXO DE TRABAJO DEL COAF



Fuente: elaboración propia

Como se puede observar en el cuadro anterior, en cuanto a la recepción de información, esta puede provenir de (i) los llamados sectores obligados – que denominaremos “**Modelo A**” (en referencia al RIF espontáneo), o (ii) autoridades competentes y otros, como denuncias, informes internacionales, incluso fuentes abiertas – que llamaremos “**Modelo B**” (respecto al RIF de intercambio, o bajo pedido).

Modelo A

Las comunicaciones de los sectores obligados pueden ser de dos tipos: (i) comunicaciones de operaciones sospechosas (COS), esto es, aquellas en las que se identifican “motivos razonables” para sospechar LD, u otros ilícitos en las operaciones de sus clientes, y deben ser acompañadas de una explicación de las sospechas identificadas; o (ii) comunicación de una operación en efectivo (COE), cuando sus clientes realicen transacciones en efectivo (“*cash*”) por encima de un determinado monto establecido en la normativa¹³. Estas son las principales informaciones que componen la base de datos de Coaf.¹⁴

Ambos tipos de comunicaciones se realizan a través del Sistema de Control de Actividades Financieras (Siscoaf), definido por Coaf como un sistema transaccional que, entre sus funcionalidades, agrega mecanismos de seguridad en las etapas de solicitud, generación, flujo de construcción y distribución (difusión) para autoridades competentes, así como el control de acceso por parte de los usuarios de Coaf y usuarios externos (autoridades competentes), de su producto final, el RIF¹⁵.

¹³ A continuación se exponen algunos ejemplos de comunicaciones obligatorias por parte de los sujetos obligados: depósitos, aportaciones o retiros en especie, mediante tarjetas prepago, emisión de cheques administrativos, TEDs o cualquier otro instrumento de transferencia de fondos contra pago en especie, emisión o recarga de las tarjetas anteriores, pago o recibo de valor igual o superior a R\$ 50.000,00, y todas las transacciones iguales o superiores a R\$ 10.000,00 que, a juicio de la institución bancaria, sean sospechosas; transacciones superiores a R\$ 30.000,00 por vendedores de artículos de lujo o de alto valor o joyas, piedras y metales preciosos; por las empresas responsables de negociar los derechos de transferencia de atletas o artistas, transacciones superiores a R\$ 30.000,00 o más; transacciones en efectivo en bolsas de valores y corredores superiores a R\$ 10.000,00, u objetivamente incompatibles con la ocupación profesional y los ingresos y/o patrimonio financiero de las partes involucradas; redención, en el caso de seguros de vida individuales, cuyo valor sea igual o superior a R\$ 50.000,00; identificar el origen de los fondos de las operaciones que involucren a una persona políticamente expuesta, así como a sus familiares, colaboradores cercanos y/o personas jurídicas en las que participe, observando, en los casos de mayor riesgo; representación de distintas personas jurídicas u organizaciones por los mismos apoderados o representantes legales, sin justificación razonable de tal ocurrencia o movimiento de recursos incompatible con el patrimonio, actividad económica u ocupación profesional y capacidad financiera del cliente; y otra información de los demás sujetos obligados, tales como consorcios, sociedades de seguros y de pensiones complementarias, juntas de comercio y registros públicos, sociedades inmobiliarias, sociedades de loterías, incluidas las de cuota fija, u otros sistemas de captación de apuestas con pago de premios, etc.

¹⁴ Para que tengan una idea del volumen de comunicaciones recibidas de los sectores obligados, solo en 2021, los reportes de operaciones sospechosas y en efectivo alcanzaron la marca de casi 7,5 millones de comunicaciones. (Fuente: <https://www.gov.br/coaf/pt-br/acesso-a-informacao/Institucional/coaf-em-numeros-1>. Acceso: 20.feb.2022)

¹⁵ Más información disponible en el sitio <https://www.gov.br/coaf/pt-br/sistemas/siscoaf>. Acceso: 23.feb.2022.

Modelo B

El segundo modo de iniciar el análisis por Coaf funciona de manera diferente. En vez de recibir un reporte de una transacción sospechosa, el Coaf es provocado, ya sea por la recepción de denuncias, examen de documentos puestos a disposición de la unidad, tales como documentos procesales, informes de organismos internacionales, medios de comunicación y otra información de fuentes abiertas, o incluso por la comunicación sobre investigaciones en curso por parte de las autoridades (miembros de la Fiscalía, policías, auditores fiscales y jueces).

Para estos intercambios con las autoridades competentes, Coaf creó el Sistema de Intercambio Electrónico (SEI-C), descrito como una “plataforma digital segura que integra Siscoaf, donde las autoridades competentes pueden comunicar información sobre investigaciones en curso. En el SEI-C, autoridades, como miembros de la Fiscalía, policías y jueces, registran datos sobre las personas investigadas, sobre ilícitos y *modus operandi* realizados por las mismas”¹⁶.

Una vez recibidas las comunicaciones por el Coaf, la unidad de inteligencia continúa con el tratamiento, con el fin de “añadir valor a la profusión de datos que le llegan por los canales habituales”. Los pasos de esta fase de análisis pueden variar según la fuente de la comunicación.

IV.B.MODELO A: FLUJO DEL ANÁLISIS DE INFORMACIONES EN EL COAF

IV.B.i. 1ª Etapa: reglas de diferimiento automático

Una vez recibidas, las comunicaciones son sometidas a un “análisis sistémico”, por parte del propio Siscoaf, utilizando reglas de selección de “diferimientos automáticos” previamente definidas, a partir de la identificación de hechos y fenómenos específicos. Las comunicaciones sospechosas enviadas en base a criterios que representarían un menor riesgo o sin elementos para un análisis en profundidad son diferidas a la base de datos, permaneciendo allí, sin proceder a los pasos siguientes. Aquellas comunicaciones no diferidas serán distribuidas para su análisis individualizado por el “modelo predictivo”.

¹⁶ BRASIL. Coaf, 2021: 19.

IV.B.ii. 2ª Etapa: modelo predictivo

Las comunicaciones seleccionadas (es decir, no diferidas) son analizadas (de forma automatizada) por un modelo denominado “predictivo”, que consiste en un modelo de clasificación estadística que selecciona las comunicaciones recibidas para su análisis individual, en función de la probabilidad de que la comunicación recibida contenga elementos de riesgo.

IV.B.iii. 3ª Etapa: investigación individualizada y clasificación de riesgo

Una vez seleccionada la comunicación por el modelo predictivo, comienza la fase de “análisis individualizado”, ahora con la intervención del elemento humano (analistas de Coaf). Si el riesgo calculado es “medio” o “alto” para el lavado de dinero, el siguiente y último paso es preparar el informe de inteligencia. Se transcribe la descripción presentada por Coaf en la sentencia del RE n.º 1.055.941:

Una vez seleccionada por el modelo predictivo, la comunicación finalmente pasa a ser apreciada individualmente por uno de los analistas de la UIF. [...]

El analista registra en una matriz de riesgos la información recopilada durante la evaluación de la comunicación. Esta matriz establece automáticamente el nivel de riesgo de la comunicación, sumando los puntos calculados de cada hecho de riesgo identificado. Estos factores pueden referirse a la forma de movimiento (bancario) comunicado, las partes involucradas, las regiones geográficas mencionadas, la existencia de investigaciones en curso, entre otros.

Al final, la matriz establecerá si el riesgo calculado es: 'bajo', 'medio' o 'alto'. El análisis individualizado es, por tanto, un tercer paso de selección. Si el riesgo calculado es 'medio' o 'alto', esta comunicación y otras existentes en la base de datos de la UIF sobre los principales involucrados, incluso comunicaciones que hayan sido previamente diferidas [es decir, enviadas previamente a la base de datos sin reenvío], compondrán un proceso electrónico denominado 'Caso'.

Una vez formado el proceso electrónico denominado “Caso”, este se registra en un Centro de Gestión de Riesgos y Prioridades (CGRP).

El análisis probabilístico realizado en esta fase de marcado de la matriz de riesgo tendría en cuenta no sólo la información de la propia comunicación, sino también la información disponible en otras bases de datos a las que accede el Coaf, como documentos de procedimientos, informes de organizaciones internacionales, prensa y otras informaciones de fuentes abiertas, o mediante informes sobre investigaciones en curso por parte de las autoridades (miembros de la Fiscalía, policías, La Hacienda y jueces), que registran datos sobre las personas investigadas, sobre ilícitos y *modus operandi*, entre otras informaciones.

IV.B.iv. 4ª Etapa de Análisis: elaboración de RIF

Al ser registrado en la CGRP, el “Caso” recibe un orden de distribución, el cual varía no sólo por la fecha de su formación, sino que también se establece de acuerdo al puntaje de riesgo previamente asignado. Luego será distribuido para su análisis en profundidad por parte del analista, quien elaborará el Informe de Inteligencia Financiera consolidando los resultados del proceso de análisis.

IV.C. MODELO B: FLUJO DEL ANÁLISIS DE INFORMACIONES EN EL COAF

En este modelo de análisis, cuyo inicio del análisis está provocado, ya sea por la recepción de denuncias, examen de documentos puestos a disposición del Coaf, no se identifican tantos pasos como en el Modelo A.

Básicamente, la información recibida se compara con el conjunto de datos que ya posee el Coaf para identificar evidencias de la práctica de lavado de activos y otros delitos. En primer lugar, se verifica si existen comunicaciones de los sectores obligados. Si no existe, la comunicación recibida a través de SEI-C pasa a formar parte de la base de datos de Coaf, sin que se realice ninguna acción adicional, es decir, no se produce ningún RIF.

En cambio, si hay comunicación de los sectores obligados, el cruce se realiza con datos de fuentes abiertas y se incrementa el riesgo por la nueva información. Una vez encontrado un procedimiento previo o fundadas las pruebas, se elabora el RIF.

IV.D. LA DIFUSIÓN DEL INFORME DE INTELIGENCIA

Una vez realizado el análisis y elaborado el RIF, la UIF cumple su tercera y última función, que es la de difundir los resultados del análisis de los reportes de operaciones sospechosas y demás información relevante sobre PLDFT. Se envían los RIFs a las autoridades competentes para subvencionar cualquier procedimiento de investigación, incluido la Fiscalía, Policía Federal, Policía Provincial, La Hacienda, las autoridades de la UIF extranjera y otros.

Bajo el régimen de autoridad, después de que el RIF haya sido elaborado por el analista, sería sometido a un comité asesor, formado por el analista autor del RIF, el coordinador general y al menos un tercer analista. Posteriormente, en los RIF sintéticos, el coordinador general autorizaría su liberación y, en los RIF analíticos, por el director.

La presentación del RIF por parte del Coaf a las autoridades competentes también se realiza a través del SEI-C. También como medida para tratar de preservar la confidencialidad de la información y su trazabilidad, el RIF cuenta con una marca de agua según el organismo/unidad de destino, información sobre el registro del usuario responsable del acceso/impresión.

IV.E. RESUMEN GRÁFICO

A continuación, se resume gráficamente el flujo de análisis de las comunicaciones recibidas por el Coaf (ya sean provenientes de los sectores obligados - Modelo A; o de denuncias, documentos e informes de autoridades - Modelo B):

GRÁFICO 2.

FLUJO DE ANÁLISIS DE COMUNICACIONES POR EL COAF (MODELO A)



Fuente: Elaboración propia

GRÁFICO 3.

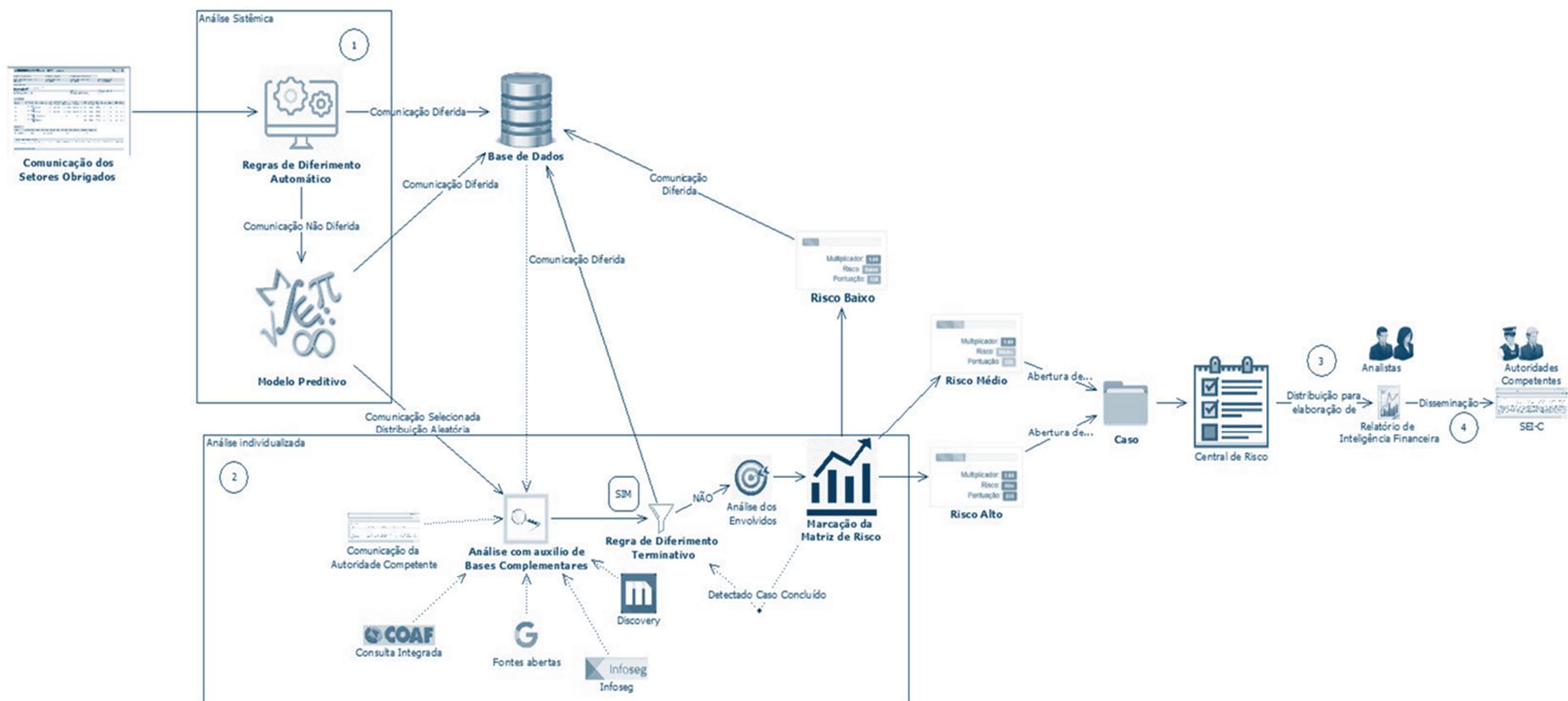
FLUJO DE ANÁLISIS DE COMUNICACIONES POR EL COAF (MODELO B)



Fuente: elaboración propia

A continuación, ver los gráficos proporcionados por el propio Coaf para describir el proceso de elaboración del RIF, según el origen de la información analizada:

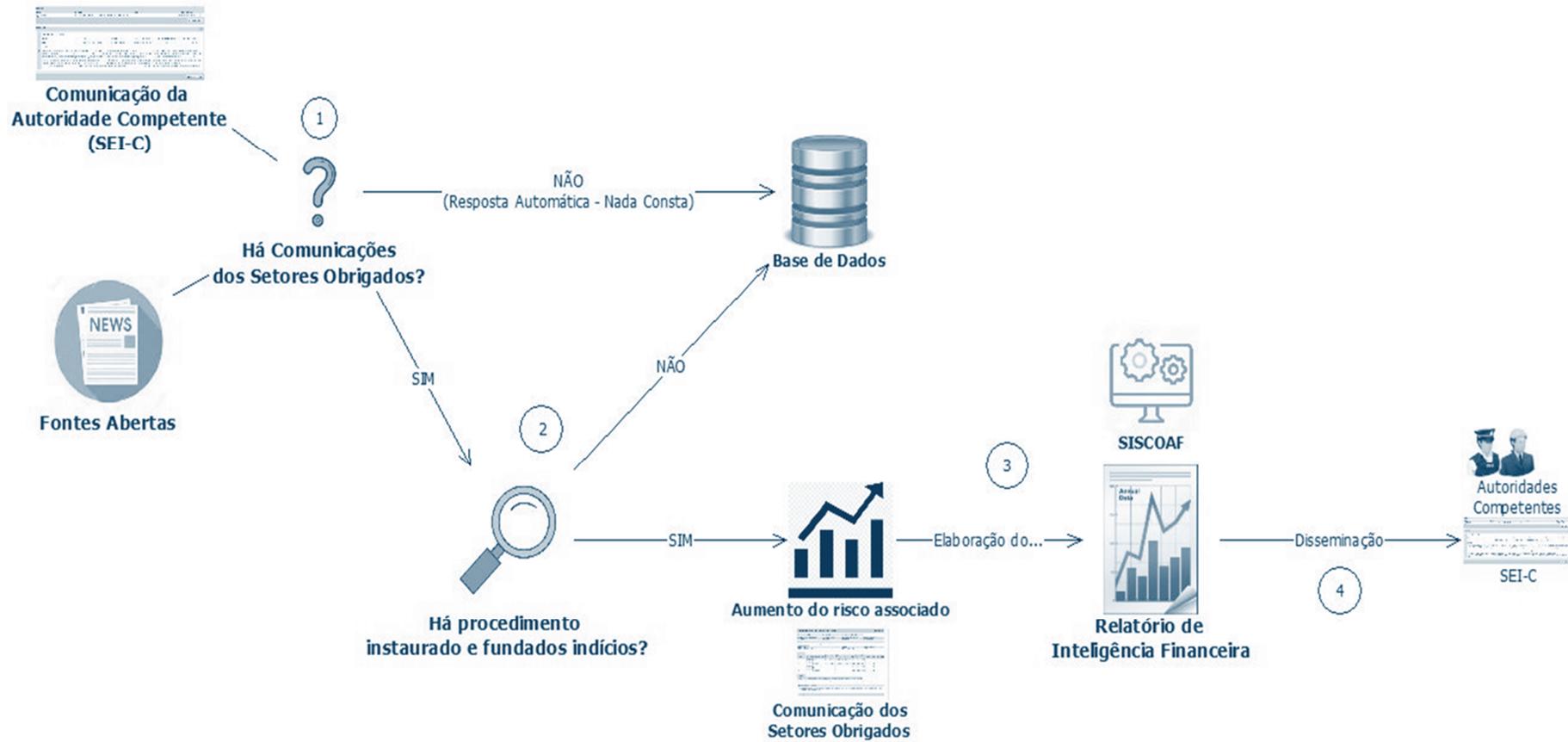
GRÁFICO 4.
FLUJO DE TRABAJO DEL COAF – COMUNICACIONES DE LOS SECTORES OBLIGADOS



Fuente: Informe de Actividades del Coaf 2021¹⁷

¹⁷ BRASIL. Coaf, 2021: 14.

GRÁFICO 5.
FLUJO DE TRABAJO DEL COAF – COMUNICACIONES DE AUTORIDAD COMPETENTE



Fuente: Informe de Actividades del Coaf 2021¹⁸

¹⁸ BRASIL. Coaf, 2021: 14.

V. LA PRÁCTICA DEL USO DE RIF EN INVESTIGACIONES CRIMINALES Y FORMAS DE CONTROL

V.A. LA ACTIVIDAD DE INTELIGENCIA DEL COAF Y SU CONVERGENCIA CON EL AMBITO DEL PROCESO PENAL

Respecto a los Informes de Inteligencia (RIF), el Coaf sostiene que la información contenida en los mismos solo apunta a atipicidades o indicios para una posible investigación por parte de las autoridades competentes. El Coaf no es un organismo de investigación y, ante reportes de operaciones atípicas, debe realizar diligencias de análisis que culminen con la difusión de información a las autoridades competentes. En otras palabras, supuestamente serviría como centro de recepción y procesamiento de comunicaciones de operaciones sospechosas (y otras relevantes) de lavado de activos, crímenes antecedentes y financiamiento del terrorismo, con la posterior difusión de sus resultados.

Así, el RIF no consistiría en imputación acusatoria, ni siquiera de mera acusación, sino únicamente en una valoración de potencial “atipicidad” y “sospecha” de operaciones y transacciones financieras, a través de un flujo estructurado de operacionalización del sistema nacional de prevención de lavado de dinero, las cuales deberán ser remitidas a las autoridades competentes para el establecimiento de los procedimientos correspondientes. El RIF se entiende, así, como un “elemento de inteligencia”.

El término “inteligencia” tiene múltiples significados y la bibliografía mundial es muy amplia. Aquí sólo se pretende esbozar algunas nociones básicas sobre el concepto adoptado en el presente trabajo, así como permitir la comprensión de la paulatina expansión de la actividad de inteligencia y su aproximación/convergencia con la investigación criminal. Para uno de los autores más clásicos sobre el tema, Kent, la palabra puede significar: inteligencia como conocimiento (producto), inteligencia como organización (servicio secreto) e inteligencia como actividad (proceso)¹⁹.

Ugarte sigue la misma definición: “se llama inteligencia a un producto, que es conocimiento, información elaborada. También, a una actividad o función de estado. Asimismo, a una organización, que suele constituir un grupo de organizaciones”²⁰.

¹⁹ KENT, 1949: 3, 69 y 151.

²⁰ UGARTE, 2002: 5.

La actividad de inteligencia es, por tanto, un proceso de conocimiento a través del cual información específica e importante para la seguridad de un país es requerida por el poder político, recolectada, analizada y proporcionada por la comunidad de inteligencia. La actividad de inteligencia involucra necesariamente en su producción componentes secretos, siendo obtenidos a partir de un “dato denegado” (total o parcialmente)²¹ para asesorar el proceso de toma de decisiones, de ahí que no sea ajeno a la actividad de inteligencia que el trabajo realizado se desarrolle bajo la égida de “secreto”.

A su vez, la definición legal de inteligencia en Brasil descansa en la Ley n.º 9.883/1999, según la cual inteligencia es: “la actividad que objetiva la obtención, análisis y difusión de conocimientos dentro y fuera del territorio nacional sobre hechos y situaciones de influencia inmediata o potencial en el proceso de toma de decisiones y en la acción gubernamental y en la salvaguarda y seguridad de la sociedad y del Estado” (cf. art. 1º, §2º).

Por otro lado, según la Política Nacional de Inteligencia (PNI), creada por Decreto n.º 8.793/2016, la actividad de inteligencia se define como “el ejercicio permanente de acciones especializadas, volcadas a la producción y difusión de conocimiento, con miras a asesorar a las autoridades gubernamentales en los respectivos niveles y áreas de atribución, para la planificación, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas de Estado”.

En vista de los diversos conceptos, Gonçalves²² presenta brevemente los elementos esenciales del concepto de inteligencia:

- 1) La idea de **conocimiento procesado**: a partir de fuentes (abiertas o no), es posible llegar a un producto de un análisis basado en los principios y métodos de la doctrina de la inteligencia.
- 2) **Manejo de información confidencial** (dato denegado) sobre amenazas y oportunidades – reales o potenciales – relacionadas con asuntos de interés para el tomador de decisiones. La inteligencia se ocupa necesariamente de asuntos confidenciales.
- 3) El **objetivo central** es **asesorar en la toma de decisiones** y, en el caso de la inteligencia del Estado, **salvaguardar los intereses nacionales**²³.

A pesar del alcance bien definido de esta actividad para apoyar un proceso de toma de decisiones, no pasó mucho tiempo para que la idea de inteligencia de Estado también se aplicaría a los organismos públicos en general, especialmente en la seguridad pública y la inspección, como la prevención del delito y represión a crímenes. Si, entre 1900 y 1950, la

²¹ LOWENTHAL, 2012: 8.

²² GONÇALVES, 2018: 26.

²³ GONÇALVES, 2018: 26.

inteligencia era básicamente la “clásica/consultiva”, utilizada con fines militares y políticos y destinada a subsidiar la toma de decisiones y procesos estratégicos, pasó luego a englobar también la idea de una “inteligencia ejecutiva”, como herramienta de prevención, seguimiento y combate al delito, volcadas a subsidiar las actividades de carácter ejecutivo con pruebas, conformando la noción de inteligencia “criminal” (*criminal intelligence*) o inteligencia “policial” (*law enforcement intelligence*)²⁴.

Si tradicionalmente las actividades de inteligencia realizadas por los servicios secretos encargados de la seguridad nacional se mantuvieron separadas de la investigación criminal y al margen del proceso penal, con la creciente preocupación por los denominados delitos graves y la delincuencia organizada, la inteligencia para fines preventivos y de combate a la delincuencia comenzaron a ganar más relevancia.

En Brasil, se observa el mismo movimiento. Para que se haga idea, en la actualidad existirían más de 150 (ciento cincuenta) “agencias” o “servicios” de inteligencia distribuidas en los más diversos ámbitos de la federación y poderes, habiendo surgido más de la mitad sólo en los últimos 8 (ocho) años²⁵.

Esta inteligencia criminal tiene como alcance temas (principalmente tácticos) de represión y apoyo a la investigación de ilícitos e grupos de infractores. Es a través de este tipo de actividad que se pueden levantar evidencias y tipologías que ayuden al trabajo de la policía judicial y de la Fiscalía.

Por regla general, la inteligencia criminal o la seguridad pública está a cargo de la policía; en el caso de Brasil, la policía civil, militar y federal. Sin embargo, actualmente también se identifica el desarrollo de estos mismos órganos de inteligencia criminal en el ámbito de las Fiscalías provinciales y federales.

El problema de separar las actividades de inteligencia y de persecución penal ha ganado protagonismo en las últimas décadas, especialmente en las democracias liberales más consolidadas²⁶. Específicamente en el caso de la inteligencia financiera producida por Coaf, varias métricas indican una cantidad creciente de intercambio de información entre las autoridades y los informes de inteligencia producidos.

²⁴ En cuanto a la clasificación de la actividad de inteligencia, Gonçalves (2018) identifica una amplia diversificación en la clasificación por categorías, que debe orientarse por el alcance de cada una de ellas, para reconocer al menos 7 (siete) categorías de inteligencia: inteligencia nacional o militar; inteligencia estratégica, policial o criminal; inteligencia táctica o financiera; inteligencia externa o fiscal; inteligencia doméstica (inteligencia de seguridad) o competitiva; contrainteligencia o inteligencia estratégica; contrainteligencia y evaluación o inteligencia Estado (externa e interna).

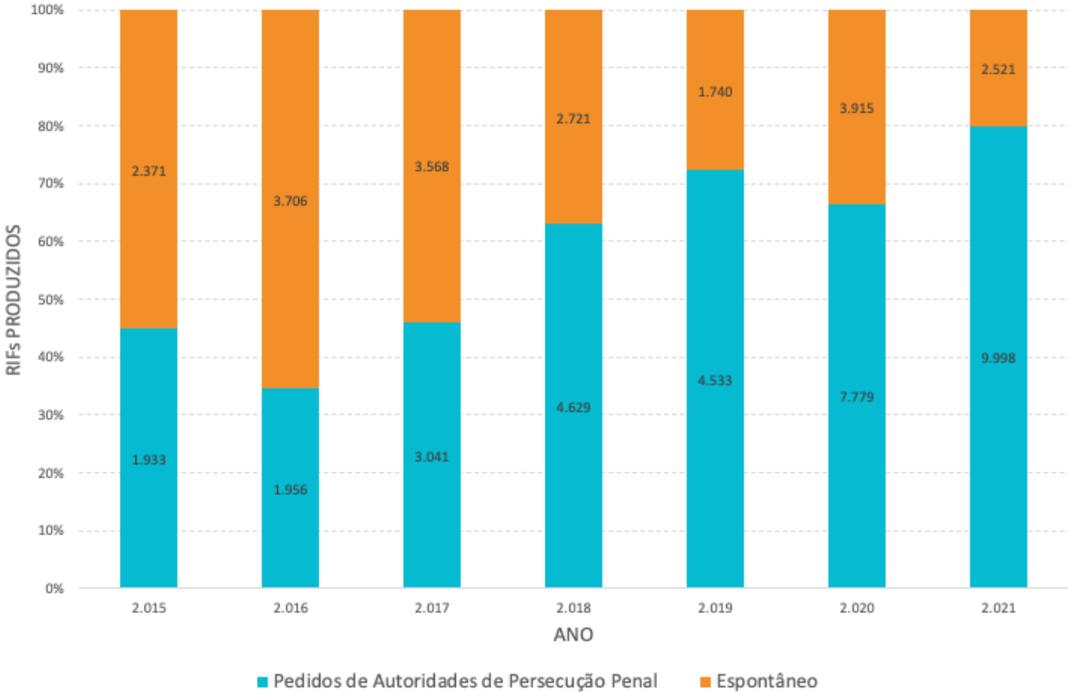
²⁵ FEITOZA, Denilson. In: GONÇALVES, 2018: capítulo presentación de la Serie.

²⁶ UGARTE, 2000.

Del total de RIFs producidos por Coaf, más de la mitad (alcanzando 79% en el año 2021) de deben a solicitudes realizadas por las autoridades (como la Contraloría General de la República (CGU), La Hacienda , Tribunales de Cuentas, jueces, policía o Fiscalía) – este es el llamado “RIF de intercambio/por solicitud”. En otras palabras, el número de RIF difundidos espontáneamente por Coaf es poco representativo, correspondiendo en el año 2021 solo al 20% del total de informes elaborados por la agencia:

GRÁFICO 6.

RIF ESPONTÁNEO vs. RIF A PEDIDO



Fuente: Coaf en Números²⁷

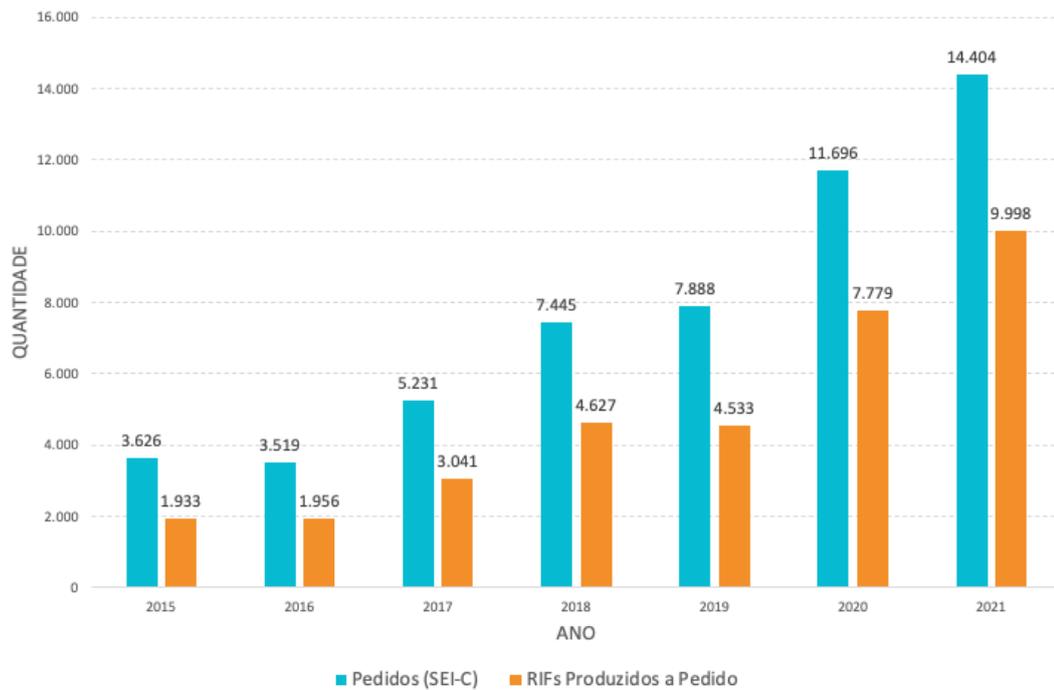
Si consideramos los últimos 5 años, en promedio, más del 60% de los RIF producidos por Coaf tienen origen (y posterior destino) en solicitudes de autoridades vinculadas a la persecución penal (jueces, policía o Fiscalía).

²⁷ Fuente: <https://www.gov.br/coaf/pt-br/acesso-a-informacao/Institucional/coaf-em-numeros-1>. Acceso: 20.fev.2022.

Cabe señalar que la “tasa” por responder a las solicitudes realizadas por las autoridades es extremadamente alta, alrededor del 50% al 60% de las solicitudes son atendidas por la unidad de inteligencia:

GRÁFICO 7.

PEDIDOS VS. RIFs EN ATENDIMIENTO A LOS PEDIDOS



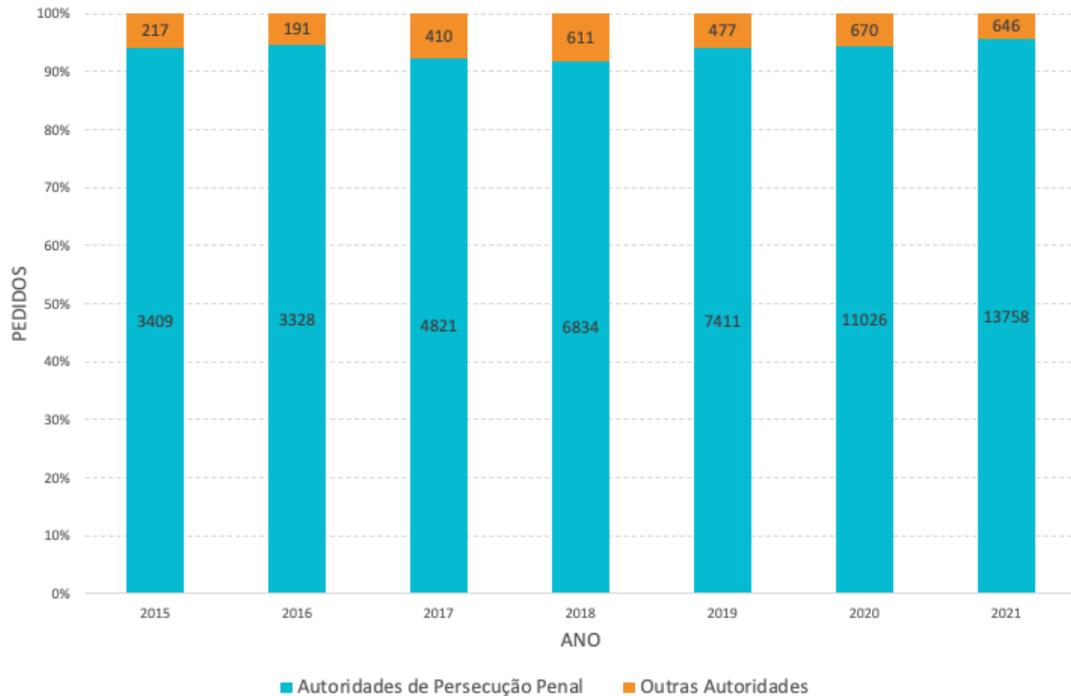
Fuente: Coaf en Números²⁸

²⁸ Fuente: <https://www.gov.br/coaf/pt-br/acesso-a-informacao/Institucional/coaf-em-numeros-1>. Acceso: 20.fev.2022.

Asimismo, del total de solicitudes de intercambio realizadas al Coaf, más del 90% de las mismas provienen de autoridades relacionadas con la persecución penal:

GRÁFICO 8.

PEDIDOS AL COAF POR TIPO DE AUTORIDAD



Fuente: Coaf en Números²⁹

Al diseccionar más los temas de los RIF de intercambio, llegamos a las siguientes cifras: desde 2014, alrededor del 25% del total de estos informes se destinaron a investigaciones de corrupción, contra el 19% al narcotráfico, 5,8% a las facciones criminales, 2 % de tráfico de armas, 0,2% de financiación del terrorismo, 0,1% de trata de personas. Es decir: el tipo de inteligencia que produce Coaf está muy lejos de esa noción de inteligencia “clásica/asesora”, tratándose de una verdadera inteligencia criminal.

Como puede verse, si bien se entiende que el RIF producido por Coaf es producto de una actividad de inteligencia, es inequívoco que ya no conserva ese concepto de inteligencia de Estado, en su sentido clásico. Los datos presentados por Coaf no dejan lugar a dudas: el trabajo que produce termina siendo principalmente destinado a ayudar en las investigaciones criminales, que darán lugar a futuros procesos penales. De hecho, no sería exagerado decir que el Coaf termina sirviendo como un brazo de ayuda a las autoridades de persecución penal.

²⁹ Fuente: <https://www.gov.br/coaf/pt-br/acesso-a-informacao/Institucional/coaf-em-numeros-1>. Acceso: 20.fev.2022.

Por otra parte, no cabe duda de que los organismos de inteligencia, como el Coaf, pueden tener un acceso privilegiado a una amplia gama de datos de los ciudadanos y esta proximidad total a los organismos de represión criminal, si no es una verdadera asistencia, puede violar fácilmente los límites constitucionales impuestos a la actividad persecutoria del Estado, en particular del debido proceso de ley, sin que ésta esté sujeta al control del Poder Judicial³⁰.

Bachmaier Winter diagnostica la siguiente situación:

[s]e parte de la premisa de que son ámbitos diferentes que no deben mezclarse y no se aborda el verdadero problema real: que el campo de la inteligencia y el proceso penal no siempre están nítidamente separados y que de facto ya están mezclados en relación con determinados delitos. [...]

Al margen de su discutida naturaleza jurídica y de su valor probatorio, el hecho de que se hayan llegado a admitir como prueba los informes de inteligencia es un síntoma más de que la actividad de inteligencia ya no discurre ajena al proceso penal. Si se considera que la respuesta jurisdiccional penal necesita la información de inteligencia, será preciso plantearse en qué ámbito, con qué alcance y bajo qué condiciones.³¹

La intención de establecer límites claros y tendencialmente infranqueables entre estas dos actividades estatales tiene como telón de fondo las ideas de tutela del derecho fundamental a la protección de datos, por un lado, y de sometimiento pleno de estas sensibles funciones estatales – cuyo desempeño redundaría en múltiples restricciones de los derechos fundamentales – al principio de legalidad, entre otros. El intercambio de datos personales entre los órganos de inteligencia y de represión penal debe, por tanto, estar sujeto a un régimen de estricta excepcionalidad y estricta legalidad³².

En Brasil, las actividades clásicas de inteligencia están sujetas al control externo del Poder Legislativo³³. Por otra parte, la inteligencia policial, cuando se encuentra en el ámbito de la actividad de policía judicial (pre-procesal), está sujeta al control externo de la Fiscalía. Por otro lado, no existe un control judicial específico de la actividad de inteligencia en Brasil, y no

³⁰ PESSOA, 2012.

³¹ BACHMAIER WINTER, 2012: 48.

³² BORGES, 2021: 71.

³³ “Art. 6. El control e inspección externa de la actividad de inteligencia será ejercido por el Poder Legislativo en la forma que se establezca por ley del Congreso Nacional.

§ 1º Los líderes de la mayoría y de la minoría de la Cámara de Diputados y del Senado Federal, así como los presidentes de las Comisiones de Relaciones Exteriores y de Defensa Nacional de la Cámara de Diputados y del Senado Federal, integrarán el órgano de control externo de la actividad de inteligencia.

§ 2º El acto a que se refiere el enunciado de este artículo definirá el funcionamiento del órgano de control y la forma en que se realiza su trabajo con el fin de controlar y fiscalizar los actos resultantes de la ejecución de la Política Nacional de Inteligencia.”

existe, a diferencia de lo que sucede en países como Canadá, jueces o tribunales especializados con competencia para conocer de los asuntos de inteligencia o seguridad nacional.

El principal problema es, por tanto, que las actividades de inteligencia que realiza el Coaf no cuentan con supervisión externa. Y, aunque el Supremo Tribunal Federal haya afirmado (en el Tema 990) la tesis del (posterior) sometimiento de los RIF al control judicial para “determinación y corrección de posibles desviaciones”, el Tribunal no esbozó ninguna consideración sobre cómo debe realizarse, además de la indispensabilidad del establecimiento de un procedimiento formal por parte de los órganos de persecución penal, que la comunicación con el Coaf se realice por medios formales, con garantía de secreto, certificación del destinatario y establecimiento de instrumentos eficaces de investigación y corrección.

Sin embargo, cuando se trata de democracia y control de la Administración Pública, es fundamental tener una idea clara de que ésta es la base de la primera. El poder, deber y necesidad de controlar la Administración, por parte de los administrados, es intrínseco al modelo democrático: sin este control, la administración carece de legitimidad, el ciudadano corre el riesgo de sufrir arbitrariedades por parte de los órganos y agentes estatales, y el régimen democrático deja de existir³⁴.

Así, si bien se parte de la premisa de que existe una clara (y estandarizada) separación organizativa, funcional e informativa entre las agencias de inteligencia y las de actividad persecutoria, aún existe la necesidad de identificar cuáles serían los parámetros y cómo llevarla a cabo el control de legalidad de esta actividad de inteligencia. *In casu*, considerando el alcance de este trabajo, cómo controlar la legalidad de la elaboración, difusión y uso de los informes de inteligencia financiera.

VI. LA SENTENCIA DEL RE 1.055.941 Y EL CONTROL JUDICIAL DEL RIF: EL PROBLEMA (OCULTO) DE LA CLASIFICACIÓN DEL RIF COMO MEDIO DE OBTENCIÓN DE PRUEBA

Como se indicó en la introducción del trabajo, en *obter dictum*, na sentencia del RE n.º 1.055.941, constó en el voto del Magistrado que los informes de inteligencia no son propiamente una prueba criminal, sino un medio para obtener prueba. Es decir, al menos en

³⁴ GONÇALVES, 2019: 25.

principio, el control para la corrección de desviaciones no sería el mismo que el aplicable a las pruebas.

En Brasil, como en otros países de sistema *civil law*, la palabra “prueba” trae consigo problemas de multiplicidad de significados. Taruffo, como precursor³⁵, seguido por otros autores como Gascón Abellán³⁶ y Gomes Filho³⁷, señalan que al utilizar la palabra “prueba”, se puede estar tratando con diferentes aspectos del fenómeno probatorio que deben ser distinguidos, a saber: medios de prueba, procedimiento probatorio/actividad y resultado probatorio.

El término prueba se utiliza para referirse a “medios de prueba” o “elementos de prueba” (periciales o testimoniales), es decir, datos perceptibles a través de los sentidos que actúan como elementos de juicio, a favor de la verdad o de la falsedad de una hipótesis. Son datos que podemos vincular inferencialmente y que aportan información útil para sustentar la verdad o falsedad de una hipótesis jurídicamente relevante. Por otro lado, también es común utilizar la palabra prueba para referirse a la propia “actividad probatoria”, consistente en la actividad de insertar elementos probatorios a favor o en contra de una determinada hipótesis fáctica, es decir, de proposición, admisibilidad, práctica, evaluación y decisión.

Además, el término “prueba” se usa como “resultado probatorio”. La prueba de un hecho es el “resultado de la actividad probatoria”, en el sentido de haber sido establecido, a través de los medios de prueba proporcionados en el curso del proceso. Al respecto, Ferrer Beltrán señala que el resultado probatorio puede denominarse prueba no sólo de la valoración conjunta de todos los elementos probatorios (de todos los medios de prueba), sino también del resultado parcial, ej. el testimonio del testigo “T” prueba la hipótesis “H”³⁸.

En el RE n.º 1.055.941, el Magistrado Dias Toffoli, quien estuvo acompañado por la mayoría de los jueces, fue categórico al definir que el RIF sería un medio de obtención de prueba, lo que no debe confundirse con ninguna de las acepciones anteriores atribuidas a la expresión prueba:

No cabe duda, como dije anteriormente, que la Unidad de Inteligencia Financiera no es un organismo de investigación y por lo tanto su base de datos e informes de inteligencia (RIF) no constituyen evidencia criminal. [...]

Como puede verse, las comunicaciones emitidas por la Unidad de Inteligencia de Brasil, como medio de obtención de pruebas, tienen por objeto la “adquisición de

³⁵ TARUFFO, 2008: 452.

³⁶ GASCÓN ABELLÁN, 2004: 84-86.

³⁷ GOMES FILHO, 2005.

³⁸ FERRER BELTRÁN, 2017: 31.

entidades (cosas materiales, huellas - en el sentido de vestigios o indicios) dotadas de capacidad probatoria”³⁹, razón por la que no constituyen prueba como tal.

En otras palabras, los RIF tienen un carácter subsidiario y solo sirven como instrumentos para la consecución de pruebas, ya que no lo son, como dice el reconocido profesor Aury Lopes Jr., “fuentes de conocimiento”, pero sin “camino para llegar a la prueba”.⁴⁰

En la doctrina brasileña, Badaró explica las categorías de la siguiente manera: mientras que los medios de prueba sirven, directamente, para convencer al juez de decidir sobre la veracidad o no de una declaración fáctica (por ejemplo, el testimonio de un testigo, o el contenido de un escritura pública); los medios de obtención de pruebas (por ejemplo, orden de registro) son en realidad instrumentos de recolección de elementos o fuentes de prueba, estos si, son capaces de convencer al juez (por ejemplo, un extracto bancario [documento] encontrado en una orden de registro). Por tanto, el autor concluye que, si bien los medios de prueba se prestan a la convicción directa del juez, los medios de obtención de pruebas sólo de manera indirecta, y en función del resultado de su realización, pueden servir para reconstruir la historia de los hechos⁴¹.

Sin embargo, es fundamental resaltar que dos Magistrados (en el juzgamiento del RE n.º 1.055.941) formularon reservas respecto a la categorización del RIF como “medio de obtención de prueba”, ventilando precisamente la posibilidad de su uso como elemento de prueba y sujeto a la valoración del juez:

Magistrado Alexandre de Moraes

La Unidad de Inteligencia Financiera produce información, no está destinada a producir pruebas. Pero no solo piezas de información de cualquier cuerpo, de cualquier persona, sino también de una unidad de inteligencia, eventualmente, se pueden usar dentro de lo contradictorio, porque, dependiendo de la información, dependiendo de lo que traiga, eventualmente, se puede usar como prueba. [...] No me parece posible afirmar, en forma definitiva, que los informes de inteligencia serían solo un medio de obtención de prueba, porque en la información y datos puede haber prueba documental que fue enviada a la UIF y que debe ser valorada libremente por el magistrado, según su convicción. Por lo tanto, hago esta advertencia.⁴²

³⁹ Esta distinción estaría respaldada por la doctrina italiana de Mario Chiavario, basada en el Código Procesal Penal italiano. Los medios de prueba o *mezzi di prova* son los que se consideran suficientes *per se*, ya que son lo suficientemente adecuados para corroborar cualquier base utilizada por el magistrado en el curso de su decisión. A su vez, los medios de obtención de prueba o *mezzi di ricerca della prova* tienen por objeto la “adquisición de entidades (cosas materiales, huellas – en el sentido de vestigios o indicios) dotadas de capacidad probatoria. (CHIAVARIO, Mario *in voto* del Magistrado Dias Toffoli - BRASIL. STF. RE 1.055.941. p. 60)

⁴⁰ BRASIL. STF. RE 1.055.941. p. 62.

⁴¹ BADARÓ, 2020: 432-433. En el mismo sentido: LOPES, 2020: 404.

⁴² BRASIL. STF. RE 1.055.941. p. 209.

Magistrado Edson Fachín

Los Informes de Inteligencia Financiera, por lo tanto, al retratar la ocurrencia de determinada transacción, desde que, respetado el debido proceso legal, pueden funcionar como fuentes de convencimiento del juez, incluso que eventualmente sujetos a elementos de corroboración. [...]

Evidentemente, el juicio de la UIF (análisis) queda sujeto al oportuno ejercicio del sistema contradictorio en un eventual proceso a iniciarse. No obstante, la información recibida y posteriormente remitida por los agentes públicos en el ejercicio de su función, como los actos administrativos en general, gozan del atributo de la relativa presunción de veracidad, desafiando, en su caso, la valoración judicial en su propia sede.⁴³

Así, aunque la Suprema Corte haya adoptado específicamente la diferenciación doctrinal entre medios de obtención de prueba y medios de prueba para los RIF, ésta no fue una posición unánime en la sentencia del Recurso Extraordinario n.º 1.055.941. De hecho, la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal trata esta distinción de manera tenue. Esto es muy claro en el caso de la colaboración premiada, que también son consideradas un medio de obtención de pruebas por parte de la Corte Suprema (cfr. Ley n.º 12.850/2013)⁴⁴ y, aun así, se admite que son valoradas como si fueran parte del conjunto probatorio.

A modo de ejemplo, la sentencia de Habeas Corpus n.º 127.483/PR se ocupó de las colaboraciones premiadas como medio de obtención de prueba y posibilidad de valoración del testimonio presentado por el colaborador. En ese caso, la Corte Suprema reconoció que (i) se trataba de una negociación jurídica muy personal, lo que impediría la impugnación por coautores o partícipes en los delitos cometidos; y (ii) es posible que las declaraciones del colaborador constituyan prueba y pueden ser valoradas si corroboradas por otros medios de prueba idóneos⁴⁵.

También recientemente, en la Petición n.º 5.700/DF, la colaboración premiada fue reconocida como un instrumento para obtener información y subsidios, lo que se apartaría del concepto de medio de prueba. Además, el Ministro Ponente admitió la posibilidad de valorarlo

⁴³ BRASIL. STF. RE 1.055.941. p. 236.

⁴⁴ Ver Art. 3 de la Ley n.º 12.850/2013: “Art. 3.º En cualquier etapa de la persecución penal, sin perjuicio de los demás ya previstos por la ley, los siguientes medios de obtención de pruebas: I - colaboración premiada; II - captación ambiental de señales electromagnéticas, ópticas o acústicas; III - acción controlada; IV - acceso a registros de llamadas telefónicas y telemáticas, a datos de registro contenidos en bases de datos públicas o privadas y a informaciones electorales o comerciales; V - interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas, en los términos de la legislación específica; VI - supresión del secreto financiero, bancario y fiscal, en los términos de la legislación específica; VII - infiltración, por parte de policías, en la actividad investigativa, en los términos del art. 11; VIII - cooperación entre instituciones y órganos federales, distritales, estatales y municipales en la búsqueda de pruebas e informaciones de interés para la investigación o de la instrucción criminal”. (BRASIL. Ley n.º 12.850, de 2 de agosto de 2013)

⁴⁵ En el mismo sentido: BRASIL. STF Habeas Corpus 75.226. Ponente: MARCO AURÉLIO – Segundo Panel, j. 12 de agosto de 1997. DJ, Brasilia, 19 de septiembre de 1997.

en el proceso penal si se acompaña de otros apoyos probatorios, a fin de evitar que se cometan falsas acusaciones y condenas injustas⁴⁶.

Con mucha razón, Prado también advierte sobre la fragilidad de la distinción sostenida por el Magistrado Dias Toffoli en el Recurso Extraordinario 1.055.941:

Esta diferenciación entre medios de investigación y medios de prueba, sin embargo, se encuentra bajo la presión de los órganos encargados de la represión penal, los cuales actúan desde una subjetividad tendiente a construir discursivamente la verdad sobre los hechos en el proceso penal a partir de la prueba que se obtiene a través de los medios de investigación.

La tendencia que prevalece dentro de los organismos encargados de reprimir las infracciones penales es disipar la diferencia entre los medios mencionados. En rigor, en este nivel, la distinción, por ejemplo, entre información obtenida mediante interceptación telefónica recabada unilateralmente, en un contexto de supresión *nemo tenetur*, y otros elementos de información filtrados por el contradictorio judicial consistiría en que la primera es una tesis de calidad epistémica superior.⁴⁷

Véase: al mismo tiempo que la jurisprudencia afirma que la colaboración premiada es un medio de obtención de prueba, reconoce la admisibilidad de su valoración con otros elementos probatorios idóneos para acreditar su credibilidad. Ahora bien, si la valoración de la colaboración premiada es viable, entonces nos parece que no existe ningún elemento concreto que la distinga debidamente de la propia prueba – lo que señala la posibilidad de que el control judicial del RIF para corregir las desviaciones pueda ser lo mismo aplicable a la prueba, pero con el contradictorio diferido en el tiempo.

En cuanto a los informes de inteligencia (generalmente considerados), para Bachmaier Winter, “pueden ser admitidos en el proceso como prueba atípica y ser valorados como un indicio adicional para valorar como prueba las diligencias que se introduzcan en el proceso como prueba”⁴⁸.

Además de la dificultad de categorizar el RIF *per se*, la distinción conceptual entre “medios de prueba” y “medios de obtención de prueba” no está exenta de críticas. En un estudio reciente, Vieira destaca que las “investigaciones de medios de prueba constituyen una categoría provocadora del estudio, no tanto por las reiteradas características que los separan de los medios de prueba en el proceso penal (proclamada ineficacia directa a los efectos de la valoración

⁴⁶ Coincidiendo con este carácter mixto y entendiendo la creación de nuevos problemas, véase BADARÓ (2017: 136): “Inevitablemente surge una posición mixta, ecléctica y conciliadora que, en la mayoría de los casos, no resuelve el problema, cuando no ocurre lo peor: crea problemas adicionales. La colaboración premiada sería entonces tanto un medio de prueba, respecto de las declaraciones del colaborador, y por tanto, directamente valiosas para el juez, como un medio de obtención de pruebas, basado en la necesidad de que sean descubiertas y llevadas al proceso, otros elementos de corroboración de la declaración incriminatoria”.

⁴⁷ PRADO, 2014: 66.

⁴⁸ BACHMAIER WINTER, 2012: 84.

judicial, capacidad de producción por parte de la policía judicial o de la Fiscalía en una actividad típica de investigación preliminar, elemento habitual de sorpresa como característica), sino más bien por la vertiente de obtención de elementos de información propiamente dichos (investigación, captura, búsqueda)”⁴⁹. Para él, el problema de dicha distinción no estaría en la nomenclatura misma, sino en el control de la admisibilidad del producto (del resultado que de él se desprende).

Tampoco se puede dejar por desapercibidas las consideraciones pertinentes de los Magistrados Alexandre de Moraes y Edson Fachin en el Recurso Extraordinario n.º 1.055.941, no sólo porque el RIF puede estar acompañado de algún tipo de prueba documental, o porque el informe de inteligencia tendría una presunción relativa de veracidad. Pero también porque, al parecer, el RIF podría ser considerado un medio *sui generis* de obtención de pruebas.

El RIF sería un medio de obtención de prueba *sui generis* porque es evidente su diferencia con otros medios de obtención de prueba, como las interceptaciones telefónicas, violaciones del secreto bancario y fiscal, orden de registro y incautación, e incluso la colaboración premiada. Estos otros medios de obtención de pruebas son puestos bajo supervisión judicial desde su nacimiento o, en el caso de colaboración premiada, esta solo puede utilizarse después de su aprobación en juicio. En otras palabras, no hay orden de registro y incautación, o interceptación telefónica sin autorización judicial, y no hay colaboración premiada efectiva sin la aprobación del juez⁵⁰.

En el caso de RIF, no. El RIF, por sí solo y sin ningún otro elemento, puede dar lugar a la apertura de una investigación penal, ya sea en el ámbito policial o directamente por la Fiscalía. Estos órganos reciben el RIF a través del procedimiento de difusión automática y sólo a partir de este elemento pueden iniciar una investigación (aunque no formalizada inicialmente como una especie de procedimiento previo). En este punto, el Magistrado Alexandre de Moraes incluso sostiene que, siempre que se reciba un RIF, se debe iniciar un procedimiento formal de investigación para posibilitar el mencionado control judicial⁵¹.

⁴⁹ VIEIRA, 2021: 139.

⁵⁰ Véase Art. 4 de la Ley N° 12.850/2013: “Art. 4 El juez podrá, a petición de las partes, conceder el indulto judicial, reducir la pena privativa de libertad hasta en 2/3 (dos tercios) o sustituirla por la restricción de los derechos de quien haya colaborado efectiva y voluntariamente con la investigación y con el proceso penal, siempre que de esta colaboración se deriven uno o más de los siguientes resultados: [...]”

§ 8º El juez puede rechazar la aprobación de la propuesta que no reúna los requisitos legales, devolviéndola a las partes para los ajustes necesarios. [...]

§ 11. La sentencia considerará los términos del convenio ratificado y su eficacia”.

⁵¹ “El informe de inteligencia de la Coaf/UIF, en los términos del Código Procesal Penal, es equivalente a informaciones que, al igual que la investigación policial, pueden dar lugar a denuncia. Si la Fiscalía entiende que existe la necesidad de complementación, inicia un PIC Procedimiento de Investigación Criminal o solicita una investigación policial. A partir de ahí, se formalizará. Ahora, aunque quiera archivarlo, debe promoverlo en los

Además, el RIF es valorado por el magistrado a la hora de otorgar otros medios de obtención de pruebas, como ordenes de registro y incautación, rupturas del secreto bancario, interceptaciones telefónicas e incluso órdenes de prisión. Es como si el RIF funcionara como un “medio de prueba” preconstituido a la fase de investigación penal, y al mismo tiempo, como un “medio de obtención de prueba”.

Ni siquiera puede descartarse que el informe pueda ser valorado aun cuando se dicten sentencias, ya que, no pocas veces, su contenido se reproduce en el cuerpo de denuncias.

Como enseña Ferrer Beltrán, “una prueba P_1 también es relevante cuando permita fundar (directa o indirectamente) inferencias sobre la fiabilidad de otra prueba P_2 que, a su vez, permita realizar inferencias sobre la verdad de los enunciados fácticos a probar”⁵². En otras palabras, el RIF es un elemento cognitivo que permitirá al juez, con base en él, hacer una inferencia y llegar a una conclusión.

Aparentemente, independientemente de una clasificación, las reglas de control epistémico de la prueba deben aplicarse al RIF, especialmente desde el punto de vista de la “admisibilidad”.

VII. LOS LIMITES A LA PRUEBA Y LA ADMISIBILIDAD DEL RIF EN EL PROCESO PENAL

El estado de derecho tiene su fundamento jurídico-político en las reglas del debido proceso legal, a través de las cuales el ejercicio legítimo del monopolio de la fuerza tiende a no volverse arbitrario⁵³. En Brasil, esta idea está principalmente inscrita en el art. 5, incisos LIV y LVII, de la Constitución de la República, según los cuales “nadie puede ser privado de la libertad o de la propiedad sin el debido proceso de ley” y “nadie puede ser declarado culpable hasta que se dicte sentencia firme por sentencia penal condenatoria”. En este contexto, el proceso penal pretende legitimar el ejercicio de la potestad estatal de sancionar, a través de la verificación de la prueba y posterior decisión sobre la imputación penal⁵⁴.

términos del Código Procesal Penal, porque cualquier información que llegue a la Fiscalía debe tener el mismo tratamiento que los informes de inteligencia. Es decir, forma un procedimiento, concluye que no es crimen, lo distribuye al juez competente y pide la aprobación del archivo. De lo contrario, se perjudicará el control judicial del sistema acusatorio previsto en el Código Procesal Penal, en la medida en que dicho control se verá perjudicado. [...]. De ahí la necesidad de formalizar el procedimiento”. (BRASIL. STF. RE 1.055.941. p. 207)

⁵² FERRER BELTRÁN, 2021: 132.

⁵³ PRADO, 2014: 15.

⁵⁴ BADARÓ, 2019: 21.

Como ha señalado Prado, el “nuevo” derecho procesal penal trae consigo una “proliferación de actos de injerencia en la intimidad, como metodología habitual de investigación penal por delitos económicos”, y depende del juez controlar la corrección de los requisitos de verificabilidad de los hechos y asegurar la paridad de armas⁵⁵.

Si bien la búsqueda de la verdad a través de la verificación probatoria es una de las condiciones necesarias para una decisión correcta (tendencialmente justa), también lo es la correcta aplicación de la ley – siempre guiada por un proceso disciplinado por un conjunto de normas jurídicas que dan garantías concretas garantizadas en la Constitución y en los convenios internacionales. En otras palabras, si bien la verdad es un fin importante del proceso, no puede ni debe obtenerse a cualquier precio, cuando los fines justifiquen la aplicación de cualquier medio.

Por tanto, no existen elementos probatorios que puedan entrar indistintamente en el curso del proceso. Conscientes de ello, en mayor o menor medida, nuestros sistemas procesales⁵⁶ imponen reglas que condicionan la actividad probatoria, bien impidiendo su producción, bien determinando su inadmisibilidad, o incluso la imposibilidad de valoración, si finalmente ésta ya se hubiere producido⁵⁷.

El derecho a la prueba, aunque convencionalmente previsto y derivado de los principios de contradicción y defensa plena, nunca será absoluto.

La selección de la prueba, según Taruffo, se basa en dos criterios: (i) pertinencia y (ii) admisibilidad desde el punto de vista jurídico. La pertinencia trata de la conexión lógica de ese elemento de prueba con los hechos en disputa, guardando una relación de utilidad para el establecimiento de la verdad de los hechos en discusión. El criterio de admisibilidad, por regla general, se construye a partir de reglas de exclusión, por ejemplo, en vulneración de derechos fundamentales, pruebas ilícitas, testimonios indirectos, etc⁵⁸.

En cuanto a la legislación brasileña, existe una previsión expresa en el Código Procesal Penal de la inadmisibilidad de la prueba ilegal:

Art. 157. La prueba ilícita, entendida como prueba obtenida con violación de normas constitucionales o legales, es inadmisibile y debe ser apartada del proceso.

⁵⁵ PRADO, 2014: 44.

⁵⁶ Para ejemplificar esto, debe tenerse en cuenta que tanto los sistemas de *civil law* como de *common law* tienen reglas de exclusión probatoria. En Brasil, el art. 158 (del Código Procesal Penal) determina que los delitos que dejan rastros no admiten la confesión para probar la materialidad del delito, exigiéndose el examen del cuerpo del delito. En el sistema estadounidense, la *hearsay rule* prohíbe el uso de testimonios de oídas, con el argumento de que no es posible el examen cruzado de la información.

⁵⁷ BADARÓ, 2019.

⁵⁸ TARUFFO, 2014: 35-53.

§ 1º Es también inadmisibile la prueba derivada de la prueba ilícita, excepto cuando no se acredite una relación de causalidad entre una y otra, o cuando la prueba derivada pueda obtenerse de una fuente independiente de aquélla.

§ 2º Se considera fuente independiente aquella que por sí misma, siguiendo los procedimientos típicos y habituales, propios de la investigación o investigación criminal, sería capaz de conducir al hecho objeto de la prueba.

§ 3º Una vez que la decisión de excluir la prueba inadmisibile ya no sea apelable, esta será inutilizada por sentencia judicial, permitiendo a las partes seguir el incidente. [...]

Existen límites lógicos, políticos y epistemológicos, que sirven como filtro de admisibilidad para una adecuada y correcta reconstrucción histórica de los hechos dentro del proceso penal⁵⁹.

Brevemente, en los límites lógicos, la selección de pruebas se realiza en base a dos criterios: (i) impertinencia y (ii) irrelevancia. Ambos tienen como objetivo garantizar que la producción de prueba esté intrínsecamente relacionada con los hechos en disputa, no permitiendo la producción de elementos ajenos a este, guardando una relación de utilidad para el establecimiento de la verdad de los hechos en discusión.

Los límites políticos, por su parte, están relacionados con la necesidad de proteger las libertades públicas y otros valores, aunque de alguna manera puedan “restringir” el conocimiento de la verdad. Los ejemplos clásicos son las prohibiciones contra pruebas obtenidas por medios ilícitos, sin autorización judicial, tortura o violación de domicilio. Si bien pueden estar relacionados con los hechos encontrados, estos límites sirven precisamente de contención al poder punitivo y a la búsqueda de la verdad desde una mentalidad inquisitiva.

Finalmente, los límites epistemológicos de exclusión probatoria buscan previamente restringir la entrada de elementos que, si bien pueden ser relevantes y dotados de alto potencial persuasivo, podrían generar una reconstrucción histórica inexacta de los hechos. La matriz impulsora de las reglas de selección es la prevención de errores y malentendidos, impidiendo que el magistrado establezca valor probatorio a elementos de baja calidad epistémica. Es el caso, por ejemplo, del art. 155 del Código Procesal Penal, que exige que para acreditar la condición de las personas sólo se utilicen los medios de prueba previstos en el derecho civil, o incluso el art. 62, que determina que la muerte del agente, para el reconocimiento de la extinción de la punibilidad, sólo puede probarse mediante certificado de defunción.

⁵⁹ Explicando las razones políticas, lógicas y epistemológicas para restringir el derecho a la prueba ver: BADARÓ, 2016. Para un análisis en profundidad del tema ver: VIEIRA, 2021.

Dadas estas premisas que limitan el derecho a la prueba, es importante señalar que estas exclusiones deben ocurrir preferentemente⁶⁰ en el momento de su admisibilidad – es decir, para evitar errores en la valoración. En sentido amplio, la admisibilidad de la prueba puede entenderse como el esquema de control del ingreso de los elementos probatorios, los cuales, sólo en un segundo momento, pueden ser objeto de valoración por parte del juez. De esta forma, a través de controles epistémicos de entrada, se busca reducir la complejidad y al mismo tiempo impedir la valoración de un elemento de calidad dudosa, que ni siquiera debería ser valorado, maximizando las posibilidades de lograr el propósito de la institución probatoria de búsqueda por la verdad⁶¹.

Como acertadamente señala Vieira, lo ideal es que “el juez sólo pueda valorar lo que es producto de regular obtención, regular ingreso y regular producción en el proceso”⁶². Continúa diciendo que, tratándose de métodos ocultos de investigación – como la interceptación de comunicaciones y el levantamiento del secreto, generalmente considerados –, el control de admisibilidad se realiza con base en un doble control judicial: al momento de la solicitud (requerimiento o representación) de la producción, y también en el momento en que las medidas son concluidas y presentadas en juicio. Así se evita realizar un procedimiento invasivo sin la debida motivación; y, por otro lado, se evita la introducción al proceso penal de una información obtenida en un procedimiento viciado.

Sin embargo, como hemos visto y considerando el modelo que existe actualmente en Brasil, la noción de doble control judicial del RIF es completamente inaplicable. El control siempre será posterior, es decir, cuando ya se haya producido el RIF y éste se convierta en parte integrante del proceso penal. En tal contexto, un sistema de control epistémico eficiente es aún más indispensable cuando se trata de elementos informacionales de inteligencia, en los que no sabemos exactamente cómo se obtuvo, produjo y evaluó efectivamente dicha información. Si bien Coaf reporta la existencia de varias etapas de generación de RIF, lo cierto es que no hay claridad sobre cómo se obtienen, procesan y seleccionan los datos. Hay áreas absolutamente grises que merecen ser abordadas.

⁶⁰ Se dice preferentemente, porque tratándose de prueba ilícita, por ejemplo, su exclusión debe ocurrir en cualquier momento del proceso, incluso en la fase preliminar.

⁶¹ En este sentido: “Me explicaré mejor: una vez asumido que la finalidad de la institución probatoria en el proceso judicial (cualquiera que sea la jurisdicción) no puede ser otra que la averiguación de la verdad, podemos juzgar la racionalidad (en el sentido de adecuación de los medios a fines) de las distintas reglas jurídicas sobre la prueba que operan en el momento de la formación del conjunto de elementos de juicio. Una regla de prueba sobre la prueba será, pues, irracional como medio para conseguir la finalidad de la averiguación de la verdad si no es adecuada para maximizar las posibilidades de alcanzar esa finalidad” (FERRER BELTRÁN, 2021: 103)

⁶² VIEIRA, 2021: 44.

Por ejemplo, en el Modelo A, ¿cuáles son las “reglas de selección predefinidas” para el diferimiento automático?, ¿cuáles son las “reglas estadísticas” adoptadas en el modelo predictivo?, ¿cómo se asignan los puntos en la “matriz de riesgos” en la fase de análisis individualizado?. Es más, no se sabe cómo se ingresa a la base de datos del Coaf la información recopilada en las bases de datos complementarias, cuál es el grado de riesgo que se le atribuye, o incluso si se realiza alguna verificación sobre la veracidad de la información (sobre todo porque Coaf admite el uso de fuentes abiertas).

La misma duda persiste en el Modelo B, pero con interrogantes de un orden aún mayor, ya que la única información básicamente disponible es que si no existen otras comunicaciones (COS/COE) registradas en las bases de datos del Coaf sobre ese objeto de investigación en particular, no se producirá un RIF; y que el riesgo se incrementa como resultado de nueva información transmitida por las autoridades.

Por supuesto, al tratarse de una actividad de inteligencia, la divulgación amplia y sin restricciones de toda esta información podría dejar sin sentido por completo la función de inteligencia de Coaf, ya que permitiría a los infractores adoptar medidas extras y cuidados adicionales para reducir los riesgos de “caer” en el filtro de la unidad de inteligencia, y por lo tanto, escapando posteriormente de futuras consecuencias penales.

Por otro lado, sin esta información, el sujeto objeto del RIF es absolutamente incapaz de impugnar los medios de producción del informe; en particular, no es posible identificar si hubo un error o incluso abuso de poder en la elaboración del informe. Solo será posible (al sujeto listado en el RIF) impugnar la existencia de un determinado movimiento financiero, o presentar una justificación que elimine la sospecha de lavado de dinero. Sin embargo, como enseña Ramos, “no se puede imaginar que el ‘contenido’ de los documentos sea algo meramente objetivo, es necesario conocer la forma de producción del documento, la fuente, los signos utilizados, etc”⁶³.

En definitiva, sería lo mismo que admitir la utilización de un método de investigación (penal) sin posibilidad efectiva de control judicial posterior, en evidente atropello a derechos fundamentales. En el límite, habría que admitir la hipótesis de una especie de investigación prospectiva, una especie de *fishing expedition*⁶⁴, que avanzaría de manera abierta,

⁶³ RAMOS, 2021: 269.

⁶⁴ Como define Philippe Benoni Melo e Silva, “La *fishing expedition* es una investigación especulativa indiscriminada, sin un objetivo claro o declarado, que “echa” sus redes con la esperanza de “pescar” alguna evidencia, para subsidiar una acusación futura. En otras palabras, es una investigación preliminar, realizada de manera muy amplia y genérica para buscar pruebas sobre la práctica de futuros delitos. En consecuencia, no puede ser aceptado en el ordenamiento jurídico brasileño, so pena de lesionar los fines de un proceso penal democrático de naturaleza constitucional”. (Disponible en: <https://bit.ly/3kY5Wrn>. Acceso: 14 abr. 2022)

indeterminada e indiscriminada sobre la generalidad de los ciudadanos – lo que no puede admitirse en un Estado de Derecho.

E incluso en la hipótesis del Modelo A, con pasos automatizados (sin intervención humana), la justificación y la confianza no pueden ser meramente pragmáticas en relación con documentos generados por máquinas o instrumentos, en la medida en que todos los algoritmos están sujetos a errores propios de los programadores⁶⁵.

En juzgamiento realizado por la Suprema Corte en 2021 (ADI n.º 6.529), tratando de la posibilidad de proporcionar información o documentos sobre las actividades y asuntos de inteligencia producidos, en curso o bajo la custodia de la Agencia de Inteligencia de Brasil a otras autoridades (y viceversa), el Supremo Tribunal Federal dictaminó que dicha participación solo puede tener lugar si (i) está vinculada al “interés público objetivamente comprobado”, con (ii) una motivación específica, sin la cual no sería posible examinar la legitimidad de los actos de la administración pública⁶⁶.

Así, si tales son los requisitos para compartir información de inteligencia (en el sentido clásico tratado anteriormente), con mayor razón deben ser los intercambios con las autoridades penales. Cuando se trata de procesos penales, mayor debe ser el grado de exigencia de compatibilidad de la actividad de inteligencia con el régimen democrático, no permitiendo la persecución de opositores y aparato político del Estado.

No falta la advertencia de Prado, para quien “la indispensabilidad de un sistema eficaz de controles epistémicos cobra hoy especial importancia, porque se ha popularizado, en el ámbito de la investigación, el uso de métodos ocultos de investigación (interceptación de comunicaciones y remoción de secretos) y, en general, toda la información que sustenta las acusaciones se basa en elementos obtenidos por esta vía”⁶⁷.

Los principios de mismidad y desconfianza presentados por Duce y Baytelman (2004) – y reproducidos en Brasil por Prado (2014) – deben ser igualmente y claramente aplicados a los informes de inteligencia como herramienta esencial para el control epistémico de la prueba. Por “mismidad” puede entenderse la garantía de que la prueba valorada es exactamente igual a la que fue recolectada. Esto estaría justificado en la medida en que no son poco frecuentes las manipulaciones por parte de las autoridades, con eso, lo que se lleva al ámbito penal no obedece

⁶⁵ RAMOS, 2021: 230.

⁶⁶ BRASIL. STF. Ação Direta de Constitucionalidade 6.529. Ponente: CÁRMEN LÚCIA – Tribunal Pleno, j. 11.out. 2021. DJE, Brasília, 22.out.2021.

⁶⁷ PRADO, 2014: 43.

al requisito de la “mismidad”, sino sólo a una interpretación distorsionada o parcial de esa información.

Por “desconfianza” podemos entender que todo elemento probatorio debe pasar por un procedimiento de “acreditación”, es decir, la comprobación de que tales objetos corresponden efectivamente con lo que pretenden ser. Para Prado (2014), la prueba, en general, requiere de la intervención de reglas de “acreditación”, ya que no todo lo que ingresa al proceso judicial puede haber sido considerado, tiene que ser “acreditado”, legitimado, valorado desde su recolección hasta la producción en juicio para recibir valor probatorio.

No en vano, como se verá a continuación entre las propuestas para controlar la admisibilidad del RIF, encuéntrase precisamente la formalización de los actos del Coaf para facilitar su reconstrucción histórica, desde la adquisición de datos, pasando por el procesamiento y generación del informe y su posterior intercambio con las autoridades investigadoras, hasta su incorporación definitiva al proceso judicial penal. Este registro es fundamental para el control de la cadena de custodia de la prueba, más particularmente la integridad del procedimiento que resulta en la elaboración y intercambio del RIF – carga atribuible a la Fiscalía.

Aunque se trate de un informe de inteligencia, siempre debe existir un procedimiento formal, documentado y accesible al investigado. El filtro procesal contra la prueba ilícita depende precisamente de la posibilidad de rastrear la prueba hasta su fuente de origen; de lo contrario, sucumbirá a la paridad de armas y otros principios constitucionales caros al debido proceso penal.

Específicamente al tratarse del control judicial de las actividades de inteligencia, Gonçalves destaca que “este control debe ser amplio y profundo y alcanzar la esencia de la actividad de inteligencia, no restringiéndose a meros aspectos procesales”⁶⁸.

En el caso del RIF, además de las cuestiones de procedimiento, hay una serie de otras cuestiones que necesitan ser investigadas y respondidas, sin las cuales simplemente no será posible evaluar si el informe de inteligencia fue elaborado con abuso de derecho/poder⁶⁹ (desviación de finalidad o con desviación de procedimiento) – es decir, en flagrante ilegalidad.

⁶⁸ GONÇALVES, 2019: 157.

⁶⁹ Para el Derecho Administrativo, la “conducta abusiva de los administradores puede provenir de dos causas: 1ª) el agente actúa fuera de los límites de su competencia; y 2ª) el agente, aunque dentro de su competencia, se aparta del interés público que debe orientar toda actuación administrativa. En el primer caso, se dice que el agente actuó con ‘exceso de poder’ y en el segundo, con ‘desviación de propósito’.” (CARVALHO FILHO, 2012: 46)

El informe de inteligencia financiera producido a partir de información falsa, o en abuso de poder, no puede ser admitido como prueba, debiendo el juez, al momento del análisis de admisibilidad, excluirlo⁷⁰. Más aún, todos los actos de investigación, pruebas o medidas que de ellos se deriven son igualmente susceptibles de ser extirpados del proceso.

Es decir, sin elementos y garantías mínimas – y que serán objeto de detalle en el próximo capítulo –, no se trataría meramente de materia de confiabilidad del RIF, sino verdaderamente de admisibilidad. Son estas garantías mínimas que permiten establecer un control de legalidad del material probatorio introducido en el proceso penal y, por tanto, reducir las complejidades en la valoración de la contaminación de prueba lícita por prueba originalmente ilícita.

No nos parece una medida exagerada o imposible de aplicar. El Consejo de Europa, en delitos graves, como el terrorismo, admitió la exclusión de pruebas y materiales obtenidos mediante técnicas especiales de investigación en casos extraordinarios cuando en violación a la legislación local – i.e. inadmisibilidad⁷¹⁻⁷².

Admitir la “infalibilidad” o la “intocabilidad” del RIF, en el extremo, sería lo mismo que transformar el proceso penal en una mera formalidad incapaz de refutar la verdad – lo que no está en consonancia con el régimen constitucional brasileño. Y cabe decir, no sólo desde el punto de vista de los principios del debido proceso legal y de la presunción de inocencia, sino también por el sometimiento de toda y cualquier autoridad – incluidos los analistas del Coaf – al control de legalidad de sus actos.

Finalmente, considerando que se trata de prueba preconstituida – que se refiere a fuentes de conocimiento que existen fuera del proceso, en procedimientos extraprocesales, que meramente se agrega y no hay propiamente producción a lo largo del proceso⁷³ – su control debe tener lugar tan pronto se agregue a los registros o se someta a lo contradictorio. No es necesario esperar un momento específico de audiencia para verificar la regularidad bajo los planes lógicos y formales⁷⁴.

⁷⁰ Ferrer Beltrán, respecto a la inadmisibilidad de la prueba obtenida ilegalmente, señala la existencia de “dos tendencias distintas respecto del momento de producción de efectos de la ilicitud de la prueba. Puede funcionar propiamente como regla de exclusión de la prueba, de manera que se inadmite en el momento de su proposición, o como regla que prohíbe la valoración de la prueba ilícita y su uso para fundamentar el fallo. Sobre el tema, véase Giménez Pericas, 1992: 287-288.” (FERRER BELTRÁN, 2021: 115)

⁷¹ CONSEJO EUROPEO. Recomendación Rec (2005)10, 20.abr. 2005, párrafo 7.

⁷² En la misma línea, la Compilación de Buenas Prácticas para las Agencias de Inteligencia de Naciones Unidas (2011: 10), “las atribuciones y competencias de los servicios de inteligencia están clara y exhaustivamente definidas en la legislación nacional. Están obligados a usar estos poderes exclusivamente para los fines para los que fueron otorgados”.

⁷³ BADARÓ, 2019: 197.

⁷⁴ VIEIRA, 2021: 252.

El filtro de admisibilidad debe ejercerse con la mayor celeridad posible por el magistrado. El filtro epistemológico realizado de manera ágil reduce los riesgos futuros de cuestionamiento sobre la ilegalidad de la prueba. De hecho, hace menos complejo el proceso de aplicación de las reglas de exclusión al reducir las probabilidades de que se produzcan y obtengan otros elementos basados en pruebas inadmisibles. Según Vieira, “no se cuida de hacer procedimientos en exceso para la admisibilidad de la prueba en el proceso penal, ni de considerar rituales inocuos, sino que simplifica el análisis del *thema probandum*, depurando lo que se considera lícito tras pruebas de contradicción entre los interesados”⁷⁵.

Por ello, el capítulo siguiente traerá propuestas para el control de la admisibilidad del RIF con sugerencias que buscan equilibrar la eficiencia de la investigación penal con la protección de los derechos fundamentales del ciudadano. Es decir, propone la presentación de un esquema mínimo de reglas (además de las ya determinadas específicamente por el Supremo Tribunal Federal en el Tema 990) que los RIF deben observar para que su uso pueda ser admitido en procesos penales.

VIII. PROPUESTA DE CONTROL DE ADMISIBILIDAD DEL RIF

1. PROPUESTAS FASE 1: RECEBIMIENTO DE INFORMACIONES, NOTIFICACIONES Y PEDIDOS

1.1) Sistemas de comunicación (recibimiento) e reconstrucción histórica: posibilidad o no de alteración

Críticas

Tanto en el Modelo A como en el Modelo B, la unidad de inteligencia ya utilizaría sistemas de comunicación electrónica (como Siscoaf y SEI-C) que contendrían mecanismos de seguridad de la información y protección de datos, con control de acceso por parte de los usuarios de Coaf y usuarios externos (autoridades competentes). Es decir, en teoría, las prácticas adoptadas hoy cumplirían con las determinaciones del STF (Tema 990) para que las comunicaciones se realicen en un ambiente formal, con garantía de secreto y certificación del destinatario.

⁷⁵ VIEIRA, 2021: 253.

Sin embargo, no existe información pública disponible sobre mecanismos de control tendientes a (i) asegurar que la información fue efectivamente recibida por el Coaf por quien la poseyó; y (ii) impedir cambios posteriores.

Por otra parte, desde la recepción de comunicaciones y solicitudes al Coaf, el procesamiento de datos, hasta la difusión del RIF, existe el deber de preservar la integridad de todo el complejo y articulado procedimiento de inteligencia financiera, entendido como una secuencia, cronológica y orientado en última instancia. La formalización de los actos de la agencia de inteligencia financiera proporciona la reconstrucción histórica del RIF. Este registro es esencial para controlar la cadena de custodia de la evidencia, más particularmente la integridad del proceso que da como resultado la creación y el intercambio del RIF.

Propuesta

La Nota Interpretativa de la Recomendación n.º 29 del GAFI/FATF determina que “tiene que, contar con normas establecidas que rijan la seguridad y la confidencialidad de dicha información, incluyendo procedimientos para el manejo, almacenamiento, comunicación y protección de tal información, así como para el acceso a la misma”.

Así, tanto el Siscoaf como el SEI-C deben contener mecanismos que permitan la identificación de evidencias, conservación y análisis de la información (trazabilidad), con base en los principios de mismidad y desconfianza antes mencionados. Según Vitor de Paula Ramos, “la mejor manera de usar documentos con símbolos para probar hechos, por lo tanto, es o no permitir que se realicen cambios posteriores, o tener esos cambios registrados en metadatos, que son inalterables”⁷⁶.

1.2) Comunicaciones de los sectores obligados, pedidos de autoridades y modelo-estándar

Críticas

El Coaf aclara que el RIF no tiene un modelo estándar, solo diferenciándolo como “sintético” o “analítico”. El primero se restringe a la información sobre operaciones sospechosas recibida vía Siscoaf de los sectores requeridos y disponible en la base de datos, listando los nombres de los involucrados en las operaciones. El RIF analítico, por su parte, se basa en el análisis de una gama más amplia de fuentes de información, con el objetivo de sumar conocimiento y brindar a la autoridad receptora la mayor información posible para la identificación de personas y forma de operaciones sospechosas.

⁷⁶ RAMOS, 2021: 227.

Sin embargo, el hecho de que no exista un modelo estándar de RIF permite que el documento elaborado no contenga elementos esenciales para el examen de su admisibilidad y/o confiabilidad, lo que hace extremadamente difícil su impugnación.

Propuesta

Como se detalló anteriormente, en su mayor parte, el punto de partida de los RIF son comunicaciones de los sectores obligados o solicitudes de autoridades.

Por ser, por tanto, el primer elemento que justifica la elaboración de un informe de inteligencia, cualquier discusión sobre su admisibilidad probatoria debe, necesariamente, pasar por el acto que provocó el inicio de este proceso. No basta la mera información de que Coaf habría recibido comunicación de una operación atípica, o de que hubo un pedido de una autoridad.

En el contexto de una posible limitación de derechos fundamentales, se deberá señalar en el RIF la comunicación que dio lugar a la elaboración del informe de inteligencia, seguida de todas las demás comunicaciones (COS/COE) tenidas en cuenta, así como la respectiva justificación de la misma. Asimismo, en su caso, deberá incluirse el contenido de la solicitud/comunicación recibida de la autoridad competente⁷⁷, sin perjuicio de la obligación de enumerar todas las comunicaciones tenidas en cuenta también en este supuesto de elaboración de RIF.

2. PROPUESTAS FASE 2 (MODELO A): FLUJO DE ANÁLISIS

2.1) 1ª y 2ª Etapas: reglas automatizadas de diferimiento automático y modelo predictivo

Críticas

No está claro cuáles serían las reglas de diferimiento automático y el modelo predictivo, y el RIF no contiene ninguna descripción de los motivos que llevaron a la clasificación (inicial) de una determinada comunicación como asociada al riesgo de blanqueo de capitales. Ni siquiera hay mejor explicación de lo que sería un modelo predictivo de este tipo, sino un modelo estadístico basado en la probabilidad de que la comunicación contenga elementos de riesgo, construido a partir de análisis pasados realizados por funcionarios del Coaf.

⁷⁷ Sobre todo porque, según la Nota Interpretativa a la Recomendación n.º 29, la UIF debe tener independencia operativa, actuando con plena libertad para decidir cuándo analizar, solicitar o comunicar determinada información. Así, si la autoridad requirente no desestima los motivos, no puede suponerse que Coaf tenga elementos suficientes para decidir si se da cumplimiento a la solicitud.

Como resultado, no es posible saber por qué la comunicación no fue diferida, o identificada como de riesgo por el modelo predictivo, ni replicar este paso específico, impidiendo la reconstrucción histórica del proceso de elaboración del RIF.

Sin embargo, al tratarse de un sistema electrónico, sin intervención humana, para garantizar la ausencia de errores es fundamental contar con mecanismos que permitan auditar y replicar los pasos que condujeron a la selección en particular de esa comunicación y su reenvío a la siguiente fase.

Después de todo, “el uso de documentos generados por máquinas en los tribunales depende necesariamente de una comprensión de la justificación epistémica existente en el funcionamiento del instrumento o máquina; y más, de la eventual confianza depositada en él. Esto sólo será posible, entre otras cosas, mediante el conocimiento previo que hay detrás del equipo o instrumento: es decir, que su funcionamiento esté basado en un conocimiento válido y corroborado”⁷⁸.

Propuesta

Los algoritmos utilizados por Coaf deben ser abiertos/públicos, con posibilidad de repetir el proceso de selección por las reglas de diferimiento, también del modelo predictivo. Si no es posible hacerlos públicos, se deberá conferir la posibilidad de auditar el sistema electrónico.

Es decir, el control del RIF debe incluir también, necesariamente, la posibilidad de, una vez realizada la misma entrada (*input*) resultante de las comunicaciones de los sectores obligados, confirmar que las reglas previamente definidas que alimentan el sistema automatizado clasifican esa operación como sospechoso.

En este punto, una vez más, resultan imprescindibles las palabras de Vitor de Paula Ramos: “sin saber qué se analizó y cuál fue el razonamiento desarrollado por una máquina, no es posible evaluar su corrección y adecuación”⁷⁹ y “además de saber y probar el track record de una máquina, conocer los materiales, datos, muestras, etc. y el razonamiento que utiliza, que sólo puede hacerse a través del análisis algorítmico”⁸⁰.

⁷⁸ RAMOS, 2021: 234.

⁷⁹ RAMOS, 2021: 241.

⁸⁰ RAMOS, 2021: 234.

2.2) 3ª Etapa: uso de bases de datos complementarias em el análisis individualizado

Críticas

Según Coaf (cfr. Gráfico 4), el análisis individualizado (realizado por los analistas) también tendría en cuenta la información disponible en otras bases de datos a las que accede Coaf – como alegatos, informes de organizaciones internacionales, medios de comunicación, comunicaciones sobre investigaciones en curso por parte de las autoridades. (miembros de la Fiscalía, policías, revisores fiscales y jueces), así como otra información de fuentes abiertas.

Sin embargo, hay que preguntarse cuáles serían estas bases de datos, así como la confiabilidad de la información contenida en ellas, especialmente porque también se extraen de prensa y fuentes abiertas. Cuando Coaf utiliza la expresión “fuentes abiertas”, ¿cuáles serían?, ¿habría algún tipo de conferencia previa sobre la veracidad de los datos?, ¿y las extraídas de la prensa?

El problema de utilizar fuentes abiertas y datos extraídos de vehículos mediáticos va más allá de la propia dificultad de comprobar la veracidad, incluyendo la posibilidad de haber sido “plantados” para fines ulteriores e incluso como forma de “calentar” información ilícitamente obtenida⁸¹.

Propuesta

Primero, como se propone en ítem 1.2 anterior, todos y cada uno de los elementos que hayan sido ponderados (positiva o negativamente) al analizar, generar y difundir el RIF deben ser incluidos en el informe. Algo que, dada la ya comentada ausencia de un estándar de informe, no siempre se identifica.

En segundo, para asegurar la solidez del RIF (y la representación más cercana posible de la realidad), la medida más coherente sería no utilizar fuentes de datos no verificables (abiertas o públicas, inclusive).

Por otra parte, dado que el RIF se considera producto de una actividad de inteligencia, no necesariamente se exige que su contenido sea integral o contenga un alto grado de correspondencia con la realidad. La supresión de este tipo de información podría terminar empobreciendo el informe de inteligencia.

Queda por tanto la duda de cómo reducir los problemas derivados del uso de este tipo de fuentes de información. Nos parece que, en el caso de fuentes de datos no verificables, aunque mencionadas en el RIF, estas no deberían ser consideradas en la matriz de riesgo. Es

⁸¹ A modo de ejemplo, en el citado *Vazajato* se identificó un mensaje en que el Fiscal sugiere que haría una citación en base a “noticias apócrifas”. Fuente: <https://veja.abril.com.br/politica/as-testemunhas-que-posta-em-xeque-a-imparcialidade-de-sergio-moro/>. Acceso: 10.abr.2022.

decir, no se asignaría ningún valor, positivo o negativo, a los datos obtenidos a través de estas fuentes.

La no inclusión de esta información en la matriz de riesgo sería suficiente para eliminar la discusión sobre la admisibilidad del informe que contenía datos erróneos y extraídos de una fuente abierta – por ejemplo, el aumento en el puntaje de riesgo de lavado de dinero debido a una *fake news*. La discusión en torno a este dato específico dialogaría con baja o alta confiabilidad epistémica, dejándola para la fase de evaluación de la prueba (y no de admisión).

2.3) 3ª Etapa: puntuación de la matriz de riesgo

Críticas

Como se explicó anteriormente, en la etapa de análisis individual, según el Coaf, el analista registra la información recolectada en una “matriz de riesgo”, con un puntaje previamente definido según el nivel de riesgo asociado. Se suman los puntos y se calcula el riesgo. Si se clasifica como riesgo “medio” o “alto”, se realiza un análisis en profundidad por parte del analista, quien elaborará el RIF consolidando los resultados del proceso de análisis.

Sin embargo, aparte de la información sobre la existencia de una matriz de riesgo con un puntaje previamente definido, no hay otros datos públicos disponibles en esta etapa de análisis. Además, ni la matriz de riesgos ni los elementos ponderados de la misma están incluidos en el RIF.

Como se puede apreciar en las fases automatizadas, el sujeto objeto del informe de inteligencia debe aceptar nuevamente, sin posibilidad de cuestionamiento, que el riesgo atribuido a él y sus movimientos era lo suficientemente alto como para exigir la generación del RIF.

Propuesta

La forma, por tanto, de determinar los errores y manipulaciones en esta etapa es fundamental para suministrar la matriz de riesgo utilizada, con una descripción de la puntuación otorgada a cada uno de los elementos ponderados.

Además, en el caso de una matriz que esté relacionada con un marcador previamente definido, el acceso a la respectiva plantilla también es indispensable.

3. PROPUESTAS FASE 2 (MODELO B): FLUJO DE ANÁLISIS

3.1) Etapa única: no identificación de criterios objetivos y uso de bases de datos complementarias

Críticas

De acuerdo con el Coaf (cfr. Gráfico 5), en el modelo de análisis iniciado a partir de las comunicaciones recibidas de las autoridades (RIF de intercambio/por solicitud) existe una sola fase automatizada de consulta de la base de datos para verificar si existe comunicación previa de los sectores obligados. Una vez identificada cualquier comunicación, a partir de ese momento, el flujo de análisis es realizado íntegramente por un analista, sin ninguna regla objetiva y utilizando las citadas (y discutibles) fuentes complementarias.

Tampoco se tiene noticia de que, en el Modelo B, habría nada parecido al marcaje de una matriz de riesgo para mitigar la subjetividad del análisis.

Sin embargo, como ya se mencionó en este trabajo, el intercambio de datos personales entre los órganos de inteligencia y de represión penal debe estar sujeto a un régimen de rígida excepcionalidad y estricta legalidad, dada la potencial restricción de derechos fundamentales.

Si, por un lado, existen críticas y propuestas de mejora que permitan analizar la admisibilidad de las RIF espontáneamente generadas/difundidas (Modelo A) en las investigaciones criminales, éstas son aún más severas en el Modelo B, que se rige por la subjetividad absoluta. De hecho, es difícil incluso imaginar cómo implementar (efectivamente) el control judicial posterior.

En este modelo de análisis, por tanto, sólo sería posible valorar la admisibilidad del RIF en base a los pocos criterios establecidos por el Corte Suprema en el Tema 990. Sólo los errores y desviaciones procesales serían objeto de investigación en cuanto a la inexistencia de un procedimiento previamente establecido formalmente, y si las comunicaciones se realizaron por medios formales, con garantía de secreto, certificación del destinatario. Nada más.

Como se afirma hoy, sin siquiera disponer de un modelo de informe estándar, sería prácticamente imposible comprobar si la generación del informe estaría ligada a un interés público objetivamente probado y hasta incluso a la motivación.

Propuesta

La primera propuesta aquí, por tanto, sería la misma que las ya formuladas en el punto 2.2 anterior.

Asimismo, el Coaf podría adoptar el mismo sistema de puntuación en una matriz de riesgos previamente definida, como ya se hizo para la 3ª Etapa de análisis del Modelo A, con las reservas y propuesta detalladas en el punto 2.3.

4. DIFUSIÓN DEL INFORME DE INTELIGENCIA

4.1) Documentación de la decisión de difusión del RIF

Críticas

En la fase de difusión (espontánea o por solicitud), el Coaf informa que el RIF sería presentado a un comité consultivo, el cual confirmaría que el informe podría ser remitido a las autoridades.

Sin embargo (para conocimiento práctico), el informe no contiene ninguna información con respecto a esta deliberación.

Propuesta

Partiendo de la premisa de que la deliberación del comité no es una mera formalidad – porque, de lo contrario, no tendría razón de existir –, el contenido de su decisión (motivación) también debe formalizarse y acompañar al RIF. Explicar tanto los motivos de aprobación de difusión del informe.

El hecho de que se trate de una actividad de inteligencia que se realiza, por regla general en régimen de secreto o de restricción de la publicidad, como ya se discutió, no quita la obligación de motivar los actos administrativos.

4.2) Documentación de la lista de destinatarios y justificaciones

Críticas

En el caso de un RIF generado de intercambio/por solicitud, la selección de la autoridad es resultado de lo propio pedido. En cambio, es diferente la hipótesis de la difusión espontánea, en la que no existen criterios claros sobre las razones de selección de las autoridades para recibir el RIF. Se desconoce si la difusión se hace a las autoridades del domicilio fiscal, del domicilio de residencia, por la existencia de investigaciones previas, etc.

Por lo tanto, como la difusión se da a diferentes autoridades – sin que estas siquiera supieran a quién más se envió el informe – es relativamente común que se abran procedimientos en diferentes ámbitos, ya sea en diferentes entidades de la Federación, o por diferentes autoridades, como la Policía Civil, Policía Federal y Fiscalía.

También porque, como consta en el voto del Magistrado Alexandre de Moraes (RE n.º 1.55.941), cada vez que se recibe un RIF debe iniciarse un procedimiento formal de investigación precisamente para posibilitar el control judicial posterior.

Propuesta

Por lo tanto, se propone que el RIF también indique (i) las autoridades receptoras, y (ii) las razones de elección estas autoridades. Nuevamente, esta es una medida esencial para la investigación y corrección del abuso de derecho.

IX. CONCLUSION

Es cierto que, como principio general, salvo algunas excepciones, debe admitirse como prueba en el proceso judicial cualquier elemento relevante para una decisión judicial, en la medida en que garantice la mayor probabilidad de que las declaraciones que se consideren probadas coincidan con la verdad⁸². Por otro lado, éste no es un fin en absoluto, admitiéndose su ponderación para garantizar otros fines también comúnmente conocidos en la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos, en particular, la protección de los derechos fundamentales.

Las reglas de admisibilidad de la prueba, tal como se verifican, sirven como un filtro adicional para la realización de estos otros fines.

Específicamente en el caso del proceso penal, la formalidad es una garantía y no hay lugar para poderes genéricos y ilimitados, puesto que todo poder está sujeto a límites⁸³. El proceso penal sirve como instrumento limitador del poder punitivo estatal, el cual sólo puede ser ejercido y legitimado desde el estricto respeto a las normas y garantías constitucionalmente garantizadas (las normas del debido proceso legal)⁸⁴. Sin éstos, no se habla de un proceso legítimo de aplicación de la pena.

Teniendo en cuenta el objeto de estudio (el RIF), aunque esencialmente un elemento de inteligencia, las cifras proporcionadas por Coaf y su método de operación no dejan lugar a dudas: existe una innegable relación de simbiosis entre la unidad de inteligencia financiera y los órganos de persecución criminal. La acción espontánea es excepcional, sirviendo el Coaf como brazo de la Fiscalía, Policía y jueces.

⁸² FERRER BELTRÁN, 2021: 113.

⁸³ BRASIL. STF. Habeas Corpus 201.965. Ponente: GILMAR MENDES – Segunda Sala, j. 30.nov. 2021. DJE, Brasilia, 25.mar.2022.

⁸⁴ LOPES JUNIOR, 2020: 636.

En el caso RE n.º 1.055.941, la Suprema Corte de Brasil hizo evidente la preocupación por posibles abusos persecutorios (penales) resultantes del uso indiscriminado del RIF y sin control judicial en su plenitud, aunque sea *a posteriori*.

Posteriormente, cuando del juzgamiento de ADI n.º 6.529, al tratarse del intercambio de información/documentos de inteligencia entre la Agencia de Inteligencia de Brasil y otras autoridades, el Supremo Tribunal Federal dictaminó que tal intercambio sólo puede ocurrir si está vinculado a un interés público objetivamente probado y con motivación específica.

El control judicial de las actividades de inteligencia no se restringe a meros aspectos procesales, sino que debe alcanzar la esencia de la actividad.

Como se ha identificado a lo largo del presente trabajo, aunque la Corte Suprema ha calificado el RIF (incluso en *obter dictum*) como un medio de obtención de prueba, tal entendimiento no justificaría tratamiento diferente al que se le da a la prueba. El informe de inteligencia, a pesar de su clasificación, es llevado al proceso penal como prueba innegable. Así, todas las reglas del control epistémico de la prueba deben ser aplicadas al RIF – y es en ellas donde se realiza el control judicial posterior.

Así, es necesario verificar primero, si el informe fue (o no) alcanzado por reglas de exclusión de la prueba. Si es positivo, no puede utilizarse, así como también deben dejarse de lado todas las pruebas que de él se deriven, ya que son ilícitas por derivación.

Es sólo a partir de este punto, es decir, una vez comprobada la solidez de la generación del informe, que debe discutirse la posibilidad de valorar sus conclusiones y los resultados de las diligencias realizadas con base en él.

De ahí que no sea admisible que haya una explicación tan exigua sobre la forma en que se produce el RIF. Más que eso, que las pocas fases automatizadas sin intervención humana son verdaderas incógnitas, además de la inexistencia de mecanismos efectivos para corregir desviaciones e incluso verificar si el informe se produjo sin desviarse del propósito *primer* ni abuso de poder. Como se dijo, en la actualidad hay dificultades incluso para verificar la cadena de custodia del RIF, ya que no existe un procedimiento reglado y formalizado (al menos en documento público) que permita verificar la cronología existencial de la prueba, uniformidad y confianza. El flujo de información debe ser regulado, registrado y repetible.

Debe al juez controlar que se cumplan todos los requisitos de admisibilidad y confiabilidad, asegurando la igualdad de armas, a fin de que el proceso penal concreto no sea una mera ceremonia formal, un mero ritual previo a la imposición de la pena. El control de los elementos aportados por las partes es indispensable no sólo para asegurar la efectividad del

precepto constitucional adversarial, sino también para garantizar que el proceso, como entidad epistémica, esté éticamente fundado.

El Estado Democrático de Derecho exige que la actividad de inteligencia, especialmente por su progresiva convergencia con la investigación criminal, esté sujeta a un control que permita el análisis de su adecuación a los estrictos fines públicos a los que se dirige. La democracia no admite la arbitrariedad y exige que todos se sometan a la ley.

X. BIBLIOGRAFIA

BACHMAIER WINTER, Lorena. *Información de Inteligencia y Proceso Penal. In: Terrorismo, Proceso Penal y Derechos Fundamentales*. Madrid: Marcial Pons, p. 45-101, 2012. p. 48.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância*. In: BEDAQUE, José R. S.; CINTRA, Lia C. B.; EID, Elie P. (coord.). *Garantías procesales: garantías constitucionales aplicadas al proceso*. Brasilia: Gazeta Jurídica, 2016.

_____. *Epistemologia judiciária y prueba penal*. 1ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

_____. *Proceso Penal*. 8ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

BANCO MUNDIAL. *Unidades de inteligencia financiera: Panorama general*. Washington, DC, 2004.

BASSIOUNI, M. Cherif. *Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice*. *Virginia Journal of International Law*, n. 42, 81-162, fall/2001.

BAYTELMAN, Andrés; DUCE, Mauricio. *Litigación penal, juicio oral y prueba*. Santiago: Universidad Diego Portales, 2004.

BRASIL. Coaf. *Relatório de Atividades do Coaf 2021*.

BORGES, Ademar. *O relatório de inteligência financeira como meio de obtenção de prova no processo penal*. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 176. ano 29. p. 69-105. São Paulo: Ed. RT, febrero/2021.

CEPIK, Marco. *Espionagem e democracia: agilidade e transparência como dilemas na institucionalização de serviços de inteligência*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prova e verdade no direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. *Valoração racional da prova*. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. 2ª ed. Madrid. Marcial Pons, 2004.

_____. *Prueba científica. Un mapa de retos*. In: *Estándares de prueba y prueba científica*. Ensayos de epistemología jurídica. Barcelona: Marcial Pons, 2013, pp.181-203.

GENEVA CENTRE FOR DEMOCRATIC CONTROL OF ARMED FORCES (DCAF). *Compilation of Good Practices for Intelligence Agencies and their Oversight*, 2011.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)*. In: YARSHELL, Flávio Luiz; ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Estudos em homenagem à Ada Pelegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

GONÇALVES, Joanisval Brito. *Atividade de inteligência e legislação correlata*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2018.

_____. *Políticos e espiões: o controle da atividade de inteligência*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2019.

IBAÑEZ, Perfecto Andrés. "*Carpintaria*" da sentença penal (em matéria de "fatos"). In: Valoración de la Prueba y Sentencia Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 119-162.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo. *Temas de Direito Penal Internacional*. 1ªed. Rio de Janeiro: Jorge Luis Fortes Pinheiro da Camara, 2014.

KENT, Sherman. *Strategic Intelligence for American World Policy*, Princeton University Press, 1949.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOWENTHAL, Mark M. *Intelligence: from Secrets to Policy*. Washington D.C.: CQ Press, 2012.

PESSOA, Adriano Monte. *A atividade de inteligência da Receita Federal no Combate aos Crimes contra a Ordem Tributária*. In: Revista Dialética de Direito Tributário, v. 198, p. 7-12, 2012.

PRADO, Geraldo. *La fiabilidad probatoria y la cadena de custodia de las pruebas*. 1ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2019.

_____. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. 1ª ed.. Madrid: Marcial Pons, 2014.

RAMOS, Vítor de Paula. *Prova documental: do documento aos documentos*. 1ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2021.

SILVA, Philipe Benoni. *Fishing expedition: A pesca predatória por provas por parte dos órgãos de investigação*. Disponível em: <https://bit.ly/3kY5Wrn>. Acesso em: 14 abr. 2022.

TARUFFO, Michele. *A prova*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

UGARTE, José Manuel. *Control Público de la Actividad de Inteligencia: Europa y América Latina, una visión comparativa*. Documentos de trabajo n.º 16, Buenos Aires: Centro de Estudios Internacionales para el Desarrollo, nov/2002.

_____. *Legislación de inteligencia: especialización y control, legitimidad y eficacia*. Guatemala: Editorial Serviprensa, 2000.

VIEIRA, Renato Stanziola. *Controle da prova penal: Obtenção e admissibilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

XAVIER DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius. *Direito Penal Internacional, Estado Constitucional e o Problema da Mitigação da Soberania na Persecução dos Crimes Internacionais Próprios*. *Quaestio Iuris*, vol. 11, n. 3, 2034-2070, 2018.