

Capítulo III

PROBLEMAS DEL CONTROL PENAL DEL CRIMEN ORGANIZADO

I. Problemas del Control Penal del Crimen Organizado	133
II. Procedimiento Penal	134
1. Arrepentido	142
2. Declaración de los Coimputados	147
3. Protección de testigos	150
4. Agente Encubierto	154
5. Infiltración Policial	166
6. Entrega Vigilada	169
7. Vigilancia Electrónica e Intervención de Comunicaciones Privadas	171
8. Derecho de Defensa	177
III. Derecho Penal	178
1. Leyes Especiales	178
2. Ley de Control de Crimen Organizado de los Estados Unidos Mexicanos	182
3. Ley Control del Crimen Organizado. Estados Unidos (Rico Act.)	183
4. Conspiración	192
5. Asociación Ilícita	196
6. Conclusiones	
IV. Problemas de Autoría y Participación en el Crimen Organizado	204
V. Sobre las penas	213
VI. Instrumentos Internacionales	216
1. Convención de Palermo	216
2. Unión Europea	220
3. Ámbito Americano	224

CAPITULO III

PROBLEMAS EN EL CONTROL PENAL DEL CRIMEN ORGANIZADO.

I. PROBLEMAS EN EL CONTROL PENAL DEL CRIMEN ORGANIZADO

La “criminalidad organizada” por su desarrollo e impacto en las sociedades, debe ser analizada con nuevos instrumentos jurídicos que permitan tener en cuenta sus diferencias cualitativas con la criminalidad convencional.

Con esta determinación es que podrán justificarse las necesidades de cambios, de carácter jurídico, que se propugnan. Se trata no sólo de los actores del proceso penal sino también de aquellos órganos del Estado designados para el control económico y financieros.

Se necesita una mejor comprensión del fenómeno criminal, lo que no sólo aumentará en forma concreta la efectividad de la persecución, sino que también, en forma general y a largo plazo, podrá contribuir a la más efectiva prevención. Por supuesto sabemos que estos puntos de vista son polémicos, pero como expresó el Profesor Jean Pradel en el coloquio celebrado en Guadalajara, México sobre Justicia Penal y Crimen Organizado, en Octubre de 1997.¹²⁹ “Cabén muchas políticas procesales (agregó también de derecho penal sustantivo), la más liberal consiste en ignorar el crimen organizado y tratar, por consiguiente, al autor de un blanqueo de miles de millones como un vulgar ladrón de manzanas. Esta concepción peca evidentemente de angelismo y resulta inaplicable so pena de contribuir a la lenta, pero segura, descomposición de nuestras sociedades. Por el contrario, hay otra que otorga una prioridad absoluta a la lucha contra el crimen organizado, sin preocuparse de los principios. Esta visión es igualmente inaceptable, puesto que no se

¹²⁹ Revue Internationale de Droit Penal. .Association Internationale de Droit Pénal.3ro y 4to trimestre de 1998. Paris. France.

puede concebir que una lucha similar desconozca principios tan esenciales que forman parte de la esencia misma de nuestras sociedades”.

Opino que si bien no es aceptable que para la delincuencia tradicional o común se adopten criterios propios de Estados democráticos de Derecho, sean otros diferentes con relación al terrorismo, narcotráfico y delincuencia organizada, partiendo de la idea de que el delincuente organizado es el enemigo a vencer ya que con ello estaríamos acogiéndonos al derecho penal del enemigo que tanto hemos criticado. Soy de los que opina que no podemos quedarnos en los métodos tradicionales de control del delito, utilizando los mismos procedimientos que para la delincuencia convencional ,tenemos que innovar y darle solución a los requerimientos de la política criminal dentro de un régimen de legalidad y efectivo control judicial ,no sólo formal como muchas veces ocurre sino real y efectivo .

Esta realidad hace que los sistemas penales contemporáneos se estén transformando rápidamente como respuesta al crimen organizado, algunas veces felizmente y otras como retroceso al garantismo. Veamos algunas de las tendencias más importantes:

II. PROCEDIMIENTO PENAL

Las transformaciones en la técnica investigativa y en procedimiento penal son importantes, técnicas nuevas se desarrollan. En la fase investigativa lo más importante son los procesos de inteligencia; por ella debe entenderse la recolección, análisis y elaboración de la información. El proceso de inteligencia, es el único medio racional para trabajar en el control del crimen organizado y mejorar la eficiencia del sistema de justicia penal.

Mientras que la persecución de la criminalidad convencional está caracterizada por la investigación aislada que realizan las agencias de policía y la presentación de las pruebas ante los Tribunales, en cuanto a la investigación del crimen organizado un modelo más complejo debe ser utilizados.

Cualquier modelo que se asuma en relación con este tipo de delito debe ser puesto en el contexto de una estrategia de investigación cuyas metas van más allá de la solución de un caso concreto siendo necesario el conocimiento de las estructuras, de la organización, formas de operar y ámbito de la actuación de los delincuentes organizados, trascendiendo la investigación a las personas jurídicas utilizados como medios para la comisión de los delitos de la delincuencia organizada. Estas investigaciones deben ser planificadas, supervisadas y llevadas a cabo con un personal de entrenamiento especializado.

La obtención de información, procesamiento y el análisis de la misma así como la confección de informes especializados con la información recogida, su entrega a los funcionarios pertinentes y su continua reevaluación con la finalidad de trazar nuevos objetivos informativos es un proceso que no puede ser subestimado.

La obtención de información debe entenderse como un archivo debidamente organizado de información de todas las fuentes que puedan estar disponibles. Esas fuentes pueden ser públicas o abiertas y confidenciales cuando provienen de técnicas de vigilancia, grabaciones, informantes o agentes encubiertos reportes de la policía y de la red de informantes, puede incluir el estudio de documentos públicos, la escucha de los resultados del seguimiento electrónico -incluyendo escuchas telefónicas- o de la técnica operativa. Esta información es decisiva para determinar contactos, socios, personas participantes en el grupo, la jerarquía dentro de la organización criminal; información biográfica de las personas relacionadas con el grupo, asociación de negocios, fortaleza de la organización. La información puede ser utilizada de diferentes formas, lo fundamental es que la misma nos va a sugerir nuevos pasos tácticos. Debe ser tomada en consideración especial toda aquella evidencia que puede ser presentada ante los Tribunales. Toda esta actividad de recolección de información tiene que ser realizada cumpliendo escrupulosamente los trámites legales ya que la misma será analizada cuidadosamente por las instituciones judiciales y la opinión pública. Debe

recordarse que la búsqueda de información sobre personas que tenga que ver con sus hábitos de vida y creencias siempre estará relacionada con aspectos de la intimidad protegidos constitucionalmente.

Estos instrumentos especiales resultan ser imprescindibles ya que por los medios tradicionales no se consiguen recabar pruebas mas allá de las indiciarias , siendo muy difícil conseguir , especialmente contra los dirigentes ,testimonio de terceros u otro tipo de prueba que sean decisivas en un proceso penal.

Por procesamiento debe entenderse la evaluación de la información, o sea si es confiable, si está verificada con otras fuentes, las características de la fuente, su confiabilidad etc. El análisis de éstos resultados es lo que es propiamente nos da un producto de inteligencia, donde se le traslada a los consumidores de este servicio las distintas opciones posibles , estas pueden ser continuar con la obtención de información ,el arresto de las personas involucradas y la obtención de pruebas para llevar a cabo el procesamiento penal.

El modelo debe tomar en cuenta también el entorno sobre el cual esa investigación debe ser conducida, los obstáculos legales y políticos que puedan presentarse. Las tareas operativas siempre deben ser vistas en el contexto de la estrategia trazada.

Las soluciones para la persecución del delito organizado deben ser previstas desde el punto de vista legal no sólo mediante la utilización del derecho penal, sino también del derecho mercantil, civil y fiscal.

Los operadores penales que van a participar en este control necesitan un entrenamiento especial, ya que no sólo es necesario el conocimiento de investigación criminal y derecho penal, sino también del funcionamiento de la economía y en general de otros aspectos sociales.

La policía en general cuenta con servicios especializados y es importante que esto sea así, debe recordarse que la criminalidad organizada es ante todo una criminalidad lucrativa que se realiza a través de complejas operaciones financieras que sólo pueden ser utilizadas por personal especializado. En Alemania existen fiscalías especiales para éste tipo de asuntos

Se necesita también especialización en las agencias administrativas tales como aduanas, agencias de impuestos, Ministerios de Economía y Finanzas, Bancos y otras dependencias que tengan de una forma u otra que ver con estas actividades. Ciertas reglas de competencia también son recomendables a fin de centralizar el conocimiento de éste tipo de asunto, por ejemplo en las capitales provinciales.

En este tema es necesario un trabajo estrecho de cooperación entre la Policía y los Fiscales. La Policía en operaciones tan complejas, necesita consultar continuamente a la Fiscalía acerca de las implicaciones legales de las operaciones que emprende. Sin embargo, cada una de ellas debe respetar el rol que a cada institución le corresponde.

En estas investigaciones debe siempre tenerse en cuenta las relaciones existentes entre las actividades ilegales y las legales y por tanto es determinante en cualquier investigación poder precisar donde están situados los negocios legales que son manejados por las organizaciones criminales. El acceso a los registros legales de esas empresas es vital para el desarrollo de cualquier investigación.

Resumiendo, para la planificación de cualquier investigación debe tenerse en cuenta los siguientes aspectos:

- Antecedentes del caso. Estos antecedentes deben incluir información de archivos y en general información proveniente de diversas fuentes.

- Identificar los “OBJETIVOS” de la investigación con sus nombres, posiciones, funciones y las metas de la investigación .Se debe tener claridad en lo que se quiere lograr.
- Elaborar alternativas de investigación y las posibilidades de cada variante para lograr los resultados que se buscan.
- Identificar y resolver los problemas legales de cada alternativa. Todo procedimiento investigativo, cualquiera que sea el que se emplee, tiene implicaciones legales que no pueden ser ignoradas en la investigación. Estos problemas deben ser resueltos de una forma consecuente con la legalidad, de manera que se permita su utilización.
- Se debe tener presente que es recomendable en muchas ocasiones formar un grupo de trabajo en que puedan estar presente varias agencias estatales, que además, tengan la posibilidad de trabajar en diversos territorios, por tanto la cooperación entre distintas agencias y dependencias es decisiva para el éxito de estas operaciones.
- Los resultados investigativos no deben medirse por resultados inmediatos y cuantitativos .Generalmente éstos –por ejemplo detenciones numerosas – sólo tienen un impacto inmediato en estas actividades .Los resultados deben medirse a mediano y largo plazo, especialmente desde el punto de vista cualitativo. El crimen organizado ha demostrado que tiene facilidades para una rápida recuperación .Lo importante es desmantelar las estructuras superiores de las organizaciones criminales.
- En las investigaciones deben tenerse en cuenta la compartimentación y el esquema conspirativo bajo el que desarrolla sus actividades el crimen organizado, los estratos inferiores generalmente no poseen información importante También la experiencia demuestra que la información que proporcionan una vez detenidos no es generalmente valiosa, los niveles de dirección de las organizaciones criminales se ocupan especialmente de las necesidades económicas de sus familias y esto los estimula a mantener su lealtad.
- La base de toda investigación debe sustentarse en la utilización de agentes informantes y la técnica operativa .Deben utilizarse técnicas

tales como vigilancia electrónica, escuchas en domicilios privados, localización por satélites, base de datos, que permita el entrecruzamiento. Son también importante estudiar los movimientos de mercancías, análisis de las cuentas bancarias para poder detectar lavado de dinero , potenciales violaciones de impuestos , ingresos ilegales ,pagos por bienes o servicios ilegales ; análisis de los negocios legales con el fin de conocer la propiedad de los mismos ,beneficios ,utilización de cuentas bancarias de los negocios para lavar ingresos provenientes de actividades ilícitas ,presencia de socios silentes cuya presencia puede ser consecuencia de pasadas actividades ilegales. El principio es que todos los medios deben ser utilizados en sistema y que unos medios nunca sustituyen al otro, ambas se complementan.

- Debe desarrollarse programas de protección contra la venganza de la organización criminal que es objeto de investigación o persecución, ésta protección debe extenderse a testigos, personal judicial, incluso los presuntos “arrepentidos”.

Desde el punto de vista procesal se están imponiendo principios que hasta el momento habían sido rechazados ,por ejemplo la utilización de agentes encubiertos e incluso de infiltración policial , entregas controladas y otros procedimientos que hasta el momento si bien muy utilizados en Estados Unidos de América eran rechazados en Europa y en otros modelos legales, hoy sin embargo prima una tendencia hacia su aceptación ,éstas transformaciones se califican como proactivación de la investigación criminal, lo cual incluye investigaciones antes de la actividad delictiva .

Esta investigación proactiva, cuya noción es reciente, diseñada para una mejor investigación de la criminalidad organizada, son contempladas por legislaciones como la austriaca de 10 de Julio de 1997 que reconoce a la Policía un conjunto de poderes extraordinarios que le permiten recoger datos a través de una vigilancia secreta desde el momento en que surja la sospecha de un delito de organización criminal. La policía puede solicitar agentes encubiertos equipados con técnicas de grabación cuando va a conversar con un sospechoso, instalar videos en residencias privadas, para ello tiene que

haber sospechas de que se va a cometer un delito grave con sanción de más de 10 años de privación de libertad o de un delito de organización criminal o peligro de orden público.

Entendemos la necesidad de aplicar estas técnicas, sin embargo, deben respetarse los principios de la legalidad, proporcionalidad, subsidiaridad y judicialidad. Las dificultades para la obtención de la prueba, muchas veces provocada por la falta de profesionalización de la policía y los fiscales ha intentado superarse merced al recurso a mecanismos de investigación altamente agresivos como son la vigilancia electrónica, el infiltrado y el agente provocador, muchas veces utilizadas sin tener en cuenta el cumplimiento de los requisitos legales y constitucionales. El peligro cierto de una degeneración del sistema procesal penal obliga, no obstante a someter dichos métodos a controles legales y judiciales rigurosos, habida cuenta de que si bien se posibilita una intervención temprana de las investigaciones policiales en el espacio criminal, también hace más fácil, incurrir en comportamientos prohibidos.

Hay que enfrentar con realismo la necesidad de resolver problemas procesales que faciliten la actividad investigativa, las llamadas cláusulas premiales, entre ellos: los arrepentidos, infiltrados y las declaraciones de los coimputados y otros aspectos procesales importantes, tales como:

- Establecer la exclusión o atenuación de la pena según el caso para el arrepentido, el agente encubierto, el infiltrado policial, cooperación de los imputados, siempre que este sujeto a las debidas reglas procesales y proporcione información que permita evitar la comisión de otros delitos de esta naturaleza, esclarecer el delito que se investiga y capturar a los autores o partícipes.

Estas cláusulas premiales deben ser utilizadas sólo a ámbitos de la delincuencia formalizadas y permanentes en torno a organizaciones estructuradas, ante las cuales el establecimiento de "un premio" en la determinación de la pena al culpable colaborador, permita romper el

hermetismo de la organización lo cual se justifica por razones de defensa social.

No debe aplicarse al narcotraficante individual y además debe aplicarse con seguridad jurídica es decir, el culpable debe saber desde el momento de la contraprestación las consecuencias se van a derivar en la determinación de la pena.

Otras medidas de interés son darle una mayor importancia a los bienes del acusado en la etapa preparatoria, partiendo que como pena el decomiso y confiscación tienen en estos delitos una mayor importancia y por tanto en esta etapa investigativa debe priorizarse la investigación con la finalidad de poder aplicar como sanción:

- El decomiso de los bienes y dinero provenientes de esta actividad. en la legislación italiana incluye el secuestro de los bienes de los que la persona dispone, directa o indirectamente, cuando su valor resulta desproporcionado con la renta declarada o con la actividad económica que desarrolla, o bien cuando sobre la base de suficientes indicios se tiene motivo para creer que los mismos sean el fruto de actividades ilícitas o constituyan recolocación.
- Confiscación por el Tribunal de los bienes secuestrados cuya legítima procedencia no haya sido demostrada, con lo cual según el jurista italiano Octavio Sferlazza citando sentencias del Supremo Tribunal de Casación de Italia no se prevé una real inversión de la carga de la prueba, pero se limita a poner a cargo del sospechoso un simple gravamen de alegación, determinando el valor de los elementos indiciarios ofrecido por la acusación, acerca del origen de los bienes que hacen parte de su patrimonio, y a solicitar que los indicios de procedencia ilegítima de dichos bienes o sumas empleadas para su adquisición sean inherentes a cada uno de ellos. Tiene que emerger una desigualdad entre las inversiones y las disponibilidades financieras

verificadas, un indicio es la falta de incompatibilidad entre el empleo de capitales y la suma de rentas conocidas.

Las novedades residen en el aumento cuantitativo y cualitativo de la praxis criminal conocida hasta la fecha. Nuestras leyes penales, en especial las procesales, deben estar enfocadas hacia esta realidad, deben ser ajustadas de una manera cuidadosa. En este sentido, deberían anunciarse más bien mejoras en la praxis de la persecución penal de estos hechos y no agravaciones punitivas en la ley.

Examinemos ahora algunas instituciones de amplia utilización en el enfrentamiento del crimen organizado.

1. *Arrepentido*

El arrepentido es un individuo perteneciente a un grupo organizado criminal, que decide acudir ante las autoridades penales dispuesto a confesar sus propios crímenes y colaborar con la justicia mediante el suministro de información, que permitirá individualizar los hechos delictivos del grupo y a sus integrantes, fundamentalmente a los miembros destacados de la cúpula directiva. El espíritu colaborador del arrepentido obedece, en la mayor parte de los casos, al objetivo principal de la obtención de beneficios punitivos y protección de su integridad personal y familiar.

El alcance del tratamiento dado al arrepentido varía bastante de país a país. La mayor parte de los sistemas jurídicos solamente conceden la impunidad total a los delincuentes que, mediante informaciones suministradas a tiempo, hayan impedido la comisión de infracciones por parte de los miembros de la asociación, otros países exigen el abandono del grupo y el suministro de la información sobre la identidad de otros miembros del grupo, antes de que el grupo haya podido cometer cualquier infracción, en otras legislaciones como la de Chile en ciertos casos basta informar a las autoridades para conseguir la no persecución o hasta la absolución y en ciertos casos una atenuación de la pena .

Veamos algunos aspectos de su regulación normativa.

La Convención contra el Crimen Organizado conforme al artículo 26 establece que cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas para alentar a las personas que participen o hayan participado en grupos delictivos organizados a:

- a) Proporcionar información útil a las autoridades competentes con fines investigativos y probatorios sobre diversas cuestiones;
- b) Prestar ayuda efectiva y concreta a las autoridades competentes que puedan contribuir a privar a los grupos delictivos de sus recursos o del producto del delito.

En algunas ocasiones la asistencia se presta sin una base legislativa, sin embargo si esta asistencia tiene consecuencias en el proceso penal, la legislación es imprescindible.

La Convención también estipula que los Estados deberán considerar las opciones de inmunidad y mitigación de la pena para quienes cooperen con las autoridades, en estos casos los jueces pueden requerir autoridad específica para mitigar las penas de las personas que han sido declaradas culpables pero que han cooperado, incluso pudieran y deberían según cada caso recibir sanciones por debajo de las mínimas establecidas. La concesión de la inmunidad judicial puede requerir, si se aplica, la promulgación de legislación para crear la facultad discrecional de no enjuiciar en casos apropiados o para estructurar la discreción de que ya dispongan los fiscales. Será necesario prever alguna forma de revisión y ratificación judicial a fin de establecer las condiciones de cualquiera arreglos oficiosos y garantizar que las decisiones de inmunidad sean vinculantes.

La fundamentación legal del arrepentimiento, implica una compensación de la culpabilidad propia del delito, que encuentra justificación en razones de política criminal y desde el punto de vista procesal tiene su justificación en el principio de oportunidad.

En algunas legislaciones como la española el arrepentido o colaborador de la justicia, va a ser entendido en relación con el delito de narcotráfico y terrorismo, artículo 376 y 579-3 del Código Penal Español, También es necesario aclarar que nos referimos al arrepentido en relación con un ámbito claramente delimitado de la criminalidad. Es decir, no nos referimos en ningún caso al arrepentido que pudiera extraerse de la lectura del artículo 21.4 y 5¹³⁰ del Código Penal Español donde se trata del arrepentimiento genérico ,el cual es una circunstancia atenuante genérica .De igual manera el Código Penal Cubano lo trata como una atenuante genérica en el artículo 52 ch),¹³¹ lo cual en algunos casos que pudiéramos considerar “arrepentidos” pero donde no existe esta figura en la legislación, es utilizada por los jueces.

Desde el punto de vista de la doctrina y jurisprudencia se ha denominado esta circunstancia genérica como la atenuante de auxilio y colaboración con la administración de justicia .Esta colaboración debe entenderse como posible incluso estando detenido y colaborando con el interrogatorio de la fase sumarial o preparatoria .Sin embargo los Tribunales normalmente la aplican de manera muy restrictiva , cuando de lo que se trata es de dar relevancia en la determinación de la pena a una conducta del sujeto consistente exclusivamente en poner en conocimiento de la autoridad judicial su participación pasada ,en hechos constitutivos de delitos , ayudar a su esclarecimiento mediante el descubrimiento de otros responsables del delito ,suministrar información sobre el grupo criminal .El requisito de impulso espontáneo que exige la legislación cubana conlleva a confusión , ya que se trata de un aspecto subjetivo. De acuerdo con una sentencia de 22 de septiembre del 2000 del Tribunal Supremo Español que nos parece muy esclarecedora se ilustra así : “cuando una persona es detenida por los agentes de autoridad y muestra en todo momento una buena predisposición en el sentido de adoptar una actitud de colaboración , como lo demuestra que no se

¹³⁰ Artículo 21.4 La de haber procedido el culpable antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él , a confesar la infracción a las autoridades y 21.5 Laa de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima , o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del juicio oral.

¹³¹ 52 ch) haber procedido el agente por impulso espontáneo a evitar, reparar o disminuir los efectos del delito, o a dar satisfacción a la víctima, o a confesar a las autoridades su participación en el hecho, o a ayudar a su esclarecimiento.

negara en absoluto a que los agentes de la Guardia Civil abrieran la maleta para inspeccionar su contenido, que se mostrara disponible para acompañar a los agentes a la vivienda de Las Palmas ... además de suministrar una permonirizada descripción de los hechos “.

La colaboración procesal del culpable suele iniciarse tras la detención por parte de la autoridad policial lo cual muchas veces los tribunales han interpretado como negación del impulso espontáneo, sin embargo en la práctica es la forma mas eficaz que se tiene para delitos que están relacionados con el crimen organizado o la criminalidad económica. .

El artículo 376 del Código Español es un arrepentimiento para un delito concreto y dice:

“En los delitos previstos en los artículos 368 al 372¹³², los Jueces o Tribunales, razonándolo en sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito de que se trate, siempre que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y se haya presentado a las autoridades confesando los hechos en que hubiera participado y haya colaborado activamente con éstas, bien para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado.”

Hablamos pues de un sujeto que ha de reunir unos requisitos necesarios, como afirma Quintana Diez en su obra “La Justicia Penal y los Denominados Arrepentidos “ donde explica deben estar presente diversos comportamientos de colaboración con la justicia por parte del sujeto:

- Haber abandonado voluntariamente su actividad delictiva.
- Haberse presentado a la Autoridad confesando plenamente los hechos delictivos en los que hubiera participado
- Colaborar con la Autoridad activamente de tres formas alternativas:
- Bien para impedir la producción del delito.

¹³² Se trata de modalidades del delito de tráfico de drogas del C P. Español tal como cultivo, elaboración o tráfico de drogas o favorezcan o faciliten el consumo de drogas toxicas ,estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

- Bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables.
- Bien impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido.

No se exige un elemento subjetivo o actitud altruista de arrepentimiento, es suficiente que realice una aportación objetiva, seria y eficaz, en los términos legalmente establecidos, para facilitar la persecución de tan graves manifestaciones de criminalidad.¹³³

La figura del Arrepentido tiene muchos puntos de relación con la bien conocida práctica de “negociar” con los delincuentes, para canjear información útil por benevolencia penal .Sergio García Ramírez en su obra ya mencionada sobre la Delincuencia Organizada observa que en la Declaración Política y Plan de Acción Mundial contra la Delincuencia Transnacional Organizada señala sobre este particular lo siguiente :”Deberá considerarse la introducción de medidas para alentar a los miembros de organizaciones delictivas a cooperar y prestar testimonio y dentro de los términos del derecho interno ,la concesión de un trato por el que se reconozca de algún modo la colaboración que haya prestado a la acusación” .

En Italia los arrepentidos o colaboradores de la justicia son un factor muy importante en la lucha contra la delincuencia organizada. A fines de 1995 se les otorgaba esta categoría a 5000 personas.¹³⁴

En Alemania, la ley sobre el comercio de sustancias estupefacientes de 1981 faculta al juez en el parágrafo 31 para atenuar la pena o renunciar a la pena prevista cuando el agente ha contribuido de manera determinante de modo que el hecho pueda ser descubierto gracias a su propia aportación, o cuando delitos específicos como el de drogas puedan ser impedidos.

¹³³ Granados Pérez Carlos .Instrumentos procesales en la lucha contra el crimen organizado .Cuadernos de derecho Judicial II-2001.Consejo General del Poder Judicial. Madrid 2001

¹³⁴ Andrade Sánchez Eduardo: Instrumentos jurídicos contra el Crimen Organizado .Instituto de Investigaciones Jurídicas. México.1997

Pero sin duda la polémica que envuelve a esta figura gira en torno al tratamiento que ha de darse a sus declaraciones, pues a nadie se le escapa que ante la posibilidad de un “premio” o recompensa consistente en una reducción considerable de la pena, puede dar lugar a abusos de todo tipo. De acuerdo a Benítez Ortúzar¹³⁵ con el que coincidimos difícilmente puede identificarse la declaración delatoria de un coimputado con la de un testigo procesal, esta prueba debe observarse con suma cautela para evitar que nos conduzca a una deformación en materia probatoria.

2. *Declaraciones de los Coimputados*

Una de las características del crimen organizado es que los más culpables y peligrosos personajes raramente hacen el trabajo sucio .A pesar de que los líderes organizativos son los responsables finales de esos delitos ,generalmente trabajan con intermediarios y limitan su participación a una actuación detrás de la escena .Consecuentemente su culpabilidad usualmente es un control detrás de la escena , por lo cual su participación no puede ser probada por el testimonio de las víctimas o testigos , ni pruebas periciales . De ahí que resulta muy importante para la acusación trabajar con las declaraciones de los coimputados.

Como ha quedado planteado en el punto precedente, la declaración de un sujeto directamente vinculado con el delito plantea una serie de problemas que el simple testigo no da.

No obstante, y ello resulta bien conocido, el testimonio del coimputado es un medio probatorio evidentemente peligroso, la jurisprudencia cuando ha definido su validez, lo ha hecho con extrema cautela por ser un medio “impropio, extraño y especial” (Sentencia del Tribunal Supremo Español de 28 de noviembre de 1990), si bien es prueba legal y racional subordinada al cumplimiento de ciertos requisitos.”

¹³⁵ El “colaborador con la justicia” en materia de delitos relativos al tráfico de drogas estupefacientes y sustancia psicotrópicas, análisis crítico de la presunta figura premial del artículo 376 del Código Penal” En la Ob. citada bajo la coordinación de Lorenzo Morillas Cuevas.

Por lo tanto cuando tengamos clara la cuestión de si son válidas o no estas declaraciones hemos de interrogarnos acerca de cuál es su alcance. Siguiendo la jurisprudencia que señala su idoneidad para destruir la presunción de inocencia en relación a otros sometidos a la misma causa penal está avalada por una profusa jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo Español (entre otras la de 17 de junio de 1986) y del mismo Tribunal Constitucional Español (sentencia de 2 de abril de 1992).

Habiéndose señalado que en esta clase de testimonios los factores que pueden obstaculizar su credibilidad son la venganza, resentimiento, el odio, soborno, obediencia a tercero, ventaja propia, trato procesal más favorable, ánimo exculpatorio u otro similar inconfesable. En definitiva, su validez para enervar la presunción de inocencia del acusado es perfectamente admisible siempre que no aparezca en ella un motivo o propósito espurio, señaladamente, el de autoexculpación.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional Español, recordando que el coimputado puede callar o incluso mentir, pues a diferencia del testigo, no tiene la obligación de decir la verdad, manifiesta en su Sentencia 115/1998, de 1 de julio, que “la declaración inculpativa del coimputado carece de consistencia plena como prueba de cargo siendo única, como aquí ocurre, no resulta mínimamente corroborada por otras pruebas en contra del recurrente”. En estos casos –continúa diciendo el Tribunal- es necesaria “la adición a las declaraciones del coimputado de algún dato que corrobore mínimamente su contenido”, pues “antes de ese mínimo no puede hablarse de base probatoria suficiente...”

En Estados Unidos, el país donde es probable exista la mayor experiencia judicial en relación al crimen organizado, es doctrina reiterada de los Tribunales las limitaciones para la admisión de esta prueba, por ejemplo en el caso *People vs Mores*¹³⁶ en la Corte del Estado de New York se plantea “ un

¹³⁶ *People vs Mores* 472 N.E. 2d 4, Nw Cork 1984 citado en el trabajo de John Jeffries y John Gleeson “The Federalization of Organized Crime . Advantages of Federal Prosecution ” publicado en *Hsting Law Journal* 1995

acusado no puede ser condenado por un delito basado en el testimonio de un coimputado si su dicho no es corroborado por otra prueba que conecte al acusado con la comisión del delito ". El requerimiento de la corroboración no puede estar basada en el testimonio de otro coimputado .Mas claro la condena no puede motivarse en otros testimonio de varios coimputados es necesario otra prueba que realmente conecte al acusado con el delito.

En el Estado Libre Asociado de Puerto Rico la Regla 156 de Procedimiento Criminal de Puerto Rico se regula el Testimonio del coautor y la misma dice:

El testimonio de un coautor será examinado con desconfianza y se le dará el peso que estime el juez o el jurado luego de examinarlo con cautela a la luz de toda la evidencia presentada en el caso .En los casos celebrados por jurado se les instruirá a esos efectos

En el caso Pueblo vs. Negrón Vélez¹³⁷ el Tribunal Supremo de Puerto Rico expone que la prueba de corroboración del testimonio de un cómplice necesario para la convicción del acusado debe tener las siguientes características:

- no es necesario que se corrobore cada hecho testificado por el coimputado.
- será suficiente si no requiere interpretación profunda y la dirección del testimonio tiende a relacionar al acusado con la comisión del delito de manera que satisfaga al jurado con que el cómplice esta diciendo la verdad
- debe tender a implicar al acusado y por lo tanto, debe relacionarlo con un hecho que sea un elemento esencial del delito.
- no es esencial que la evidencia corroborativa sea suficiente por si misma para establecer cada elemento del delito.

En el Reporte de la Asociación Internacional de Derecho Penal ya mencionado se dice que en algunas legislaciones se admite que un participe

¹³⁷ Pueblo vs Negrón Velez .96 D.P.R. 4319 (1968) tomado del libro Práctica Forense Puertorriqueña .Tomo 2 Proceso Criminal ..Editado por Lexis Law Publishing of Puerto Rico ,Inc.1998

pueda declarar en calidad de testigo (los llamados testigos de la acusación o de la Corona) el Tribunal a petición del Ministerio Público acepta conferir al interesado el estatus de testigo de la acusación, pero es preciso para ello que suministre informaciones que hayan contribuido al conocimiento de la organización criminal y por supuesto no puede haber cometido un homicidio o haber sido fundador de la organización criminal, si se cumplen estas condiciones se suspende la persecución contra él.

3. *Protección de testigos*

Por testigo según la Resolución del Consejo de Europa de 23 -11- 95 debe entenderse toda persona, a los efectos de esta protección, cualquiera que sea su situación jurídica que disponga de información o de datos considerados importantes por las autoridades competentes de las diligencias penales y cuya divulgación pueda poner en peligro a dicha persona. Los testigos deberán estar protegidos contra cualquier forma de amenaza, presión o intimidación directa o indirecta, la protección debe ser antes, durante y después del proceso y puede incluir a los padres, hijos u otros allegados. Las autoridades deberían decidir quienes pueden conocer el domicilio y todos los demás elementos de identificación del testigo. En casos excepcionales puede autorizarse a cambiar de identidad.

El crimen organizado, por sus propias características somete a particulares presiones a todos los que gravitan a su alrededor, se trata de individuos implicados en los hechos o de los órganos de represión encargados de conocerlos.

El artículo 24 de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional requiere que los Estados adopten medidas apropiadas contra posibles actos de represalia o intimidación.

Similar medida se propone se haga para las víctimas, dado que su protección es importante dados los perjuicios sustanciales que pueden sufrir a manos de la delincuencia organizada transnacional.

Esta obligación se extiende para abarcar la protección de personas que participan o han participado en las actividades de un grupo delictivo organizado y que posteriormente cooperan con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley, o les prestan asistencia, se trate o no de testigos

La exposición de motivos de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de Protección a Testigos y Peritos en Causas Criminales de España nos explica la problemática que dicha ley pretende paliar:

“La experiencia diaria pone de manifiesto en algunos casos las reticencias de los ciudadanos a colaborar con la policía judicial y con la Administración de Justicia en determinadas causas penales ante el temor a sufrir represalias.

Debido a esta situación, el legislador debe proceder a dictar normas que resulten eficaces en la salvaguarda de quienes, como testigos o peritos, deben cumplir con el deber constitucional de colaboración con la justicia.

De no hacerlo así, podrían encontrarse motivos que comportasen retraimientos e inhibiciones por parte de posibles testigos y peritos no deseables en un Estado de Derecho.

Es obvio, sin embargo, que las garantías arbitradas en favor de los testigos y peritos no pueden gozar de un carácter absoluto e ilimitado; es decir, no pueden violar los principios del proceso penal. De ahí que la presente Ley tenga como norte hacer posible el necesario equilibrio entre el derecho a un proceso con todas las garantías y la tutela de derechos fundamentales inherentes a los testigos y peritos y a sus familiares.

El sistema implantado confiere al Juez o Tribunal la apreciación racional del grado de riesgo o peligro y la aplicación de todas o alguna de las medidas legales de protección que considere necesarias, previa ponderación, a la luz del proceso, de los distintos bienes jurídicos constitucionalmente protegidos;

medidas que, en el marco del derecho de defensa, serán susceptibles de recurso en ambos efectos.

El propósito protector al que responde la Ley no es, por lo demás, exclusivo de España. De acuerdo con directrices señaladas por el Derecho comparado, se ha entendido imperiosa e indeclinable la promulgación de las normas precisas para hacer realidad aquel propósito de protección de testigos y peritos que, además, ha sido admitido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuyo principio general se hace también patente en la Resolución 827/1993, de 25 de mayo, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, concerniente a la antigua Yugoslavia”.

En algunos países también está contemplado la protección física o material de los testigos, por ejemplo en Suecia se entrega un teléfono móvil conectado directamente con la Policía, en Polonia se contempla hasta el cambio de identidad y domicilio. En Holanda se contempla programas en los que se encuentran fijados los criterios de protección, teniendo en cuenta el miedo por la vida del testigo.

La Ley consta de muy pocos artículos, en el primero nos habla de cuales son los requisitos que el juez debe apreciar para considerar adecuada la aplicación de las medidas:

“Artículo 1.

2. Para que sean de aplicación las disposiciones de la presente Ley será necesario que la autoridad judicial aprecie racionalmente un peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en ella, su cónyuge o persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad o sus ascendientes, descendientes o hermanos.”

Ya en los artículos 2 y 3 aparecen las medidas que el juez puede tomar, siguiendo a Morena Catena podrían sintetizarse de este modo:

Mantener oculta la identidad del testigo. No constando sus datos personales durante la instrucción. Pero en el juicio oral podrá ser pedido que se

desvele la identidad. El juez puede permitir que se arbitren los medios necesarios para que se imposibilite su identificación visual normal. Se podrá fijar como domicilio, a efectos de citaciones y notificaciones, la sede del órgano judicial interviniente, el cual las hará llegar reservadamente a su destinatario.

b. El testigo puede recibir protección judicial, incluso tras el proceso. En casos excepcionales se le puede dar una nueva identidad y medios para que pueda cambiar de trabajo y de residencia.

c. El testigo puede pedir ser conducido a las dependencias judiciales o al lugar donde deba practicarse una diligencia, en vehículo oficial y que se le facilite un local reservado para su uso exclusivo mientras permanezca en la sede judicial.

Existen soluciones similares por ejemplo en el caso de Finlandia el testigo puede declarar la dirección que desee, como por ejemplo su lugar de trabajo, en Suecia desde la ley de 1994, Código Procesal Penal no se revela públicamente la dirección del testigo salvo que sea estrictamente necesario. En Francia ,los testigos pueden ,con autorización del fiscal de la República o del Juez de Instrucción declarar como domicilio la dirección de la comisaría o de la brigada de la Gendarmería y los propios policías y gendarmes pueden declarar como domicilio la dirección del lugar donde ejercen sus funciones. Sin embargo casi ninguna ley permite ocultar su nombre ya que en la práctica equivale a un testigo anónimo, sin embargo existe una ley chilena de 30 de Enero de 1995 que autoriza al testigo a presentarse con una identidad falsa. En Polonia en caso de peligro grave para el testigo o la familia el Tribunal durante la vista puede decidir mantener en secreto la identidad del testigo y su dirección e incluso puede realizar el interrogatorio en un lugar separado de la sala de audiencia o por circuito cerrado de televisión .En Austria ,el tribunal puede autorizar que no se hagan preguntas sobre su identidad y puede ser interrogado a distancia mediante un procedimiento audiovisual .Estos procedimientos se han vuelto bastantes frecuentes en la legislaciones procesales.

Según Andrade Sánchez mediante este programa se resguardaran al testigo y a sus familiares siempre que hayan aportado datos para la captura de

los participantes en organizaciones criminales .A estas personas se le transfieren a localidades lejanas y se le proporciona nueva identidad, se les sostiene económicamente, se les otorga servicios médicos, apoyo para la educación de los hijos y se les busca nuevos trabajos.

En Estados Unidos con el propósito de obtener testimonios en contra de la criminalidad organizada ,los fiscales federales de los Estados Unidos y de varios Estados como New York , California e Illinois tienen la capacidad para ofrecer inmunidad a personas que ,aun habiendo estado involucrado en la comisión de delitos , acepten testificar contra los miembros de la organización y especialmente de los cabecillas con el propósito de obtener pruebas testimoniales de las actividades ilícitas de las asociaciones delictivas de alto nivel

Esta protección es válida contra cualquier acusación por una actividad mencionada en el testimonio. .Es muy útil en el crimen organizado y funciona con mucha eficacia ya que puede haber presuntos acusados cuyas pruebas son muy débiles contra él y por tanto la fiscalía puede negociar su inmunidad a cambio de su declaración.

En Canadá existe una ley llamada Programa de protección de testigos de 1996 que establece a) que toda persona que haya proporcionado o haya convenido en proporcionar información o pruebas , o que participe o haya convenido en participar en un asunto relacionado con una indagatoria o con ,la investigación o el enjuiciamiento de un delito y que pueda necesitar protección debido al riesgo para su seguridad en la indagatoria ,la investigación o el enjuiciamiento o b) Toda persona que debido a su relación o asociación con una persona mencionada en el apartado a) puede necesitar también protección por las razones indicadas. La Protección incluye protección de identidad y arreglos y acuerdos con otras Jurisdicciones.

4. *Agente Encubierto*

El agente encubierto supone una evolución en la lucha contra la delincuencia organizada. Se caracteriza por su infiltración en dinámicas

delictivas, o por el uso de una identidad supuesta, para la consecución de pruebas que inculpen a los sospechosos de actividades delictivas propias del crimen organizado, se integra en la estructura de una organización que tenga fines delictivos para, desde dentro de la misma, obtener pruebas suficientes que permitan la condena penal de sus integrantes y, como fin último, la desarticulación de la organización criminal.

Se trata de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada. La legislación española lo permite en los delitos especialmente graves, tales como terrorismo, narcotráfico y criminalidad organizada y sólo podrá emplearse cuando el esclarecimiento de las actividades ilícitas resulte imposible o muy difícil por otros medios de investigación. El empleo del agente encubierto deberá ser autorizado por el Ministerio Fiscal o si existiese procedimiento judicial abierto, por el Juez de Instrucción competente. El Fiscal o el juez que haya autorizado la actuación del agente encubierto ejercerá el control, pudiendo exigir que le sea comunicada la verdadera identidad del agente infiltrado, así como informaciones periódicas sobre el desarrollo de la investigación.

Este agente encubierto tiene las características que bajo autorización del Fiscal o Juez puede actuar con un nombre supuesto, constando secretamente el nombre real. En el plenario, cuando testifique el agente, se le podrá facultar para que mantenga su identidad supuesta y puede obviarse cualquier dato que sirva los fines de identificación.

La ley 91-1264 de Francia que regula la actuación de los agentes encubiertos siempre que su actuación tenga como finalidad la investigación de los delitos relacionados con estupefacientes. Se requiere una autorización del Juez o Fiscal. La ley responde a una situación concreta vivida en Francia, en la primavera de 1991 cuando seis aduaneros de Dijon y Lyon fueron procesados, juzgados y condenados por adquisición, posesión, transporte y cesión de estupefaciente cuando en realidad estaban en una operación encubierta. En Italia el decreto de 9-10-1990 lo autoriza para casos de narcotráfico.

En España el objeto de la investigación del agente encubierto lo constituye, en cualquier caso, la actividad desplegada por la criminalidad organizada.¹³⁸ Por lo que son nulos los procedimientos que se llevaren a cabo mediante agente encubierto o provocador y su dinámica de actuación, siempre que el número de personas implicadas en el tráfico de drogas objeto de investigación fuera inferior a tres, por cuanto no constituirían el objeto perseguible por la norma. Esta limitación se ha de añadir a la forma «permanente o reiterada» que se exige por el precepto para la actividad preexistente que se pretende investigar. Tales extremos aparecían ya en resoluciones como la STS de 9 de octubre de 1987, que destacaba que la actividad policial no había estado en ningún caso «encaminada u orientada a suscitar en persona alguna la idea criminal, sino a investigar, esclarecer y, en última instancia, poner término a una actividad delictiva permanente, no ya libremente concebida e iniciada, sino reiteradamente consumada».

La técnica de provocación se admite también en general bajo la condición de que es preciso que el agente actúe para poner de manifiesto que el sujeto por ejemplo ya se encuentra dedicado al tráfico de drogas, no para provocar infracciones por parte de un individuo que no estaba dedicado a ese tráfico. En los Estados Unidos la jurisprudencia ha creado la defensa de entrapment (delito inducido por un agente del gobierno) que significa que si el individuo no se encontraba predispuesto a cometer la infracción será absuelto.¹³⁹ Tanto la jurisdicción estatal como federal lo permiten .Su objetivo fundamental es prevenir al gobierno de fabricar un delito.¹⁴⁰

Lo mismo rige en Francia y Austria y la jurisprudencia belga admite la misma distinción.

¹³⁸ Sanz Delgado Enrique .El agente provocador en el delito de tráfico de drogas .La ley Penal .Estudios Monográficos .Número 12 .Madrid .Enero del 2005

¹³⁹ Tribunal Supremo de los Estados Unidos, asunto Sorrels vs United Status ,287 U.S. 435)1932= citado en la Relación General Los Sistemas Penales frente al Reto del Crimen Organizado. Revue Internationale de Droit Penale .3ro y 4to trimestre de 1998

¹⁴⁰ Ver López vs United States , 73 US 427 ,434(1963).Igual en United States vs Cecil 96 Fi 3d 1344 ,1347 -49 (10 Cir 1996.

En el caso de España la doctrina entiende que el delito provocado aparece, cuando la voluntad de delinquir surge en el sujeto, no por su propia y libre decisión, sino como consecuencia de la actividad de otra persona generalmente, un funcionario policial, que guiado por la intención de detener a los sospechosos, incita a perpetrar la infracción a quien no tenía previamente propósito delictivo alguno planeado ni decidido. De acuerdo a Gómez de Liaño¹⁴¹ la distinción entre el delito provocado y una intervención dirigida a descubrir las pruebas del delito –conducta del agente provocador – se manifiesta en la incidencia sobre personas que, en un principio, no tenían intención de delinquir. Mientras en el delito provocado se induce a un tercero a la ejecución de un delito que de otro modo no realizaría, en la actividad dirigida al descubrimiento de pruebas sobre un hecho delictivo, el agente levanta una situación delictiva preexistente, es decir, no existe una tentación criminógena, aunque si el descubrimiento de una actividad punible, fruto de una decisión criminal nacida libre y espontáneamente.

Así la sentencia de 16-12-1992 de la Sala Penal del Tribunal Supremo Español señala que no se da delito provocado desde el momento en que la resolución criminal es libre y la iniciación del iter criminis arranca de una decisión de voluntad del propio autor, aunque lo haga en la creencia de que los agentes infiltrados estarían dispuestos a cometerlo. Es decir la existencia del delito provocado exige que la provocación parta de las fuerzas policiales, de forma que incitar a perpetrar un delito a quien no tenía previamente tal propósito, creando una voluntad criminal y las condiciones de un delito de imposible consumación por la intervención "ab initio" de la fuerza policial. No sucede así, continua la Sentencia toda vez que los agentes de la Guardia Civil que ocultaban lógicamente tal condición –recibieron la proposición de trasladarse a Algeciras y posteriormente a Ceuta para recibir una cierta cantidad de hachís. Es evidente que el delito no fue propuesto por aquellos agentes sino que la iniciativa partió de uno de los partícipes en el tráfico en el que también tomó parte el recurrente, en cuya casa se consumó la operación, entregando dicho recurrente a los agentes en "concepto de venta". La

¹⁴¹ Gómez de Liaño Fonseca -Herrero Marta. Criminalidad Organizada y Medios Extraordinarios de Investigación. Editorial Colex. Madrid 2004

sentencia de 15-2-92 se pronuncia en la misma dirección entiende que no existió delito provocado ,toda vez que los procesados poseían una importante cantidad de hachís con la finalidad de tráfico con anterioridad al ofrecimiento de compra por los supuestos compradores agentes de la Autoridad . Ésta es la línea jurisprudencial que ha seguido posteriormente el Tribunal Supremo de España.

Para finalizar presentamos una Sentencia que ilustra y trata con sumo acierto lo referente al agente encubierto ,su legitimidad y su diferencia con el agente provocador y el delito provocado ,por lo cual exponemos sus aspectos mas importantes concernientes al tema que estamos tratando.

Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Sentencia 864/2000 del 22/05/2000.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado Central de Instrucción número 6 instruyó Sumario con el número 8/97 y una vez concluso fue elevado a la Audiencia Nacional que, con fecha 22 de febrero de 1999, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: "Se declaran expresamente probados como tales los siguientes:

1. La policía de la República Federal de Alemania tuvo conocimiento de que en el mercado clandestino de la droga se ofertaba una partida de 10 kilogramos de cocaína distribuida por Manuel , autorizándose por las autoridades alemanas competentes una investigación sobre tales hechos que fue materializada por los agentes NUM000 , identificado como " Gamba " y NUM001 denominado " Rata " que actuaron como agentes encubiertos, iniciándose un procedimiento penal que culminó con la condena en Alemania de terceras personas a las que no afecta esta sentencia.- Manuel inició y mantuvo reiterados contactos telefónicos entre Septiembre y Diciembre de 1.996 con " Gamba ", concretando la posibilidad de transportar hasta Frankfurt 100 kilogramos de cocaína de una partida de mayor entidad que tenía almacenada en Madrid, envío que se realizaría en pequeñas partidas acordándose un primer envío de 10 kilogramos. En los primeros días del mes de enero de 1.997 el mencionado Manuel comunicó telefónicamente a " Gamba " que la "chica", denominando así a la cocaína, ya había salido de Madrid, enviando a Frankfurt

para recibir la droga al acusado Eugenio que conectó en dicha ciudad con los agentes alemanes el día 8 de enero de 1.997. Eugenio participó a éstos los detalles del envío precisándoles que él personalmente había ocultado en Madrid la cocaína en la parte lateral trasera derecha, colindante con el asiento trasero, de un coche Volkswagen modelo Golf de matrícula inglesa embadurnando previamente los envoltorios de la cocaína con una sustancia grasienta para evitar su detección por unidades cinológicas. Dicho vehículo iría conducido, según manifestaciones, por un individuo llamado " Guillermo ". El mismo día, horas más tarde, Eugenio comunicó a " Gamba " y " Rata " que el transporte había sido interceptado en la frontera española.- 2. Efectivamente, el día 7 de enero de 1.997 en la frontera de la Junquera (Gerona) funcionarios de la Guardia Civil, en un servicio rutinario, interceptaron el vehículo Volkswagen Golf matrícula I-...-GII propiedad de tercera persona a quien no afecta esta sentencia, conducido por el acusado Guillermo , mayor de edad y sin antecedentes penales, descubriendo en el registro efectuado a presencia del conductor y, precisamente, en el lugar y en la forma que Eugenio había explicitado 9.990 gramos de cocaína con una riqueza en CHC oscilante entre el 24'22 por ciento y el 42'19 por ciento, con un valor en el mercado clandestino de 5.600.000 pts por kilogramo.- El conductor del vehículo Guillermo se había desplazado expresamente desde Inglaterra a Madrid a realizar el transporte de la droga y era plenamente conocedor de la mercancía que transportaba, y del lugar en que se ocultaba. 3.- Manuel fallido el primer envío, propone a " Gamba " que se traslade a España para entregarle 35 kilogramos de cocaína para su ulterior transporte a Alemania, oferta que fue puesta en conocimiento de la policía española, solicitando las autoridades judiciales alemanas, por comisión rogatoria, la pertinente autorización para continuar la investigación con intervención de los agentes encubiertos ya mencionados, autorización que fue concedida, desplazándose a Madrid a mediados de Enero de 1.997 " Gamba " y " Rata " reuniéndose con los acusados Manuel , Benito y Eugenio en el restaurante La Pégola donde concretaron una entrega en Madrid de 35 kilogramos de cocaína al precio de 30.000 dólares USA el kilo, fijando una nueva entrevista en la siguiente semana para someter lo acordado al acusado

Jose Carlos , conocido entre ellos por el apodo de "el viejo".- Tras varios comunicaciones telefónicas el día 6 de Febrero de 1.997 " Gamba " viaja a Madrid, reuniéndose con " Rata " y alojándose ambos en el Hotel Meliá Castilla donde se reunen con Manuel que exigió le fuera mostrado el dinero destinado a pagar la cocaína, desplazándose los tres a un chalet sito en la calle DIRECCION000 , nº NUM002 de Fuente del Saz localidad próxima a Madrid, lugar que Manuel propone para ultimar la entrega.- Este chalet había sido alquilado el 12 de Junio de 1.996 a nombre de una ciudadana colombiana, a quien no afecta esta sentencia, estando presente en las gestiones con el dueño del chalet Manuel y Eugenio , contrato prorrogado el 25 de Enero de 1.997 por gestión realizada con la propiedad por Manuel y Benito que se presentó con el nombre de Luis Angel . Este lugar se venía utilizando por los acusados para la elaboración, transformación y depósito de cocaína desde fecha anterior a la de los primeros contactos con la policía alemana hallándose, en registro efectuado, utensilio con trazas de cocaína y sustancias idóneas para su manipulación y "corte".- El día 7 de Febrero de 1.997 acudieron al hotel Meliá a la habitación ocupada por " Gamba " y " Rata ", Manuel y Jose Carlos quedando Benito que los acompañaba, en el hall del hotel.- En esta reunión Jose Carlos manifestó que enviaría a una persona de su confianza a buscar la cocaína y que, por ser la primera vez, los 35 kilogramos pactados se entregaría en partidas fraccionadas, dos de 10 kilogramos y una de 15. El día 8 de febrero acudieron al hotel Meliá los acusados Manuel y Eugenio reuniéndose con " Gamba " y " Rata " comunicándoles que la droga estaba en camino, si bien la entrega, que estaba definitivamente acordada y se efectuaría en el garage del hotel, no llegó a efectuarse por haber sido detenido, el acusado Manuel , por razón de una orden internacional de detención expedidas por Tribunal de Frankfurt.- Los acusados Manuel y Eugenio , ambos mayores de edad y sin antecedentes penales en España, durante su presencia en Madrid compartían una vivienda sita en la calle Infanta DIRECCION001 nº NUM003 - NUM004 utilizando para sus desplazamiento un Volkswagen Golf matrícula F-....-FG y los acusados Benito y Jose Carlos también

mayores de edad y sin antecedentes, ocuparon apartamentos en la calle Recoletos y en la calle Lagasca de Madrid y, todos ellos, formaban un grupo de personas que en relación con cárteles de la droga colombianos, se dedicaban a introducir en España cocaína para su ulterior comercialización, o exportación a otros países europeos.- En el momento de sus detenciones les fueron ocupados las siguientes cantidades y efectos: A Benito 467 dólares USA y 9.000 pesetas.- A Jose Carlos 24.000 pesetas y tres teléfonos móviles.- A Manuel 20.000 pesetas, 20 libras esterlinas, cien dólares USA y un teléfono móvil.- A Guillermo 25 libras esterlinas, 820 francos franceses y 5.000 pts.- La detención de Manuel se produjo en razón de la existencia de una orden internacional de detención expedida por el Tribunal de Frankfurt Sur Main en fecha 06.02.97 que afectaba a éste y al también acusado Eugenio . Este hecho provocó la detención de los demás acusados y la finalización del operativo policial conjunto establecido en el marco de la colaboración policial existente entre la policía española y la alemana".

2.- La sentencia de instancia resulto condenatoria. Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de preceptos constitucionales, infracción de Ley y quebrantamiento de forma , que se decidió por el Tribunal de la manera que se expone a continuación .

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO .

PRIMERO.- En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho de presunción de inocencia que proclama el artículo 24.2 de la Constitución.

Se dice que la condena tiene por única base sospechas o presunciones sin fundamento, sin que se haya acreditado relación alguna entre el recurrente y el coacusado Guillermo ni que el recurrente creara o tuviera finalidad de crear una banda organizada para la distribución de sustancias estupefacientes. Se alega, asimismo, que al recurrente no le ha sido intervenida ninguna sustancia estupefaciente ni sus huellas aparecieron en los objetos encontrados en el chalet sito en la localidad de Fuente del Saz y que las declaraciones de los agentes alemanes presentan escasa concisión y

certeza.

Cuando se invoca el derecho constitucional de presunción de inocencia, el examen de este Tribunal, al que no le corresponde valorar la prueba practicada, debe ceñirse a la supervisión de que la actividad probatoria se ha practicado con todas las garantías; la comprobación de que el órgano de enjuiciamiento ha exteriorizado las razones que le han conducido a constatar el relato de hechos probados a partir de la actividad probatoria practicada; y el control de la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante (Cfr. STC 220/1998). Y ciertamente, se cumplen las tres premisas que se dejan señaladas ya que no se acredita, en modo alguno, infracción de los derechos de defensa, habiéndose obtenido las pruebas de cargo con cumplido acatamiento de las garantías que deben presidir un juicio justo, habiendo hecho el Tribunal sentenciador expresa mención de las declaraciones efectuadas por los dos policías alemanes, que trabajaron como agentes encubiertos, conocidos como " Gamba " y " Rata " quienes describen con precisión y detalle la intervención de este recurrente en la primera entrega de los diez kilos que fue interceptada en la frontera de La Junquera, aportando datos que patentizan que este recurrente aparecía directamente involucrado en la entrega de la cocaína que fue intervenida, lo que viene corroborado por las declaraciones del súbdito inglés portador de la sustancia estupefaciente y las terminantes declaraciones de los dos agentes encubiertos, así como en el ofrecimiento de posteriores e importantes entregas de la misma sustancia cuya disponibilidad manifiesta y es quien propone a los dos policías alemanes que se trasladen a Madrid para efectuar la siguiente entrega, quien les enseña el chalet donde se va a efectuar, chalet en cuyo alquiler intervino y donde se encontraron restos de cocaína y es este recurrente quien comprueba personalmente que los alemanes son portadores del dinero con el que se va a comprar la cocaína. Todo ello ha permitido alcanzar al Tribunal sentenciador una razonada y razonable convicción sobre la realización de los hechos que se declaran probados, que implican la existencia de una organización dedicada a la venta de importantes cantidades de sustancias estupefacientes y la participación que en los mismos se atribuye a este acusado.

Como tiene declarado esta Sala (cfr. sentencia de 5 de junio de 1999), el

problema procesal que suscitan los agentes encubiertos en lo concerniente a sus declaraciones y a la ponderación de las mismas se refiere, por lo general, a casos en los que se pretende hacer valer mediante testigos de referencias las informaciones proporcionadas por el agente infiltrado, sin que éste haya comparecido en el juicio oral. En el caso que examinamos, los dos agentes encubiertos han comparecido en el acto del juicio oral y sus manifestaciones han tenido corroboraciones objetivas, como es el caso de la intervención de una primera entrega y los contactos acreditados con los acusados, lo que permiten juzgar sobre su veracidad, sin que existan razones para excluir como prueba de cargo sus declaraciones, siendo de señalar que en el presente caso no era de aplicación en el trámite de instrucción lo dispuesto en el art. 282 bis LECr., en cuanto fue introducido con posterioridad por la LO 5/99, de 13 de Enero (BOE de 14-1-99). Consecuentemente, la falta de autorización judicial o del Ministerio Fiscal del empleo de agentes encubiertos no hubiera impedido valorar como prueba las declaraciones prestadas por aquéllos, si bien en este caso si hubo autorización tanto del Ministerio Fiscal como del Juez Instructor para sus intervenciones en la causa, como igualmente estaban autorizados por sus superiores y por el Ministerio Fiscal alemán.

El motivo no puede prosperar.

SEGUNDO.- En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por inaplicación,, del artículo 282 bis) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Se argumenta, en defensa del motivo, que los agentes alemanes han actuado como agentes provocadores y que su intervención infringen las normas procesales que determinan la actuación de los agentes encubiertos.

Ya se ha dado respuesta, al examinar el motivo anterior sobre la inaplicación del artículo 282 bis al haberse desarrollado la fase de instrucción antes de su entrada en vigor, no obstante, como se ha dejado consignado y puede comprobarse con la lectura de las actuaciones, ha precedido autorización del Juez de Instrucción para la intervención de los investigadores alemanes, incorporada al folio 41 de la causa, siendo irrelevante, en este caso y por el contenido de la resolución, indudablemente razonada, que hubiera adoptado la forma de providencia, resolución que estuvo precedida de informe

favorable de la Fiscalía española -folios 30 y 31- y de la Fiscalía junto al Tribunal Regional de Frankfurt -folios 25 a 28- y de las autoridades policiales alemanas -folios 346 y 347-. No lleva razón el recurrente cuando sostiene que los agentes alemanes provocaron las operaciones de tráfico de sustancias estupefacientes.

La jurisprudencia de esta Sala (confr. SSTS de 6-7-89; 8-6-84; 25-9-85; 9-10-87; 20-2-91; 21-9-91; 15-2-92, 20-5-97, 20-10-97, 20-11-98 y 5-6-99, entre muchas otras) ha considerado que el delito provocado es aquél en el que los órganos del Estado actúan en la organización del delito con el fin de obtener las pruebas del hecho mismo al que inducen a uno o varios de los partícipes, es decir, aquel que llega a realizarse en virtud de la inducción engañosa de, generalmente, miembro de las Fuerzas de Seguridad que incitan a perpetrar la infracción a quien no tenía previamente tal propósito, originando así el nacimiento de una voluntad criminal en supuesto concreto, delito que de no ser por tal provocación no se hubiere producido.

Tal forma de proceder lesiona los principios inspiradores del Estado Democrático y de Derecho y desde luego desconoce el principio de legalidad y la interdicción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos, contenidos en el art. 9.3 de la Constitución Española.

Una cosa es el delito provocado que ha de ser enérgicamente rechazado y otra cosa bien distinta es la conducta que, sin conculcar legalidad alguna, se encamina al descubrimiento de delitos ya cometidos, generalmente de tracto sucesivo como suelen ser los de tráfico de drogas, porque en tales casos los agentes no buscan la comisión del delito sino los medios, las formas o los canales por los que ese tráfico ilícito se desenvuelve, es decir, se pretende la obtención de pruebas en relación a una actividad criminal que ya se está produciendo pero de la que únicamente se abrigan sospechas. En este caso la decisión criminal nace libre y espontáneamente.

En este caso la intervención de los dos agentes encubiertos es consecuencia del ofrecimiento de venta de sustancias estupefacientes por quienes dicen tener la disponibilidad de unos cien kilos cocaína y cuando resulta abortada la primera entrega, son los acusados y en concreto el presente recurrente el que propone a los agentes encubiertos un viaje a España para realizar posteriores ventas y entregas de la . sustancia

estupefaciente cuya posesión y disponibilidad dicen tener.

Aplicando la doctrina antes expuesta al caso que nos ocupa, resulta bien patente que no ha existido delito provocado, como bien se razona por el Tribunal de instancia ya que las actividades delictivas investigadas se encontraban en ejecución antes de la intervención policial de agentes encubiertos cuya actuación ha sido pasiva siendo de los acusados la iniciativa de la acción delictiva. Por tanto no se ha producido la vulneración denunciada y el motivo debe ser desestimado.

PRIMERO.- En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho de presunción de inocencia que proclama el artículo 24.2 de la Constitución.

Se dice vulnerado tal derecho constitucional en cuanto el recurrente fue víctima de una actuación policial provocada y que existió un delito provocado por parte de los agentes encubiertos alemanes.

Se alega, asimismo que en todo caso lo único probado sería una operación de venta imposible, al no incautarse droga alguna y que se trataría de meras conjeturas o sospechas, sin consistencia ni mucho menos constancia de consumación o real perpetración.

En orden al primer extremo del motivo, es de reproducir lo expuesto para desestimar igual pretensión realizada por el anterior recurrente.

A mayor abundamiento y como muy bien señala el Ministerio Fiscal al impugnar el motivo, el Tribuna sentenciador tuvo en cuenta, además de las declaraciones de los dos agentes encubiertos, las prestadas por el testigo Constantino y los guardias civiles y policías nacionales que intervinieron en funciones de auxilio y acompañamiento de los dos agentes encubiertos, así como las entradas y registros y dictámenes periciales realizados.

Los hechos que se declaran probados no refieren una operación de tráfico de drogas imposible, muy al contrario ya existió una entrega frustrada y se preparaba otras entregas, sobre importantes cantidades de cocaína cuya disponibilidad fue afirmada por los acusados como igualmente fue comprobada la realidad del dinero que portaban los compradores.

SEGUNDO.- En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración

del derecho de presunción de inocencia que proclama el artículo 24.2 de la Constitución, en relación con el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Se alega, en defensa del motivo, que la prueba obtenida por los agentes encubiertos infringe el principio de presunción de inocencia al haberse infringido las normas procesales que determinan la actuación de los agentes encubiertos.

Se defiende, en definitiva, la nulidad de la prueba de los agentes encubiertos por adolecer la autorización de la necesaria motivación, inexistencia de proporcionalidad en la medida, inexistencia de comisión de delitos, inexistencia de delincuencia organizada, no se ha respetado su carácter de excepcionalidad ni el exigido control judicial, habiendo actuado los agentes encubiertos, respecto del Juzgado español, en la máxima clandestinidad. .

Las afirmaciones que se realizan en defensa del motivo no responden a la realidad en cuanto la actuación de los agentes encubiertos ha sido correcta y revestida de los requisitos y garantías que eran exigibles al momento en el que se produjo su intervención, precedida de una resolución judicial autorizante, suficientemente motivada y que estaba plenamente justificada dada la importancia de la operación de tráfico de drogas en cuya investigación intervinieron y que ha venido corroborada por las declaraciones prestadas por otros testigos y por los propios acusados. .

El motivo no puede ser estimado.

5. Infiltración policial

La policía, además de utilizar sus propios funcionarios, también utiliza a cualquier persona que colabora proporcionando información de forma ocasional o de carácter continuo. La técnica de infiltración policíaca en el ámbito delictivo no es nueva. Ese procedimiento se ha venido utilizando por largo tiempo aunque no estuviera previsto en la legislación, aunque si es una institución reconocida desde hace bastante tiempo tanto por la jurisprudencia como por la doctrina. Se trata de los llamados informantes, esta actividad debe entenderse como la de infiltrados que sin conculcar legalidad alguna, se encamina al descubrimiento de delitos y la acumulación de pruebas, lo cual se

dificulta extraordinariamente en la criminalidad organizada, por lo cual se le considera como uno de los instrumentos de investigación penal clave en el combate de la delincuencia organizada. Pueden actuar con retribución de sus servicios por parte del Estado o por ánimo de colaborar con la justicia. Estos colaboradores no buscan la comisión de delitos sino conocer los medios, las formas o los canales por los que ese tráfico ilícito se desenvuelve; es decir, se pretende la obtención de pruebas en relación a una actividad criminal que ya se está produciendo pero de la que únicamente se abrigan sospechas.

En tales supuestos no puede entenderse que la actividad policial provoque el delito, sino que utiliza técnicas policiales conducentes al descubrimiento de delitos ya cometidos. Tribunal Supremo Español Sentencia 53 /1997 de 21 de Enero. La reiterada jurisprudencia del T. Supremo Español plantea Olmedo Cardenete¹⁴² establece que estas técnicas de investigación judicial deben ir encaminadas a la revelación y descubrimiento de actividades delictivas previas y preexistentes y no a la sanción del autor por el hecho concreto que es consecuencia de la actuación judicial .

En la sentencia 44 -2001 del mismo Tribunal se afirma que el delito provocado es aquel que llega a realizarse en virtud de la inducción engañosa de una determinada persona, generalmente ,miembro de las fuerzas de seguridad , que incita a perpetrar la infracción a quien no tiene previamente tal propósito , originando así el nacimiento de una voluntad criminal .

Siempre debe establecerse la distinción entre delito provocado y delito preexistente descubierto por iniciativa del agente policial , que simula aceptar su participación en el delito para consumarlo o como mecanismo o técnica para descubrir su comisión .Para la existencia del delito provocado es exigible que la provocación parta del agente provocador , de tal modo que se incite a cometer un delito a quien no tenía previamente tal propósito , surgiendo así en el agente todo el " iter criminis " desde la fase de deliberación a la ejecución, como consecuencia de la iniciativa y comportamiento del provocador , de tal modo

¹⁴² Olmedo Cardenete .Miguel en "La provocación del delito y el agente provocador en el tráfico de drogas" en la Ob .citada coordinada por Morillas Cuevas.

que se incite un delito a quien no tenía previamente tal propósito. El agente no puede provocar la voluntad criminal, sin embargo si la intervención de la fuerza policial se limita a poner en evidencia el delito, la información obtenida es totalmente legal.

El Informante se trata de una persona de confianza de las autoridades estatales que recoge información en el ambiente criminal para la policía, por meros deseos de luchar contra la delincuencia o a cambio de una contraprestación de tipo material o de cualquier otro tipo.

En general existen reglas para la utilización judicial de esta información tales como:

Admisibilidad del secreto de la identidad de los testigos frente a terceros en la fase policial y judicial instructora, las informaciones y datos incriminatorios que pudieran aportar los "infiltrados" nunca cabría utilizarlos en la forma de "declaraciones anónimas" ni podrían servir de prueba única fundamentadora de una condena.

En la fase judicial la parte acusada y su representante siempre pueda conocer qué personas o quienes son los que se manifiestan con o eventuales testigos de cargo

Conocida la identidad de tales testigos en el plenario (tanto por el Tribunal como por las partes), pueden permanecer ocultos pero deben estar sujeto al principio de contradicción o sea el interrogatorio por parte de la defensa. Pudiendo por tanto permanecer desconocidos para el acusado su domicilio y en especial su imagen física en el acto de juicio oral.

En consecuencia, el Juez sentenciador no puede fundamentar la condena en testimonios de personas que no han comparecido en el plenario o, aunque lo hayan hecho, se desconozca su identidad, aun cuando hubieren declarado con anterioridad ante la Policía o el Juez de Instrucción, so pena de vulnerar las garantías de un proceso.

Los datos que aporta pueden servir para que la investigación avance .La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera válida la utilización de confidentes en la fase de instrucción, así como la permanencia de su anonimato durante esta fase, pero destaca que cuando se quieran utilizar en el juicio como prueba de cargo, para preservar su carácter de prueba, resulta imposible mantener el anonimato. En casos excepcionales, en que peligran la vida de los confidentes, éstos tienen que declarar ante un órgano jurisdiccional con todas las medidas de seguridad, pero siempre se les debe otorgar posibilidades a los acusados o a sus defensores para interrogarlos y garantizar, asimismo, que dicho testimonio no sea la única prueba de cargo. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20-11-89. Caso Kotovki contra Holanda.

En Estados Unidos de América en la etapa investigativa y de instrucción , la identidad de un informante no tiene que ser revelada pero la policía para solicitar algún permiso (como el registro de un domicilio) tiene que argumentar las razones de la credibilidad y confiabilidad de la información ..Caso Aguilar vs. Texas 378 US Supreme Court.1964.¹⁴³

6. *Entrega vigilada*

En los casos que las autoridades penales tienen sospecha de que en el interior de un envío a través de la correspondencia se encuentra oculto un género de tráfico prohibido, deben proceder a acordar inmediatamente su detención, apertura y examen. Por supuesto en el desarrollo operacional de esta modalidad pueden haber dificultades , los remitentes y destinatarios pueden ser falsos .Por otra parte el solo hecho de que una persona aparezca como destinatario de una remesa o acuda a recoger un envío , no siempre constituye prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia ,ya que puede alegar un completo desconocimiento sobre el contenido ilícito del envío, de manera que su posible culpabilidad ha de quedar sometida a la prueba de indicios, debiendo existir entre los indicios y el hecho necesitado de prueba un enlace preciso y directo .

¹⁴³ Tomada del libro Cases and problems in Criminal Procedure .The Police..2da edición .Casebooks series .Myron Moskowitz..1998

La entrega vigilada es útil en particular en los casos en que el contrabando se identifica o intercepta en tránsito para luego entregarse bajo vigilancia a fin de identificar a los presuntos beneficiarios o vigilar su distribución posterior a toda la organización delictiva. Lo más recomendable es promulgar leyes para permitir esta actividad o contemplarla en las leyes de procedimiento penal, que es lo más recomendable.

Dada las limitaciones que tiene la detención y entrega de los envíos es que se desarrolla la circulación y entrega vigilada como técnica de circulación. En la circulación controlada en la cual no se detiene el curso del envío, sino que por el contrario una vez comprobada la ilicitud se trata de permitir que las sustancias, equipos y materiales que pueden ser objeto de esta medida, así como los bienes y ganancias procedentes de las actividades delictivas especialmente de “blanqueo de dinero” o “blanqueo de capitales” y del tráfico de drogas que circulen por el territorio de un país dado, salgan o entren, no sean interceptados por la autoridad competente o por funcionarios policiales, con el fin de descubrir las pruebas e identificar a todas aquellas personas involucradas en este tipo de delito, así como desintegrar las organizaciones criminales involucradas.

La práctica de estas medidas de entrega vigilada debe acordarse caso por caso, teniendo en cuenta su necesidad y los fines de investigación en relación con la importancia del delito y con las posibilidades ciertas de vigilancia, y dependiendo de la autoridad actuante, deben comunicarse y aprobarse las actuaciones por el Fiscal o Juez de Instrucción según el caso, de lo contrario se corre el peligro que se declare la nulidad de las actuaciones practicadas.

Estas entregas vigiladas generalmente se realizan por agentes que actúen bajo cobertura, sin manifestar su verdadera identidad.

En síntesis, como resalta, a grandes rasgos, la Sentencia del Tribunal Supremo Español núm. 308/2002, de 22 de febrero, la dinámica investigadora propia de la entrega vigilada suele conllevar: a) una autorización justificada de

circulación y entrega de la sustancia prohibida; b) tal autorización puede otorgarse, y de hecho es una práctica habitual, por el juez competente, que es el del lugar donde el paquete despierta sospechas de contener sustancias estupefacientes; c) la circulación está en todo momento controlada por los funcionarios de la policía judicial; d) que la entrega se realice por uno de estos agentes haciéndose pasar, con la debida autorización, por funcionario de correos, «legítimo ardid que ningún parecido tiene con la actuación de un agente encubierto a que se refiere el art. 282 bis L E. Criminal ».

7. Vigilancia Electrónica o Intervención de comunicaciones privadas

Estas escuchas son a menudo indispensables para probar ciertas actividades propias de la criminalidad organizada .Los sistemas son casi unánimes en la posibilidad de realizar escuchas telefónicas. Sin embargo las condiciones son muy estrictas:

- La decisión debe ser tomada de forma motivada de acuerdo al sistema procesal de cada país por un fiscal o juez que tenga la misión de velar por la legalidad y el respeto a las libertades individuales.
- la decisión sólo debe ser aceptada para ciertas infracciones de especial gravedad.
- las grabaciones deben ser destruidas después de terminado el procedimiento.

Se trata de una excepción al respeto al derecho fundamental de la inviolabilidad de comunicaciones privadas, lo que es norma permisiva a la trasgresión del bien jurídico tutelado que es la privacidad o intimidad de las personas.

Lo que trata de garantizar la legislación en la mayor parte de los países es la impenetrabilidad de terceros ajenos a la comunicación, de tal modo que la presencia de un elemento ajeno a aquellos entre quienes media la conversación deviene indispensable para configurar la ilicitud. El contenido de una conversación puede llegar al proceso por la vía de su reproducción oral ,cuando alguno recuerda fielmente lo conversado , o mediante la entrega de una cinta que recoja textualmente el intercambio

de palabras entre los asistentes, no puede establecerse un derecho a que la exteriorización de propósitos delictivos sea mantenida en secreto por el destinatario de la misma. Por tanto es diferente la actitud de quien oye –graba una conversación de otros y de quien oye –graba la conversación con otro, por tanto será totalmente lícito quien graba la conversación con otro, por ejemplo un infiltrado policial o agente encubierto, para después ser valorada judicialmente. Vale la pena reseñar la Sentencia del Tribunal Supremo Español de 25 de Enero de 1998¹⁴⁴ que dispone así:

“ En el presente supuesto no es que la habilitación careciera de motivación, sino que dicha autorización ni siquiera era precisa ya que –tal como recuerda el Ministerio Público y afirma la Sentencia de 27 de Noviembre de 1997..con referencia a la 114-1984 del Tribunal Constitucional hemos de diferenciar el supuesto en que se graba una conversación de otros que atenta el derecho al secreto reconociendo en el artículo 18.3 de la CE de aquel en que se graba una conversación que se mantiene personalmente con otro, pues tal conducta no es contraria al precepto fundamental citado. Por ello la grabación de las palabras del acusado en conversación con el agente infiltrado realizadas con el propósito de su posterior revelación no vulnera derecho fundamental alguno ”.

En España la limitación de la escucha se deja en manos del Juez de Instrucción, a quien corresponde la ponderación de los intereses en juego, mediante un juicio acerca de la proporcionalidad y necesidad de la medida, que deberá desprenderse una resolución judicial motivada.

Los Requisitos son:

- Proporcionalidad de la misma. Para ello debe cumplirse con un juicio de idoneidad, si se puede cumplir el objetivo propuesto, juicio de necesidad, que exista otro medio para obtener los resultados esperados.

¹⁴⁴ aparece en la obra citada de Gómez de Liaño.

- Existencia de un delito y de la intervención en él de una o varias personas y de que por la observación telefónica se podrá conseguir información importante para acreditar el delito y la participación en el mismo del delincuente.
- Explicitación de la justificación mediante la pertinente motivación.

Veamos la siguiente e interesante Sentencia del Tribunal Supremo Español. Sala de lo Penal 1223/2000 de 08/07/2000 donde se esclarece varios puntos de interés en cuanto a la tramitación de las escuchas telefónicas. Hemos seleccionado los aspectos de más interés respecto a este tema

“Alega la parte recurrente, que el Auto en el que se acuerda la intervención telefónica, carece de la más mínima fundamentación, ya que ni siquiera recoge los argumentos que utiliza la Guardia Civil para solicitarla. Por otro lado se acuerda intervenir un teléfono contratado por una persona distinta del acusado y en el domicilio donde está instalado habitan varias personas muchas de las cuales ni tan siquiera eran sospechosas y al final han resultado imputadas.

Pone de relieve que, la solicitud de la intervención realizada por la Guardia Civil, se apoya en sospechas sobre la existencia de una organización y tiene muy en cuenta el hecho de que el recurrente, hubiera sido condenado con anterioridad por un delito de tráfico de estupefacientes, pero no aporta ningún dato objetivo con el que reforzar la solicitud, como por ejemplo nombres de personas que, en fechas concretas, hayan podido realizar operaciones de compra y venta de hachís. Denuncia que se han utilizado criterios arbitrarios y fuera de todo control y que, una vez más, un Juez de Instrucción aprueba la intervención de forma automática, mediante una resolución estereotipada, que no motiva la importancia de la solicitud, el alcance de la intromisión en la vida privada de estas personas y, en definitiva, obvia la preceptiva condición de proporcionalidad que debe revestir tan excepcional autorización.

Por último, sostiene que las conversaciones supuestamente grabadas se han seleccionado y transcrito sin intervención del Secretario, del Juez y de las partes por lo que se le ha causado indefensión, ya que desconoce si en el proceso de selección, se han cortado conversaciones de interés que puedan aclarar la intervención de los inculcados.

En definitiva y, en su opinión, la prueba derivada de la intervención telefónica es nula y el resto de las pruebas practicadas a raíz de ella, incluido el hallazgo de la droga, registros y declaraciones de los imputados son consiguientemente nulas.

2.- En cuanto a la fundamentación del Auto habilitante de la interceptación y escucha, se ha dicho reiteradamente que, debido a los intereses en conflicto debe estar suficientemente motivado, en cuanto que una decisión adoptada sin la necesaria reflexión y razonamiento incurriría en la arbitrariedad, que está vedada a los poderes públicos y mucho más estrictamente a los órganos judiciales, que tienen la potestad de incidir sobre derechos fundamentales en el curso de una investigación de un hecho que presente caracteres delictivos. Una decisión carente de motivación y de proporcionalidad, sería nula de pleno derecho y arrastraría, en sus efectos, a todas las pruebas y datos que hayan podido obtenerse a través de la grabación de las escuchas.

El Auto de 29 de Enero de 1.998 dictado por la Sala sentenciadora, pone de relieve que la motivación, en el estado embrionario de la investigación en los momentos iniciales, no puede ser exhaustiva por lo que una cierta concisión puede ser objeto de un tratamiento más permisivo. En consideración a estas circunstancias considera que el auto en que se autoriza la intervención de las comunicaciones, está suficientemente motivado.

En relación con la necesidad de que las autorizaciones de escuchas telefónicas se produzcan en el curso de unas diligencias de investigación en marcha, debemos advertir que, en la mayor parte de los casos, la apertura de las diligencias y la autorización serán prácticamente simultáneas, ya que la noticia de la existencia del delito llega al Juez de Instrucción de la mano del oficio policial solicitando la intervención telefónica.

En el caso presente se puede observar que el Auto Judicial habilitante está encabezado con el número de las Diligencias Previas (231/96-B) lo que indica que la decisión judicial se toma, después de abrir el correspondiente procedimiento penal.

La jurisprudencia mayoritaria de esta Sala viene admitiendo la fundamentación fáctica de los autos autorizando la intervención telefónica, por remisión al oficio policial en el que se contiene la solicitud, siempre que en ésta se incluyan, aunque sólo sea a título de indicio, los elementos necesarios para valorar la utilidad y conveniencia de la medida.

Desde esta perspectiva conviene advertir que los datos policiales, en ningún caso deben ser genéricos, ambiguos o indeterminados ya que si así resulta, nos encontraremos con serias dificultades para poder fundamentar la adopción de una medida tan incisiva sobre la intimidad de la persona.

No es obstáculo para decidir la observación telefónica el hecho de que el teléfono intervenido no esté a nombre del sospechoso, siempre que exista constancia de que, a través de ese aparato, se pudieran comunicar las personas que son objeto

de la investigación.

3.- En lo que se refiere a la proporcionalidad de la medida, es necesario que el delito que se trata de investigar, sea de tal gravedad que justifique y ampare el sacrificio de bienes tan preciados, como la privacidad de las conversaciones y comunicaciones telefónicas.

Nuestro legislador, a diferencia de otros sistemas extranjeros, no ha plasmado, de manera expresa y positiva, cuáles pueden ser los delitos que por su naturaleza y gravedad, justifican la adopción a tal medida, limitándose a establecer, con carácter genérico, en el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que el Juez de Instrucción podrá acordar la observación de las comunicaciones telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos.

Resulta incuestionable que la repercusión y transcendencia comunitaria de los delitos contra la salud pública, revisten de la gravedad necesaria como para justificar la adopción de medidas de esta naturaleza, respetando en todo momento el principio de proporcionalidad. En todo caso, estimamos que nuestro legislador nos ha proporcionado últimamente un catálogo de delitos, en los que cualquier medida de esta naturaleza resulta justificada. En la reciente incorporación de un nuevo artículo 282 bis a nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, en los casos de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, se autoriza al Juez de Instrucción a permitir la actuación de un agente encubierto, en una serie de delitos que se enuncian en el punto 4 del mencionado artículo, entre los que se encuentran, como no podía ser menos, los delitos contra la salud pública. Esta opción legislativa nos puede servir también como parámetro para valorar la gravedad de la conducta investigada a los efectos de ponderar la proporcionalidad de las medidas de intervención telefónica.

4.- En lo que respecta al procedimiento seguido para la grabación, selección y transcripción del contenido de las escuchas, es cierto que la transcripción mecanográfica de las grabaciones se realiza inicialmente por la Guardia Civil, guardando reserva sobre alguna parte de las conversaciones, por considerar que carecían de interés a los efectos de la investigación. Esta forma de proceder solamente indica que los órganos policiales, escuchando la totalidad del contenido de las cintas, realizan una selección previa que, en muchos casos, se les encomienda por la propia autoridad judicial. Ello resulta aconsejable para no vulnerar innecesariamente, aspectos o parcelas de la intimidad de las personas investigadas o de todas aquellas que utilizan el teléfono intervenido sin estar implicadas en el hecho delictivo. Ello tiene su base en la propia naturaleza de los derechos afectados y su

apoyo en los artículos 586 y 587 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en los que, al tratar de la apertura de la correspondencia privada, se encomienda al Juez la misión de seleccionar solamente aquella que haga referencia a los hechos por los que se ha incoado la causa.

Lo verdaderamente trascendente y sustancial es que se envíen las cintas originales, con la totalidad de las conversaciones, correspondiendo a la autoridad judicial comprobar su contenido, incluido el que se omite en la transcripción policial, con objeto de valorar su interés a los efectos del éxito de la investigación.

No hay constancia de que no se haya actuado de conformidad con estas previsiones, por lo que la pretensión casacional no puede prosperar.

En México la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada faculta a los titulares del Ministerio Público en las entidades federativas a intervenir las comunicaciones privadas. La solicitud debe ser hecha al juez de distrito mediante escrito fundado y motivado del Ministerio Público expresando el objetivo y la necesidad de la intervención, indicios que hagan presumir fundadamente que en los delitos que se investigan participa algún miembro de la delincuencia organizada, hechos, elementos y circunstancias que se pretende probar.

El juez tiene un plazo de 12 horas, contadas a partir de recibida la solicitud. La intervención sólo puede ser para asuntos concretos, el plazo de intervención no puede ser mayor de 6 meses, incluidas las prorrogas.

Las comunicaciones privadas pueden ser distinto tipo que permitan comunicación ya sea oral, escrita, por signos, señales, mediante aparatos electrónicos, mecánicos, eléctricos, alámbricos o inalámbricos, sistemas informáticos etc.

El resultado de la instrucción será entregado al juez del distrito al iniciarse el proceso.

En Estados Unidos la materia regulada en el título III de Omnibus Crime Control and Safe Streets Act de 1968, modificada por Electronic

Communications Privacy Act de 1986¹⁴⁵ define " wire communications" cualquier transferencia hecha en todo o en parte a través del uso de facilidades para la transmisión de comunicaciones por el aire o través de alambres , cables o cualquier otra forma de conexión entre el punto de origen y el punto de recepción y operado por un personal encargado de proveer y operar estas facilidades de transmisión .El párrafo 25 11 claramente establece que no puede aplicarse cuando la interceptación es conducida con el consentimiento de una de las partes .

La información obtenida con violación de la ley no puede ser utilizada ante ninguna autoridad de los Estados Unidos. Sólo fiscales del más alto nivel como el Fiscal General, Vice Fiscales y otros directivos de la Fiscalía o fiscales expresamente designados por el Fiscal General pueden solicitar a un Juez federal de la jurisdicción competente, siempre que la interceptación puede ser útil en delitos específicos (asesinatos ,secuestros, drogas, extorsión ,juego ,robo) o cualquier otro delito peligrosos para la vida , la propiedad y con sanción de más de un año de privación de libertad .Las ordenes autorizando la interceptación tienen que contener todos los detalles de la identidad de las personas y del tipo de conversación que se necesita grabar ,La autorización no puede ser por un periodo mayor de 30 días

8. Derecho de Defensa

Por supuesto la mayor parte de las legislaciones aceptan la defensa en los casos del crimen organizado, sin embargo el tema tiene algunas especificidades en la legislación en estos casos, un ejemplo de ello es la presencia del abogado en el interrogatorio, en varias legislaciones no se permite en el interrogatorio judicial se trate o no de crimen organizado por ejemplo Alemania, Bélgica, Francia, Grecia y Suiza. Casi todas las legislaciones reconocen que el abogado tiene el derecho de visitar a los clientes fuera del interrogatorio. Sin embargo la entrada de los abogados en estos casos son demoradas en algunos países por ejemplo si en un caso

¹⁴⁵ Tomado del libro American Criminal Procedure .Cases and Commentary.6ta edición .Stephan A. Saltzburg y Daniel J Capra. American.Casesbook Series .St Paul Minn.2000

ordinario puede entrar a las 24 horas de la detención puede aplazarse a 72 horas en el caso de delitos de terrorismo y tráfico de drogas.

En cuanto al conocimiento del abogado del expediente raramente se admite durante la investigación policial de delitos de crimen organizado, salvo en países como Holanda donde el abogado puede tanto asistir al interrogatorio como revisar el expediente; de acuerdo al Código Procesal Penal Holandés la fiscalía o el juez de instrucción puede oponerse a esta comunicación en interés de la preservación de las pruebas. Una vez el expediente está en la llamada fase preparatoria o de instrucción el derecho del abogado de acceder a las actuaciones es generalmente reconocido salvo en algunos países donde el juez puede limitar ese derecho pero en casos muy graves y por un periodo de tiempo que debe estar claramente establecido.

Otro aspecto es el relativo a los testimonios anónimos, como hemos dicho las pruebas consistentes en declaraciones hechas por testigos anónimos no son evidentemente conformes con el principio de contradicción y desconocen, en consecuencia, los derechos de defensa por lo cual no pueden ser utilizadas en la fase de juicio oral.

III. DERECHO PENAL

1. *Leyes especiales*

Existe un movimiento legislativo y ejecutivo contra el crimen organizado que tiende al endurecimiento del Derecho Penal y a la restricción de los derechos fundamentales. En esta dinámica se ha establecido claramente la tendencia de considerar la pertenencia a una organización del crimen organizado como un delito autónomo. El elemento objetivo puede definirse en términos funcionales como que el Estado debe probar que una persona forma parte de una estructura organizada permanente y que esta actualmente participando en conductas que fomentan la empresa criminal. El elemento subjetivo tendrá que probar el conocimiento de que el grupo al que pertenece el acusado está implicado en la comisión o que cometerá delitos.

La elaboración de una legislación sobre el crimen organizado debe basarse en evidencias legítimas, científicamente válidas que demuestren claramente el peligro que éste supone para la sociedad concreta donde se va a legislar. Esta evidencia debe probar la gravedad, la magnitud, el volumen, el daño social del impacto negativo en la sociedad nacional e internacional, debe haber un daño social que parezca suficiente como para justificar la adopción de una particular medida jurídica. Los problemas que plantea la adopción de nuevas instituciones o medios legales para luchar contra el crimen organizado son la vaguedad y la excesiva amplitud. Todo nuevo enfoque tendría que adherirse a los principios básicos de un Derecho Penal Garantista.

Existen hoy varios modelos legislativos que condenan por la propia pertenencia a los grupos criminales, independientemente de los delitos cometidos. Para que exista este tipo de pena es necesario que el ordenamiento legal defina qué tipo de relaciones entre las personas deben existir para tipificar esta figura delictiva. Los códigos penales optan por dos formas de llevar a cabo esta definición. Pueden, en primer lugar, describir en detalle las actividades que realizan los grupos criminales para otorgarles carta de naturaleza de organización criminal. Así ocurre, por ejemplo, en el caso de California, en los Estados Unidos, en el que se define de la siguiente manera:¹⁴⁶

- Crimen organizado consiste en dos o más personas que, con un propósito de continuidad, se involucran en una o más de las siguientes actividades: (a) la oferta de bienes ilegales y servicios, por ejemplo, drogas, prostitución, la usura, etcétera, y (b) delitos como, por ejemplo, el robo, el atraco, etcétera. Diversos tipos específicos de actividad criminal se sitúan dentro de la definición de crimen organizado en varias legislaciones. Estos tipos pueden ser agrupados en cinco categorías generales: (1) Mafia: actividades criminales organizadas. (2) Operaciones viciosas: negocio continuado de suministro de bienes y servicios ilegales, por ejemplo, drogas, prostitución, usura, juego. (3)

¹⁴⁶ Legislación tomada de Resa Nestares Carlos. Crimen Organizado .Transnacional. Universidad Autónoma de Madrid .Edición Digital

Bandas de asaltantes-vendedores de artículos robados: grupos que se organizan y se involucran continuamente en un tipo concreto de robo como proyectos de fraude, documentos fraudulentos, robos con allanamiento de morada, robo de coches y secuestros de camiones y adquisición de bienes robados. (4) Pandillas: grupos que hacen causa común para involucrarse en actos ilegales. (5) Terroristas: grupos de individuos que se combinan para cometer actos criminales espectaculares como el asesinato o el secuestro de personas prominentes para erosionar la confianza del público en el gobierno establecido por razones políticas o para vengar por algún agravio.

Otros textos legales son menos concretos en cuanto a las actividades y definen crimen organizado con respecto al funcionamiento del grupo delictivo. De manera minimalista lo hace el código penal del Estado de Misisipi, en los Estados Unidos, determinando que el crimen organizado consiste de “dos o más personas que conspiran constante y conjuntamente para cometer delitos para obtener beneficios”.

En Canadá en 1977 se promulgo una ley sobre crimen organizado extremadamente amplia, en la que “Se refiere a cualquier grupo, asociación u organismo compuesto por cinco o más personas, ya esté formal o informalmente integrado, (a) que tenga como una de sus actividades primarias la comisión de un delito tipificado cuya pena máxima sea la prisión por cinco o más años, y (b) cualquiera o todos sus miembros estén o hayan estado implicados en la comisión de una serie de estos delitos dentro de los cinco años precedentes.” Esta definición es tan amplia que abarca mas que una simple banda cohesionada que ejerza la violencia .Llega tan lejos como para incluir a los individuos asociados en crímenes no violentos .Es suficiente con que uno sólo de estos asociados haya cometido una serie de delitos indicados en la categoría para hacer a todos punibles. No se exige la continuidad del grupo.

Más compleja, y de mayor difusión, es la definición del código penal alemán al respecto: Crimen organizado es la violación planificada de la ley al

objeto de adquirir beneficios económicos o poder, cuyos delitos son independientemente o en su conjunto de especial gravedad y se llevan a cabo por más de dos participantes que cooperan en el marco de una división laboral por un periodo de tiempo prolongado o indeterminado utilizando (a) estructuras comerciales o paracomerciales, o (b) violencia u otros medios de intimidación, o (c) influencia en la política, en los medios de comunicación, en la administración pública, en el sistema de justicia y en la economía legítima.

En Italia existe la Ley Rognoni – La Torre .Asociación de tipo mafia (ley número 646-1982 la cual considera que una asociación de tres o más personas puede ser calificada como "mafia". .Se considera una asociación mafiosa cuando sus miembros usan la fuerza para intimidar y amenazar se asocian para delinquir y se adhieren a la conspiración del silencio (la llamada omertá).

Objetivos de las asociaciones tipo mafia para cometer crímenes: adquirir, de manera directa o indirecta, la administración o el control de actividades económicas, concesiones, autorizaciones, contratos o servicios públicos. obtener ventajas y ganancias para su grupo, corromper el proceso electoral y conseguir votos para ellos mismos o para otros en las elecciones públicas .Son circunstancias agravantes si la asociación esta armada , si las actividades económicas controladas por los miembros son financiadas en su totalidad o en parte con las ganancias del delito ..Se establecen medidas especiales en contra de personas procesadas : aseguramiento y decomiso de todas las propiedades que tengan cualquier nexo con la actividad del crimen e interrupción automática de autorizaciones y privilegios gubernamentales ,otorgamiento de licencias o inscripciones al libro de contratos públicos del cual el condenado era titular.¹⁴⁷

Podemos resumir diciendo que las opciones políticos criminales del legislador a la hora de abordar el fenómeno de la criminalidad organizada

¹⁴⁷ Las notas de la ley están tomadas del artículo de Samuel González Ruiz y Edgardo Buscaglia " Como diseñar una estrategia Nacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional dentro de la Convención de Naciones Unidas " en el libro Delincuencia Organizada ..Rafael Macedo de la Concha .Coordinador .Instituto Nacional de Ciencias Penales .2004.

consisten en 4 modelos para enfrentar desde el punto de vista de la ley penal el Crimen Organizado .Estos cuatro modelos pueden resumirse en:

1. Leyes Especiales contra el Crimen Organizado. Tomaremos dos casos fundamentales la RICO de Estados Unidos y la Ley contra el Crimen Organizado de México.
2. Figuras específicas en los Códigos Penales como el tipo penal de Asociación para Delinquir del Código Penal Cubano artículo 207 y del artículo 515 del Código Penal Español.
3. Considerarla como figuras agravadas en cualquiera de los delitos propios del crimen organizado como es el tráfico de drogas.

2. Ley de Control de Crimen Organizado de los Estados Unidos Mexicanos

La ley está constituida por 4 títulos .El primero, es de Disposiciones Generales consta de un solo Capítulo Relativo a la Naturaleza, objeto y aplicación de la ley. Se establece que tiene por objeto establecer reglas para la investigación, persecución, procesamiento, sanción y ejecución de las penas por los delitos cometidos por algún miembro de la delincuencia organizada.

De acuerdo a Moisés Moreno¹⁴⁸ los aspectos mas importantes son de índole procesal , tales como la intervención de las comunicaciones privadas (artículos 6 –28 , b) protección de testigos ,jueces ,peritos , víctimas y fiscales (artículo 34) ,la infiltración de agentes (artículo 11) , la persecución eficaz con la justicia para la investigación y persecución de otros miembros de la delincuencia organizada así como las medidas cautelares , el aseguramiento de bienes y el cateo .

El Art. 2 define por delincuencia organizada cuando tres o más personas acuerdan organizarse o se organicen para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer algunos de los delitos que más adelante se mencionan como miembros de la delincuencia organizada

¹⁴⁸ Moreno Hernández. Moisés. Retos del Procedimiento Penal en materia de delincuencia organizada , comentarios de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada en Temas actuales de Justicia Penal. Sexta Jornadas sobre Justicia Penal. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México 2006.Versión digital.

Estos delitos son terrorismo, contra la salud (drogas), falsificación o alteración de moneda, acopio y tráfico de armas, tráfico de indocumentados , tráfico de órganos, asalto, tráfico de menores ,robo de vehículos .Su esencia es la asociación de tres o mas personas, el mero acuerdo por si constituye un delito ,se incrimina el mero acuerdo para obtener no solo un fin sino que ese sea el resultado.

Es un delito autónomo, independiente de los otros hechos típicos en que incurran los sujetos organizados para delinquir. No es por tanto una agravante de los delitos cometidos o que se pretenden cometer, se sanciona por si mismo. Es un tipo autónomo de delincuencia organizada .Es un delito de comisión dolosa, el bien jurídico tutelado, según Sergio García Ramírez y con quien estamos de acuerdo es la seguridad pública, en su sentido mas amplio e incluso mas allá la seguridad nacional.

La ley establece que sin perjuicio de las penas que correspondan por el delito o los delitos que se cometan, al miembro del grupo organizado se le impondrán penas acorde a las funciones y jerarquías que tenga en el grupo de crimen organizado. Se dispone también la confiscación de propiedad personal del sentenciado. Las penas son también distintas de acuerdo al delito que se propongan cometer, por ejemplo si se pretende cometer delitos de drogas, siendo las sanciones mas severas cuando se trata de drogas y mas atenuadas cuando se trate de otros delitos. Se agravan también las penas cuando se trate de servidores públicos o se utilice menores de edad.

3. La Ley del Control del Crimen Organizado de Estados Unidos de América (RICO Act.)

El Congreso de Estados Unidos aprobó la Racketeer Influenced and Corrupt Organizations (RICO) en 1970 codificada al 18 USC. ss 1961-1968 Sección 1961-62-63-64 como parte del Organized Crime Control Act.

De acuerdo a Laura Zúñiga,¹⁴⁹ con la que estamos de acuerdo, la señal de inicio de la noción internacional de criminalidad organizada la marca la ley estadounidense Organized Crime Control Act de 1970 y especialmente la conocida Rico Act que propone una visión más genérica del fenómeno, poniendo de relieve el carácter organizativo y corruptivo del mismo, tipificando el delito de participación en los asuntos de una empresa con ayuda de métodos extorsivos, con lo cual se vincula la noción de criminalidad organizada con la criminalidad de empresa.

Se trata de un conjunto de disposiciones aplicables a las organizaciones corruptas o penetradas por el crimen organizado. Fue la respuesta al crecimiento del Crimen Organizado en Estados Unidos, el propósito fundamental de la ley es la eliminación de la infiltración del crimen organizado en negocios legítimos, sin embargo hay múltiples declaraciones en su historia legislativa que plantean que sus objetivos iban más allá del Crimen Organizado, hoy los fiscales lo utilizan como un instrumento para combatir el delito de cuello blanco, la corrupción política y los grupos violentos, incluso actividades consideradas ilícitas de los migrantes tales como falsificar visas y pasaportes falsos. Incluso en el caso *Salinas vs. United States*¹⁵⁰ se utilizó para sancionar a un funcionario penitenciario que aparentemente en contubernio con su segundo permitió visitas no supervisadas por \$6,000US mensuales o \$1,000US por visitas a la esposa y novia de un recluso.

La ley responde a la preocupación existentes de que las formas tradicionales de arresto y prisión a los miembros individuales del crimen organizado no es efectiva, por tanto su diseño esta destinado a golpear a la entera organización, sus propiedades y demás bienes económicos y los dirigentes principales de la misma, o sea atacar las fuentes de poder económico y en todos aquellos frentes posibles.

¹⁴⁹ Zúñiga Rodríguez Laura .Criminalidad Organizada, Derecho Penal y Sociedad .Apunte para el Análisis, en el libro *El Desafío de la Criminalidad Organizada* .Coordinadora Nieves Sanz Mulas. Editorial Comares. Granada. 2006.

¹⁵⁰ Citado por William Burnham en *Introduction to the Law and Legal System of the U.S.* 3ra edición .Editorial West Group.USA.2002

Esta ley define como actividad de crimen organizado cualquier acto o amenaza relacionado a asesinato ,secuestro ,juegos ilegales ,leyes relativas a la prostitución incendio, apropiación ilegal ,robo, obscenidad, soborno, extorsión o la venta, posesión y transportación de sustancias controladas o armas sujeto a acusación criminal bajo las leyes Los propósitos declarados en la fundamentación de la ley fueron los siguientes:

- Considera el Crimen Organizado como una actividad altamente sofisticada y amplia que anualmente toma billones de dólares de la economía por medios ilegales.
- Su base de poder esta construida a base de actividades ilegales
- Este dinero y poder son usados de manera incrementada para infiltrar y corromper legítimos negocios, el movimiento sindical y el proceso democrático
- El crimen organizado mina el sistema económico de la Nación, su bienestar y el de sus ciudadanos
- El continuo crecimiento del crimen organizado debido a defectos en la recolección de pruebas necesarias para imponer sanciones, considerándose hasta ese momento muy limitadas.

La ley declara que la persecución individual ha probado claramente ser totalmente ineficaz en la persecución del crimen organizado. Tan pronto se procesa a un directivo del crimen organizado, un nuevo líder surge, lo cual tiene resultados frustrantes en esta lucha. Uno de los objetivos principales de esta Ley es castigar y prevenir la infiltración financiera y la operación corrupta de operaciones comerciales legítimas que afecten el comercio interestatal, e imponer sanciones severas sobre quienes participen en acciones de racketeering.¹⁵¹ O con propósitos de lavado de dinero .

Como hemos dicho la Rico Act. ha mostrado ser tan poderosa que se ha convertido en el punto de apoyo principal de la Fiscalía contra diversas

¹⁵¹ La Rico Act define la actividad de racketeering como cualquier actividad que pueda ser procesada bajo cualquier elemento de una lista de crímenes federales, la infracción federal debe ser un acto que sea procesable bajo una de las leyes enumeradas; por tanto tentativas y conspiraciones no pueden ser usadas como infracciones relacionadas salvo que estén expresamente incluidas bajo los términos de la ley.

variantes del crimen organizado, incluso en ocasiones ha sido utilizada para delitos de cuello blanco,¹⁵² lo cual ha dado lugar a críticas de muchos penalistas por tratarse de un uso excesivo que va más allá de los propósitos del legislador.

El Manual Federal de Fiscales de los Estados Unidos, 4ta edición, julio del 2000, afirma el ánimo de obtención de lucro no es un requisito de la ley RICO, siendo un elemento importante de esta institución. Esto permite al gobierno el uso de RICO en casos que no son infracciones de tipo económico y financiero sino también en casos de terroristas políticos y otros grupos que cometen crímenes violentos, como homicidios y utilización de bombas pero sin beneficio económico.¹⁵³

En un interesante artículo del Profesor Cecil Greek de la Universidad del Sur de la Florida titulado "IS THIS THE END OF RICO? OR ONLY THE BEGINNING?" Publicado en Free Inquiry in Creative Sociology, Volumen 19 #1, Mayo de 1991, éste se refiere a los problemas de Rico y Las Libertades Civiles, explicando las contradicciones de la ley con principios básicos de la Constitución de Estados Unidos especialmente la Primera Enmienda que protege la libertad de palabra y de reunión y la Sexta Enmienda acerca del acceso al consejero legal y al hecho que una persona no debe ser perseguida dos veces por el mismo delito, lo cual en Estados Unidos es altamente controversial dado los problemas de competencia del Estado y Federal.¹⁵⁴

Un informe de la Asociación Nacional de Abogados Defensores en materia penal -National Association of Criminal Defense Lawyer-NACDL- ha pedido modificaciones sustanciales a la Rico Act. por las irregularidades en su aplicación contrarias al garantismo en el proceso penal.¹⁵⁵

¹⁵² Smith James Frank. Universidad de Davis. California La lucha contra el crimen organizado en Estados Unidos. Ponencia presentada en el IV Congreso Internacional de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales. Santiago de Cuba. Cuba 2001. No publicada. Archivos del autor

¹⁵³ Ob. Citada de Samuel Gonzalez Ruiz y Edgardo Buscaglia.

¹⁵⁴ Para ampliar este tema puede leerse "double jeopardy" en el Diccionario Legal de Steven H. Gifts publicado por BARRON S Legal Guides. en USA en 1984.

¹⁵⁵ Ver trabajo de Robert Blakey sobre la Rico Act. en Handbook of Organized Crime in United States.

Sin embargo en el caso *Sedima, S. P. R. L vs Mires Co*¹⁵⁶ la Corte Suprema de Estados Unidos de América explicó que no está limitada al Crimen Organizado, puede ser aplicada también a negocios legítimos, sin embargo en el caso *Reves vs Ernest & Young*, 507Us de 1993, citado en el mismo artículo, el mismo Tribunal consideró que no puede aplicarse sin límites.

Los elementos siguientes son necesarios para determinar cualquier violación criminal de LOCIR, que convierte en delito el participar en los asuntos de una empresa por medio de actividad de racketeering.

La empresa debe tener tres características básicas: un propósito común o compartido, alguna continuidad estructural o de personal, un periodo mas o menos largo y una estructura comprobablemente distinta involucrada en el patrón de racketeering.

Una empresa puede ser una entidad legal, tal como una corporación, unión o agencia gubernamental o una entidad enteramente ilegal como una pandilla callejera o una entidad de crimen organizado¹⁵⁷. Se define la empresa de una manera muy amplia incluyendo una persona, socios, corporaciones o asociaciones y otras entidades legales o cualquier unión o grupos de individuos asociados legalmente o de hecho. Las cortes Federales han tenido un tremendo poder discrecional para desarrollar este concepto de empresa, esta amplia discrecionalidad ha dado lugar a una amplia variación dentro de las Cortes de Circuito para confirmar la existencia de una empresa. El objetivo de RICO es no enfocarse en delincuentes individuales, sino colocar el tema en un

¹⁵⁶ 473 U.S. 479 (1985) citado en el trabajo *Racketeer Influenced and Corrupt Organization* de Briggert Allison y otros publicado *American Criminal Law Review* volumen 35 spring 1998 number 3 page 1103 y sgtes

¹⁵⁷ La ley de Acción contra el Crimen Organizado y Lavado de Dinero del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de Julio 13 de 1978 la cual es muy parecida (prácticamente redactada en los mismos términos) al *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act* 18USC define Empresa o Negocio cualquier sociedad, corporación, asociación u otra entidad legal, y cualquier unión o grupo de individuos asociados, aunque no constituyan una entidad legal, exceptuando aquellos que se asocian primordialmente para fines sociales, familiares o políticos. Tomada de la publicación legislativa oficial del Estado Libre Asociado de Puerto Rico. Seguridad Interna. Según la Sentencia del caso *Pueblo v. Meliá León* (CR 93-114 del 06/30/97) que aparece en la misma compilación la definición de empresa o negocio en esta sección es amplia, incluyendo no sólo empresas o asociaciones constituidas con fines legales, sino también asociaciones o grupo de personas organizadas al margen de la ley con el objetivo de realizar todo tipo de actividad delictiva.

contexto mas amplio el de la empresa criminal , el objetivo es su desmantelamiento .

Estas empresas deben presentar un patrón de actividad, de acuerdo con la ley dos o mas actos constituyen un patrón;¹⁵⁸ deben tener un efecto sobre el comercio interestatal y debe también constituir actos prohibidos. Estos actos pueden ser ciertos delitos tanto federales como estatales ,que pueden ser castigados acorde a las leyes de los Estados y cuya sanción sea de más de un año de privación de libertad ,actos que pueden ser sancionados de acuerdo al titulo 19 del Código de Estados Unidos ,delitos federales que tengan que ver con bancarrota ,control de drogas o fraudes , asesinato ,secuestro ,usura ,robo ,alteración de identificación de un vehículo de motor ,posesión de explosivos y armas de fuego , otros delitos que puedan ser incluidos bajo la Currency and Foreign Transaction Reporting Act, recientemente acorde a la Compresive Control Act de 1984 el Congreso lo extendió a los materiales obscenos enviados por correos ,también acorde con The Antiterrorism and Efective Death Penalty Act de 1996 se incluyeron varios delitos relacionados con la Inmigración .

No pueden ser acciones aisladas, sino que debe existir una relación de continuidad dentro de un término de 10 años

Pasamos a exponer los aspectos fundamentales de la Ley que aparecen en el Código de los Estados Unidos ¹⁵⁹

Código de los Estados Unidos.

Titulo 18 Delitos y procedimiento penal.

Parte I Delitos

Capítulo 96

Artículo 1962. Actividades prohibidas.

a. Se considerará ilegal que una persona que haya recibido algún ingreso derivado directa o indirectamente de una red de actividades de extorsión , o del cobro

¹⁵⁸ Dos actos aislados por si sólo no constituyen un patrón de crimen organizado, por lo que se requiere que los dos o mas actos señalados como constitutivos como patrón estén interrelacionados de una manera lógica .Para hacer esta determinación es necesario examinar los actos imputados en busca de un plan ,motivo ,o esquema común ,así como la existencia de propósitos ,resultados, víctimas, participantes o métodos similares .Pueblo v. Meliá León

¹⁵⁹ <http://uscode.house.gov.dowload.htm>

de una deuda ilegal en que dicha persona haya participado como principal en el sentido del artículo 2 ,titulo 18 del Código de Estados Unidos, utilice o invierta ,directa o indirectamente ,cualquier parte de dicho ingreso ,o su producto ,en la adquisición de intereses en una empresa ,o en el establecimiento o funcionamiento de ella ,si tal empresa participa en el comercio interestatal o extranjero¹⁶⁰,o desarrolla actividades que afectan a dicho comercio .La compra de valores en el mercado abierto con fines de inversión , y sin la intención de controlar o participar en el control del emisor , o de ayudar a otro a hacerlo ,no será ilegal con arreglo al presente párrafo si los valores del emisor en posesión del comprador , de los miembros de su familia inmediata y de sus cómplices en alguna red o actividad de extorsión , o el cobro de una deuda ilegal después de dicha compra ,no equivalen al 1% de los valores pendientes de alguna clase , y no confieren ,por derecho o de hecho ,la facultad de elegir a uno o mas directores del emisor.

b. Se considerará ilegal que una persona ,mediante una red de actividades de extorsión o el cobro de una deuda ilegal adquiera o mantenga ,directa o indirectamente ,intereses en una empresa o el control de ellas , si tal empresa participa en el comercio interestatal o extranjero , o desarrolla actividades que afectan a dicho comercio.

c. Se considerará ilegal que una persona empleada por una empresa que participa en el comercio interestatal o extranjero o cuyas actividades afectan a dicho comercio, o que esté asociada con ella, dirija o participe, directa o indirectamente, en la marcha de los asuntos de dicha empresa por medio de una red de actividades de extorsión o el cobro de una deuda ilegal.

d. Se considerará ilegal que una persona se confabule con otras para violar algunas de las disposiciones de los párrafos a) , b) o c) del presente artículo.

A continuación algunos comentarios sobre estos artículos recogidos en la doctrina o jurisprudencia relativos a la aplicación de esta ley

1. Invertir las ganancias de un “patrón” de crimen organizado o del cobro de deudas ilegales en que dicha persona haya participado como autor y lo utilice o invierta, directa o indirectamente, todo o parte de dicho ingreso o el producto del mismo, en la adquisición de una empresa o negocio. Por ejemplo un narcotraficante estaría violando la ley al comprar un negocio legítimo con las ganancias de un patrón de múltiples transacciones de drogas. De acuerdo a la jurisprudencia no se le requiere al gobierno hacer un rastreo riguroso, en el caso Estados Unidos vs. Cauble, la Corte estimo que “la fiscalía solamente

¹⁶⁰ el subrayado es del autor

necesita probar que fondos derivados ilegalmente entraron en la empresa; no necesita seguir la pista de dólares específicos de un acto criminal particular”¹⁶¹

2. En el inciso b) se trata del uso de ingresos provenientes del crimen organizado para adquirir interés en una empresa legítima, por ejemplo una figura del crimen organizado estaría violando esta disposición al tomar el poder en un negocio legítimo por medio de un patrón de actos de extorsión o de incendios diseñados para intimidar a los dueños a vender todas sus existencias.¹⁶²

3. En el inciso c) será ilegal que una persona empleada por o asociada a cualquier empresa o negocio, participe directa o indirectamente, en la dirección de los asuntos de dicha empresa a través de un patrón de crimen organizado o mediante la recaudación de una deuda ilegal. Se considera deuda ilegal aquella que proviene del juego clandestino y la usura. Por ejemplo, un comerciante de automóviles viola esta disposición al usar las instalaciones de su negocio para operar el tráfico de autos robados por medio de un patrón de violaciones. De acuerdo a la citada sentencia Pueblo v. Meliá León para que se pruebe esta violación el estado debe probar los siguientes elementos:1) la existencia de una empresa en los términos definidos por la ley2) que la persona imputada era empleada o estaba asociada con la empresa 3)que se participaba en la empresa mediante un patrón de actividad de crimen organizado ,lo que a su vez requiere al menos dos actos de crimen organizado.

4.Cualquier persona , por sí o a través de otra realice o intente realizar un acto o transacción financiera utilizando bienes provenientes, derivados o vinculados con una actividad ilegal especifica en forma intencional o a sabiendas de que la transacción financiera ha sido planificada en todo o en parte para ocultar o disimular la naturaleza ,localización ,procedencia ,titularidad o control de las ganancias de una actividad ilegal especifica o para dejar de informar ingresos provenientes de dicha transacción en violación a lo dispuesto en las leyes .

5.Cualquier persona que transporte ,trasmita o transfiera o intente transportar ,transmitir o transferir dinero o un instrumento monetario hacia el interior del país o hacia el exterior con la intención de llevar a cabo actividades

¹⁶¹ United Status v. Cauble ,706 F. 2da 1322 ,1331 Corte de Apelaciones 5to Circuito 1983.

¹⁶² Citado el ejemplo por Smith James Frank en la ob. mencionada en la referencia anterior.

ilegales específicas o a sabiendas de que el dinero o el instrumento monetario constituye ingreso derivado de alguna actividad ilegal específica con el propósito de ocultar o disimular la naturaleza, localización, procedencia, titularidad o control de la actividad ilegal específica o para dejar de informar ingresos provenientes de dicha transacción.

6. Será ilegal que cualquier persona incite o ayude a realizar una actividad ilegal específica, o a ocultar o disimular la naturaleza, localización, procedencia, titularidad o control de una actividad ilegal específica cuando existan razones para creer que los ingresos provienen de dicha actividad ilegal o cuando existan razones para creer que los ingresos provienen de dicha actividad ilegal o cuando, para dejar de informar ingresos provenientes de dicha transacción en violación a lo dispuesto por las leyes.

La responsabilidad por RICO no está limitada a todas aquellas personas que tengan una posición formal en la empresa, las personas informadas o a los altos directivos, puede ser también aplicada a personas ajenas a la empresa que pueden ejercer un control suficiente sobre los negocios de aquella mediante medios ilegales que puedan ser demostratorios en RICO.

Por todo lo dicho es claro que el propósito de la ley es impedir la penetración de los capitales provenientes de actividades ilícitas del crimen organizado en los negocios legales.

Las violaciones de esta ley se consideran delito grave y será sancionada con pena de reclusión de hasta 20 años o de prisión a perpetuidad si la infracción se basa en una actividad de extorsión cuya pena máxima es la prisión perpetua, o con ambas sanciones, a si como la pérdida de cualquier interés, valores, bienes o derechos contractuales que la persona haya obtenido directa o indirectamente, de la actividad de extorsión o del cobro de una deuda ilegal en violación del artículo 1962. Los bienes sujetos a decomiso abarcan los bienes inmuebles y los bienes personales tangibles o intangibles, incluidos derechos, privilegios, intereses, reclamaciones y valores.

En Estados Unidos existen otras legislaciones de este tipo la Ley de Empresa Criminal Continua (Continuing Criminal Enterprise Statute) de 1970, la que únicamente puede ser usada contra actividades criminales organizadas que involucren drogas. Según el Profesor James Frank Smith se usa cuando existen una serie continúa de delitos federales relacionados con drogas, los que son cometidos en concierto con otros, está dirigida en contra de aquél que ocupa un papel administrativo y extrae un ingreso sustancial.

Al igual que en el caso de Rico Act un acusado puede ser castigado por la ley CCE en adición a cada uno de los crímenes relacionados.

Algunos Tribunales han considerado que para acreditar la existencia de una empresa asociada de hecho, el gobierno debe probar hechos suficientes para argumentar un fallo de que la empresa es una entidad separada y aparte del modelo de actividad criminal organizada en la que este involucrada .

4. *Conspiración*

Brevemente queremos referirnos a la conspiración como modelo para el control penal del crimen organizado .Dado que la conspiración es una institución típicamente anglosajona nos detendremos en Estados Unidos de América por ser el país que más lo ha utilizado contra el crimen organizado , aunque también haremos referencia a como esta contemplado en la legislación de otros países . .

La conspiración exige un acuerdo al menos entre dos personas para cometer o hacer que se cometa un acto ilegal o un acto legal por medios ilegales .Requiere un acto objetivo tendiente a la ejecución de un delito decidido, con ello se exigen lo que pudiéramos llamar actos preparatorios por si mismo punibles, antes de la tentativa. La conspiración no se une al delito sustantivo y posterior. Supone la culpabilidad de cualquier miembro de una conspiración o empresa no sólo por la conspiración, sino también por cualquier delito principal cometido por algún miembro, no previsto en la conspiración.

Bajo el 18 U. S. C. 8371 es delito cuando "2 o más personas conspiran para cometer un delito contra los Estados Unidos o cualquier agencia, de cualquier manera o cualquier propósito". La conspiración es distinta del delito principal objetivo de la conspiración y constituye un delito separado. Además está contemplado para delitos específicos en más de 20 delitos federales como por ejemplo conspirar para defraudar al gobierno federal con demandas fraudulentas, conspiración para secuestrar, asaltar o asesinar a un miembro del Congreso o miembros electos.

Especialistas en el tema como Robert Blakey¹⁶³ consideran que la utilidad de la teoría de la conspiración en la persecución del crimen organizado es manifiesta. Ningún otro instrumento jurídico, según su opinión, ha sido tan efectivo para el control del crimen organizado

En la conspiración deben estar presente 4 elementos:

- acuerdo entre al menos dos partes
- el objetivo debe ser ilegal
- debe tenerse conocimiento de que se está participando en una conspiración y la misma debe ser actual
- al menos un conspirador debe cometer un acto para lograr los objetivos de la conspiración. Este "over act" como se llama en el derecho penal de Estados Unidos de América es para demostrar que la conspiración está vigente, es operativa mas allá de las intenciones de los actores

En el acuerdo entre dos partes para cometer un acto ilegal, no es necesario probar un acuerdo formal, pero si debe probarse un entendimiento entre los conspiradores para llegar a un acuerdo, sin embargo una mera asociación con conspiradores no es suficiente.

No puede aplicarse cuando el delito concreto que se pretende cometer necesita la participación de al menos dos personas. Si la conspiración triunfa

¹⁶³ Blakey Robert G. Aspects of the Evidence Gathering Process in Organized Crime Cases A Preliminary Analysis en libro Task Force Report : Organized Crime.

los conspiradores pueden ser sentenciados por el delito principal o sustantivo y el delito de conspiración.

La conspiración debe considerarse como un proceso continuo, donde cada participante en la misma debe conocer la existencia de co-conspiradores, no es necesario que conozca su identidad, ni los límites exactos de la organización criminal. Tampoco es necesario descubrir los canales de comunicación entre los conspiradores.

Todos los miembros del grupo son culpables del delito de conspiración, cada miembro del grupo es culpable de cualquier delito cometido por uno de ellos dentro de los límites razonables de los propósitos de la conspiración.

Un acuerdo entre dos actores, uno de los cuales es un agente gubernamental, no puede ser tomada como base para una teoría de la conspiración, sin embargo un informante del gobierno puede servir como enlace entre el verdadero conspirador y un acusado.

La incriminación de la conspiración constituye otra vía de extensión de la responsabilidad a personas cuya implicación real en los actos criminales no puede probarse, para Zaffaroni¹⁶⁴ “es un adelantamiento de la tipicidad en actos atípicos pero que se consideran atentatorios para la seguridad. Es un anticipo genérico y abstracto de la participación”.

No se puede confundir la conspiración con la asociación ilícita ya que ésta tiene un carácter estable y es para la comisión de delitos indeterminados.

Existe una tendencia que si bien no es universal a sancionar la conspiración, se encuentra especialmente en los países del common law (Canadá y Estados Unidos) así como en ciertos países árabes como Egipto y Kuwait. Algunos países buscan una solución intermedia, limitando la incriminación de la conspiración a infracciones muy graves (Austria o Alemania)

¹⁶⁴ Zaffaroni, Eugenio Raul. Derecho Penal. Parte General. Ediar. 2da Edición. Buenos Aires. 2002

o a ciertas infracciones típicamente dirigidas contra la seguridad del Estado y la paz pública como Bélgica, Hungría, Japón y Polonia .El derecho holandés considera punible la actuación individual en la preparación de un delito grave si el delito será cometido por al menos dos personas que actúen de acuerdo.

En el Código Penal Cubano en el Art. 125 b) dice " al que se concierte con una o mas personas para la ejecución de alguno de los delitos previstos en este titulo y resuelvan cometerlo " se trata de algunos delitos previstos en el título de Delitos contra la Seguridad del Estado " De forma similar esta regulado en la Ley #93 contra actos de terrorismo publicada en la Gaceta Oficial de la República el 21 de Diciembre del 2001 en el artículo 5 donde se dice se " sanciona , conforme a las reglas establecidas en el Código Penal para los actos preparatorios pre-ejecutivos al que :

a) habiendo resuelto cometer alguno de los delitos previstos en esta ley, proponga a otra u otras personas su participación en la ejecución del mismo.
Proposición

b) se concierte con una o más personas para la ejecución de algunos de los delitos previstos en esta ley, y resuelvan cometerlos. Conspiración.

c) incite o induzca a otros u otros, de palabra, por escrito o de cualquier otra forma, pública o privadamente, a ejecutar algunos de los delitos previstos en esta ley .Sí a la incitación o inducción ha seguido la comisión del delito, el que provoca es sancionado como autor del delito cometido." Provocación.

El artículo 12.1 del Código Penal plantea que los actos preparatorios se sancionan únicamente cuando se trate de delitos contra la seguridad del Estado, así como respecto a los delitos previstos en la Parte Especial de este Código para los cuales se establezca específicamente. El artículo 12. 6 expresa " los actos preparatorios se reprimen con las mismas sanciones establecidas para los delitos a cuya ejecución propenden, pero el Tribunal podrá rebajarlas hasta en dos tercios de sus límites mínimos "

Es indudable que la conspiración como delito puede ser peligrosa para la libertad individual El daño no sólo esta en la tesis mismas , sino al tema

probatorio el cual es extremadamente difuso y confuso lo cual entraña un peligro para las garantías que deben estar presente en todo proceso penal.

5. Asociación Ilícita

Un instrumento legal importante en la lucha contra el crimen organizado está constituido por la criminalización de la pertenencia a una asociación delictiva o criminal, la cual establece la posibilidad de condenar a los dirigentes de organizaciones criminales sin que sea necesario aportar la prueba de su participación en infracciones precisas. Sólo es necesario que se conozcan los fines ilícitos de la asociación.

En algunos sistemas jurídicos se contempla una infracción dirigida a cualquier tipo de infracción criminal, en otros los que están dirigidos a la comisión de delitos graves como es en Canadá, Francia y Polonia, otro enfoque consiste en limitar la incriminación a la pertenencia a aquellas asociaciones ilícitas que planean cometer cierta clase de delito por ejemplo contra el Estado (Bélgica, Brasil, Egipto, Finlandia y Suiza), los grupos armados y los ejércitos privados (Bélgica, Francia y Grecia) o las bandas terroristas (Chile y Alemania) y traficantes de drogas (Chile, Egipto).

Es peligrosa en este sentido las definiciones amplias de las asociaciones criminales, que entienden por tales las dirigidas contra el orden público ya que posibilitan un uso abusivo de la incriminación incluso para reprimir la oposición política o las protestas sociales.

España

En nuestra opinión un modelo de interés del delito de asociación ilícita es el que se tipifica en el artículo 515 del Código Penal Español, que se castiga de forma autónoma e independiente del delito o delitos que a través de la asociación ilegal se cometan. Éste artículo sancionan 1. las asociaciones que tengan por objeto cometer algún delito o después de constituidas promuevan su comisión, 2. las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas 3. las que aun teniendo un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución, 4. las

organizaciones de carácter paramilitar 5. las que promuevan la discriminación ,el odio o la violencia contra personas ,grupos o asociaciones por razón de su ideología ,religión o creencias ,la pertenencia de sus miembros o de algunos de ellos a una etnia ,raza o nación ,sexo, orientación sexual ,situación familiar ,enfermedad o minusvalía o inciten a ello.

Esta autonomía del delito de asociación ilícita es muy importante ya que se consuma con la simple fundación, dirección o incorporación a la asociación, sin necesidad de resultado y participación en los actos delictivos. Se castiga algunas formas de criminalidad organizada ya que el castigo de la pertenencia a la dirección de una asociación ilícita puede ser muy importante para reprimir algunas formas de criminalidad organizada. Cuando el artículo 517 del mencionado Código pueda ser suficiente o sirva de penalidad alternativa en los casos que no se pueda imputar, conforme a las reglas generales de imputación a título de autor o participación y a la valoración de la prueba que haga el Tribunal, a todos los miembros de la organización de los hechos concretos cometidos por sólo algunos miembros de la misma, si sería posible la sanción a los fundadores, directores y presidente de las asociaciones.

En general la jurisprudencia sigue otorgando como características definitorias, las siguientes;

Conjunto de personas, con un acuerdo o plan previo para la distribución de roles o cometidos, cierta jerarquización , utilización y permanencia en el tiempo (Sentencias del Tribunal Supremo España de 25-11-84, 25-9-85, 21-3-88, 20-10-88, 13-7-98); estructura jerárquica y continuidad temporal (Sentencia del Tribunal Supremo España de 18-10-98); continuidad y la permanencia en el tiempo junto al elemento de estructura jerárquica (Sentencias del Tribunal Supremo de España 4-2-98 y 18-10-98); no bastan unas actuaciones esporádicas (Sentencia del Tribunal Supremo España de 8-4-91); ni tampoco debe haber un mero concierto ocasional (Sentencia del Tribunal Supremo de España 11-11-96).

Existe una Sentencia sumamente interesante del Tribunal Supremo Español¹⁶⁵ citada en el trabajo la Criminalidad Organizada y la función del delito de Asociación Ilícita en el libro Delincuencia Organizada¹⁶⁶ donde se dice que el tipo delictivo (de asociación ilícita) plantea dos problemas: el primero, lo que debe entenderse por asociación, señalando que su concepto penal es distinto al del Derecho Privado. La asociación supone que la pluralidad de personas que la constituyen bien desde sus inicios o bien sobrevinida ha de ser querida y pretendida por la propia asociación. Esta finalidad no sólo ha de estar claramente establecida sino que además supone que la organización asociativa venga estructurada para la consecución de los fines por ella previstos. Requiere formalmente una cierta consistencia, lejos de lo meramente esporádico, y por supuesto dentro de una cierta organización jerárquica.

Una Sentencia mas reciente del STS de 3 de Mayo del 2001 considera asociación ilícita la unión de varias personas organizadas para la consecución de fines determinados, siempre que se cumplan los siguientes requisitos.

- Pluralidad de personas para realizar determinada actividad.
- Que cuente con un mínimo de organización cuya complejidad debe valorarse según la clase de actividad que se dedique.
- Permanencia que se opone al carácter transitorio de la misma.
- Su fin ha de ser la comisión de un delito.

México

El nuevo Código Penal del Distrito Federal de Julio del 2002¹⁶⁷ regula el delito de Asociación Delictuosa en el artículo 253, donde se sanciona de 4 a 8 años y de cien a mil días de multa al que forme parte de una asociación o banda de tres o más personas con el propósito de delinquir. Cuando el propósito es cometer alguno de los delitos siguientes: ataques a la paz pública, secuestro, tráfico de menores, sustracción o retención de menores o incapaces, pornografía infantil, lenocinio, robo de vehículos automotriz o

¹⁶⁵ Sentencia del Tribunal Supremo Español de 28 de Octubre de 1997(RJA 7843/1997)

¹⁶⁶ Universidad de Huelva. Publicaciones 199. España

¹⁶⁷ Galván González Francisco y Palazuelos Silvia G. Nuevo Código Penal para el Distrito Federal relacionado con los artículos del Código Penal abrogado. Editorial JUS POENALE. Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales A.C. año 2002. México

partes de éste y extorsión, se agrava las penas. El artículo 255 agrava también la sanción cuando se trate de servidor público o miembro de empresa seguridad privada.

Existe una importante jurisprudencia mexicana que trata de deslindar la asociación para delinquir¹⁶⁸ con los problemas de autoría y participación en delitos concretos. La Asociación para Delinquir es una figura delictiva relacionada con el crimen organizado, aunque para que se configure no tienen que estar presente todos los requisitos que son exigibles para el crimen organizado como por ejemplo la relación de jerarquía y la permanencia del grupo. Pasamos a exponer las sentencias que hemos considerado más útiles.

El sólo hecho de que varias personas hayan colaborado en cierta o determinada manera para la comisión de un delito, no implica la existencia de una asociación delictuosa, pues el artículo 164 del Código Penal de 1931 que estuvo vigente en el Distrito¹⁶⁹, requiere la existencia de una verdadera organización con el propósito de cometer delitos. De aceptarse el criterio de que existe la asociación delictuosa, por la mera cooperación de tres o más individuos en un delito, resultaría que en todos los casos en que se cometiera un delito por tres o más personas podría quedar demostrada la existencia del delito de asociación delictuosa (Primera Sala Suprema Corte de Justicia SJF, Quinta Época, t XXVIII, p 983 A. R 14699/32, 1ro de Junio de 1933).

No debe confundirse la cooperación y participación que tomen varios individuos en la comisión de determinado hecho delictuoso, con lo que en realidad es una asociación delictuosa, pues ésta se organiza en banda, tiene

¹⁶⁸ Ver artículo 207.1 del Código Penal Cubano que dice "Los que, en numero de tres o mas personas, se asocien en una banda creada para cometer delitos, por el solo hecho de asociarse, incurre en sanción de privación de libertad de uno a tres años".

¹⁶⁹ Código Penal para el Distrito Federal en materia común (edición de 1996 de MC Graw-Hill Interamericana de México S.A. de C.V.) dice "Al que forme parte de una asociación para o banda de tres o mas personas con propósito de delinquir, se le impondrá prisión de uno a ocho años, y de treinta a cien días de multa.

Cuando el miembro de la asociación sea o haya sido servidor público de alguna corporación policial, la pena a que se refiere el párrafo anterior se aumentará en una mitad y se le impondrá además, la destitución del empleo, cargo o comisión públicos e inhabilitación de uno o cinco años para desempeñar otro. Si el miembro de la asociación pertenece a las Fuerzas Armadas Mexicanas en situación de retiro, de reserva o en activo, de igual forma la pena se aumentará en una mitad y se le impondrá además, la baja definitiva de la Fuerza Armada a que pertenezca y se le inhabilitará de uno a cinco años para desempeñar cargo o comisión público.

un jefe , hay jerarquías y se constituye con el objeto de cometer delitos ,cuantas veces se presente la oportunidad para ello. Así es que no existiese delito si los acusados se reunieron con el único objeto de cometer un hecho delictuoso, como por ejemplo el asalto a un banco (SJF Quinta Época, tomo LIII p .148 AR 1233/37 ,3 de julio de 1937).

En Sentencias más recientes se esclarece más éste tipo delictivo, por ejemplo:

La asociación delictuosa o asociación para delinquir constituye un delito colectivo perfectamente autónomo, que se distingue de la coparticipación delictuosa en que ésta supone un delito realmente existente(consumado o intentando) mientras que aquélla supone el simple propósito de delinquir en forma organizada , y por lo cual los miembros de la organización son castigados por el simple hecho de formar parte de la organización .En estos términos ,la asociación debe tener un carácter estable y forma determinada de organización ,por lo que el acuerdo de voluntades supone un propósito permanente de delinquir en los miembros de la banda que se supeditan a determinada forma de organización , la que exige el régimen jerárquico(Amparo Directo 10097/67,Luis Estrada Quezada ,17 de Octubre de 1968) .

Para la configuración del delito de asociación delictuosa se requiere además de la unión de tres o más personas, una permanencia indefinida y el propósito de delinquir. Que exista una jerarquía entre los miembros que la integran o bien que las determinaciones se tomen de común acuerdo entre ellos (Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, Pág. 24 del libro citado de Sergio García Ramírez).

Sin embargo, el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito sostuvo que la jerarquía es una cuestión contingente, la que puede o no existir, ya que lo fundamental es la prueba de predisposición temporal indefinida de esa agrupación consistente en el “propósito de delinquir “ que debe entenderse en el indeterminado tiempo de su fusión y a la persistente finalidad de continuar unidos para la comisión delictual. En términos análogos se pronunció el tercer Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito :“ la

jerarquización no constituye un elemento esencial en el delito de asociación delictuosa ,la jerarquización mencionada en la doctrina es una cuestión contingente que puede o no existir sin que importe en consecuencia para la configuración de éste ilícito ,que la formalidad en cuanto a la organización que haya o no estatutos o que exista disciplina o jerarquía estatuidos , lo que importa es la reunión por un tiempo indeterminado”.¹⁷⁰

El delito de delincuencia organizada(antes asociación delictuosa) previsto por el artículo 178 del Código Penal del Estado de México ,tiene como elementos los siguientes :a) Que una persona tenga participación en una agrupación o banda organizada b)Que la finalidad de ésta sea cometer delitos y c)Que con lo anterior afecte bienes jurídicos de las personas o de la colectividad; en tal virtud cuando no existe elemento probatorio alguno que indique que la agrupación o banda esta organizada , es decir , que tuviera un carácter mas o menos permanente , con un régimen establecido y el fin de ejecutar diversos hechos delictuosos , por no advertirse la repetida actuación de sus integrantes en la ejecución de delitos indeterminados , es claro que no basta la participación conjunta de personas en la comisión de delito para estimar que se actualiza el ilícito cometido , toda vez que de ser así se confundiría con la coautora .Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito. Amparo Directo 238/99 2 de Julio de 1999.

Argentina

El capítulo II del Título VIII en los artículos 210 y 210 bis del Código Penal Argentino regula el delito de Asociación Ilícita y sus agravantes.

El artículo 210 establece “ Será reprimido con prisión o reclusión de tres a diez años el que tomare parte de una asociación o banda de tres o mas personas destinada a cometer delitos por el sólo hecho de ser miembro de la asociación.

Para los jefes u organizadores de la asociación el mínimo de la pena será de 5 años de prisión o reclusión ”

¹⁷⁰ Ver Sergio García Ramírez Ob. citada

De acuerdo al penalista argentino Edgardo Donna¹⁷¹ los requisitos del tipo son una estructura objetiva que sea estable y duradera, bajo la voluntad de los partícipes de cometer delitos en general, y la existencia de una relación de voluntad de los partícipes y un sentido de pertenencia al grupo además de una estructura interna de fuerte organización. Es claro que éste delito es un delito "per. se", con independencia de los delitos cuya perpetración se planifiquen cometer o se han cometido.

Veamos algunas sentencias de tribunales Argentinos extraídos del libro de E. Donna; ya citado

1. La asociación ilícita se verifica a partir de la resolución asociativa, adoptada por tres o más personas con criterio de estabilidad y permanencia en la organización, coincidiendo en otorgarle el destino de cometer delitos

2. Para configurar la asociación ilícita basta la rudimental organización inherente al acuerdo y al propósito común y la resolución de delinquir.

3. El delito de asociación ilícita es de pura conducta, esto es, un delito formal o de peligro abstracto, que se tipifica por la actividad preparatoria de conductas de reproche.

4. En la asociación ilícita la punibilidad del pacto no está en la punibilidad de sus autores, sino en el peligro que implica....C 9 Crimen de Córdoba 14-9-98-Agüero, Nicolás R y otros L .L. 199 B-796

La figura de la asociación ilícita constituye un delito autónomo, no exige para su perpetración la comisión efectiva por parte de los integrantes de la misma de ilícito alguno, sino que se consuma con el mero propósito de delinquir en forma indeterminada (del voto de disidencia del Dr. Black). CSJN 16-12-81- "Graiver , Isidoro M y otros "E. D. 97 -676

El delito de asociación ilícita es independiente de aquel o aquellos que la asociación concrete en el curso de su actividad delictiva, actividades éstas que pueden haber sido llevadas a cabo por no todos los integrantes de la banda, sino por algunos o algunos de sus miembros. CNC Corr, sala VI , 18-11- 99 "Cora , Jose L ",L.I. 2000-D-304.

¹⁷¹ Ver Edgardo Alberto Donna. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II-C. Rubinzal- Culzoni Editores. Buenos Aires.2002

Cuba

El artículo 207.1 del Código Penal Cubano regula el delito de Asociación para Delinquir definiéndolo como los que en número de tres o más personas, se asocien en una banda creada para cometer delitos, por el sólo hecho de asociarse incurrir en una sanción de privación de libertad de uno a tres años. Existe en el inciso 2 una figura atenuada cuando el propósito es provocar desordenes, interrumpir fiestas, espectáculos u otros eventos de la comunidad o cometer otros actos antisociales.¹⁷² Éste delito, que se trasladó del Código Penal del 69, tiene su antecedente en el artículo 232 del Código de Defensa Social de 1936 que sancionaba a los promovedores, organizadores, directores o jefes de asociaciones formadas para delinquir.¹⁷³

En este artículo la intención del legislador no fue sancionar las organizaciones criminales tal como la estamos estudiando, sin embargo es un tipo penal que en posteriores reformas del Código Penal debe ser mejorada su redacción para hacerla más completa y dibujar mejor esta figura que permitiría, tal como dice el autor ya mencionado Gabriel Rodríguez, sancionar cualquier tipo de organización criminal con independencia de los delitos que se propongan cometer.

6. Conclusiones

Como conclusión podemos afirmar que existen diferentes diseños legislativos para el control penal del crimen organizado, debe tenerse sumo cuidado de no abandonar los principios fundamentales de un Derecho Penal Garantista, no pueden reemplazarse estos valores por la simple esperanza de un derecho penal más eficiente. En el combate contra el crimen organizado el Estado debe utilizar una gran variedad de instrumentos legales y no sólo el Derecho Penal, puede utilizarse la confiscación, el comiso, multas, reparación de daños, inhabilitaciones profesionales, clausura, interdicción en contratos públicos.

¹⁷² Ver Derecho Penal Especial. Tomo II. Comentarios de Rodríguez Pérez de Agreda Gabriel. Editorial Félix Varela. La Habana 2003.

¹⁷³ Código de Defensa Social. Concordado y con Jurisprudencia de Emilio Menéndez. Editorial Librería Selecta 1952. Habana. Cuba

Debemos combatir el crimen organizado pero sin desconocer los valores constitucionales y los peligros de una reacción excesiva a la amenaza del crimen organizado, la aplicación de prácticas autoritarias en el ámbito interno y extraterritorial pueden causar graves daños sin que realmente genere grandes beneficios. Estas armas podrán y serán usadas a largo plazo no sólo contra los capos de la droga y las personas que realizan actividades propias del crimen organizado sino también contra la vida penal cotidiana y por tanto acabemos disponiendo de un sistema penal autoritario y no por ello dejemos de sufrir el crimen organizado.

IV. PROBLEMAS DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN EL CRIMEN ORGANIZADO

Uno de los temas actuales de la dogmática penal es la respuesta a como hacer responsables a las personas que no intervienen directamente en la realización de delitos concretos que sólo llevan a cabo otros, sino que simplemente lo diseñan, lo planifican o asumen el control de su realización. En este sentido, la doctrina jurisprudencial en España¹⁷⁴ dice que las teorías tradicionales de autoría y participación “ sólo puede tener aplicación en los supuesto delitos ordinarios, cuando ha sido cometido por una sola persona o por unas pocas , no cuando se trate de delitos atribuidos a una colectividad de sujetos en los que hay una organización mas o menos estructurada o jerarquizada , con unos miembros que son los autores materiales de ejecución del delito , y que por ello pueden ser fácilmente conocidos o condenados , y otros , los jefes o mandos intermedios de la colectividad , que actúan en la sombra dirigiendo, planificando y ordenando a los inferiores lo que ha de hacerse en estos últimos supuestos ,en estos casos se dirige el procedimiento contra el culpable cuando la querrela o denuncia es admitida a trámite o el procedimiento iniciado de oficio se dirige contra esa colectividad, aunque no

¹⁷⁴ Choclán Montalvo José Antonio. Criminalidad Organizada .La Asociación Ilícita: problemas de Autoría y Participación .La Criminalidad Organizada .aspectos sustantivos, procesales y orgánicos .Cuadernos de Derechos Judicial .2001Consejo General del Poder Judicial. Madrid España

exista designación nominal de los responsables criminales ni otra a través de los cuales pudiera llegarse a identificarse individualmente” STS de 29 de Julio del 98 confirmada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 70 del 17 de Marzo del 20001 .

De acuerdo con esto las reglas tradicionales de la autoría y participación pueden no ser suficientes para lograr la penalización y condena de los directivos de una organización criminal.

La problemática de quienes, sin haber intervenido directamente en la ejecución de delitos, se sirven de un aparato de poder de organización estatal o no estatal como el crimen organizado, que funcionan como una maquina perfecta, desde la cúpula donde se dan las órdenes criminales, hasta los meros ejecutores materiales de la mismas, pasando por las personas intermedias que organizaban y controlaban el cumplimiento de estas órdenes y la forma que responden como autores o partícipes tiene una importancia fundamental para el Derecho Penal .

En la autoría mediata tradicionalmente se ha exigido que sea inimputable el autor directo , bajo la voluntad de los partícipes o actué bajo coacción en manos del hombre de atrás, que es realmente el autor inmediato sin responsabilidad alguna o con una responsabilidad disminuida

Para resolver estos casos, existen varias soluciones posibles una impulsada por Roxin sobre el autor mediato y el dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder, aceptada al día de hoy, plenamente en la jurisprudencia alemana, por un importante sector de la doctrina germana y apoyada por la algunos exponentes de la doctrina española y latinoamericana. Roxin ilustra la problemática referida basada en el caso de Einchnmann , el cual en su condición de Director del Central de Emigración Judía planificó y autorizó , durante el gobierno nazi actos de exterminios en los campos de concentración, pero no cometió con sus propias manos ningún asesinato.

El Profesor Claus Roxin se refiere al novedoso tratamiento a la noción de autor mediato; pues, la tesis tradicional concebía esta forma de autoría como el hombre de atrás que se vale (para cometer el delito) de un instrumento cuya voluntad controla, por error o coacción.

A estas dos categorías Roxin planteaba una tercera: casos en que el autor (quien tiene el dominio del hecho) logra dominar la voluntad del instrumento que puede intercambiarse libremente (fungibilidad) por cuanto el que esta detrás aprovecha la estructura y condiciones marco preconfiguradas de un aparato de poder organizado de carácter estatal o no.

Sobre el particular, la Teoría objetivo-subjetiva o del dominio del hecho entiende que es autor quien tiene realmente el poder sobre la realización del hecho descrito en el respectivo tipo legal.

Siguiendo el razonamiento, dominio del hecho tiene quien concretamente dirige la totalidad del suceso hacia un fin determinado, el cual se vincula a la posición del sujeto concreto respecto de los demás partícipes, pues sólo en la medida que este pueda dirigir el “suceso total” al decir de Bacigalupo habrá dominio del hecho. Esto se explica como dice Roxin el dominio del hecho pertenece a los “conceptos abiertos”, pues no puede caracterizarse por conceptos totalmente indefinidos, ni tampoco mediante una definición rígida, por lo que, como sostiene Zaffaroni, “este criterio exige siempre una valoración que debe concretarse frente a cada tipo y a cada forma de materializar una conducta típica”.¹⁷⁵

El profesor Roxin distingue tres formas de dominio del hecho: por acción, por voluntad y dominio del hecho funcional, a su vez, y para el desarrollo de la exposición debemos detenernos en la segunda modalidad, el dominio de voluntad que es el que adquiere relevancia en este contexto, donde debemos nuevamente distinguir: si este es por coacción, error o en virtud de aparatos organizados de poder. Esta última modalidad, que también se denomina

¹⁷⁵ ZAFFARONI, ob. cit., p. 572.

dominio por organización, consiste en “el modo de funcionamiento específico del aparato que está a disposición del hombre de atrás, quién tiene a su disposición una maquinaria personal, casi siempre organizada estatalmente, pero también aplicable al crimen organizado con cuya ayuda puede cometer sus crímenes sin tener que delegar su realización a la decisión autónoma del ejecutor”.¹⁷⁶

En esa perspectiva el autor mediato, es autor, pues tiene el dominio sobre la realización del hecho descrito por el respectivo tipo legal. De este modo la responsabilidad del dirigente deviene, no por su relación subjetiva con el hecho sino por el control superior que tiene con el mismo. El dominio del hecho reside siempre en estos casos en el hombre de atrás, quien asegura y controla, gracias a la configuración del aparato organizado de poder que dirige, la ejecución del resultado típico por el planificado¹⁷⁷ el autor inmediato es una pieza intercambiable de la organización

Su peculiaridad reside en que lleva a cabo la realización del hecho a través de otro, al que utiliza como instrumento; es decir, alguien realiza un tipo penal, pero no de propia mano, sino mediante otra persona que le sirve a estos fines, que no puede oponer resistencia a la voluntad dominante del hecho del otro y, por lo tanto, es designada como “herramienta” en manos de éste.

El autor mediato, conforme a la teoría tradicional¹⁷⁸, se restringía a aquellos casos en que un sujeto mediante coacción o mediante error utilizaba a otro individuo como instrumento, pero Roxin cree posible indicar una tercera forma, en que no hay miedo, no hay engaño y es el caso del “dominio de la voluntad mediante un aparato de poder organizado”. Se trata del caso en que alguien sirve a la ejecución de un plan para una organización jerárquicamente organizada, por ejemplo, puede tratarse de un grupo de crimen organizado, de una organización política o militar y aun de una conducción delictiva del Estado

¹⁷⁶ ROXIN, Claus, “*Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*”, p. 268, Traducción de la 6ª edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luís Serrano González de Murillo, Marcial Pons, 1998.

¹⁷⁷ Gomez de Liaño ob. Citada .

¹⁷⁸ NOVOA MONREAL, Eduardo, “*Curso de Derecho Penal Chileno*”, p. 180, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile 1966.

. Quien actúa, la palanca del poder y da las órdenes, domina el suceso sin coacción ni engaño, pues puede introducir a cualquier otro que intercambiamente que realice la acción¹⁷⁹, y precisamente, aquí se manifiesta, el poder que maneja en una organización el hombre de atrás, pues puede cambiar a los ejecutores a discreción. Es la fungibilidad de los ejecutores, no siendo siquiera necesario que el hombre de atrás los conozca, si bien los ejecutores son responsables como autores, porque son autores dolosos¹⁸⁰, son empero, personajes anónimos para el que está detrás.

El o los miembros superiores del aparato de poder pueden confiar, que se cumplirán sus instrucciones, pues aunque uno de los ejecutores no cumpla con su cometido, inmediatamente otro ocupará su lugar, de modo que éste, mediante su negativa a cumplir la orden, no puede impedir el hecho, sino tan sólo sustraer su contribución al mismo, por tanto los ejecutores tan sólo son “ruedas” intercambiables “en el engranaje del aparato de poder”. De modo que la figura central del suceso -a pesar de la lejanía con el hecho-, es el hombre de atrás en virtud de su medida de dominio de organización.

Pero, para afirmar la concurrencia del dominio del hecho en éste, no es decisiva la acción del ejecutor, sino únicamente el hecho de que pueda dirigir la parte de la organización que se encuentre a sus órdenes, sin tener necesidad de hacer depender la realización del delito de otros. Desde el punto de vista anterior, se puede considerar autor mediato en estas posiciones de Roxin, a cualquiera que este incardinado en una posición que “pueda dar órdenes a personas subordinadas a él” y haga uso de esa facultad para la realización de acciones punibles, por el aparato de organización de tal modo que de esta manera, el que no puede ser cambiado es aquel que tiene que decidir cuándo y cómo y que tiene que decidir el sí del delito, el que se encuentra detrás de los autores.

¹⁷⁹ ROXIN, *"Sobre Autoría..."*, p. 63

¹⁸⁰[14] BACIGALUPO, Ob. cit. p. 196, para quién “la punibilidad del instrumento como autor inmediato no es discutida”.

Como se ha dicho, esta construcción no se reduce a crímenes perpetrados por organizaciones de origen estatal, ya que también puede tratarse de sindicatos del crimen u organizaciones mafiosas, cuyo requisitos como señala Stratenwerth , serán que la organización tenga a su disposición una reserva suficientemente grande de personas que pueda servirse, de otra manera el agente individual no sería reemplazable.

Esta situación se manifiesta en determinadas formas de criminalidad, especialmente la organizada en torno al tráfico de estupefacientes, que es un temible modelo de esta cadena de autores detrás de los autores. Las colosales sumas comprometidas en la actividad ilícita, comienzan a circular desde las ínfimas y dispersas ruedecillas fungibles del comercio de la droga en el barrio o población (más allá del cual no se concentra la represión penal) hasta las sofisticadas operaciones de lavado de dinero.

En la medida que ésta última posea los elementos estructurales mencionados, estaremos en presencia de esta forma de autoría mediata pues, si bien no se puede señalar categóricamente y per se que las empresas actúen de esta forma en los delitos cometidos y relacionados a ciertas estrategias de mercado, no resulta satisfactorio calificar estas conductas como hechos “accidentales” o “aislados” y descartar la existencia de los presupuestos que permitan ser subsumidos dentro esta categoría, pues muchos de los diseños organizacionales de ciertas empresas mantienen estructuras jerarquizadas bajo la apariencia de estructuras funcionales y descentralizadas.

Es importante mencionar las posiciones del Tribunal Supremo Federal Alemán que establece que “existe una autoría mediata cuando el autor¹⁸¹ aprovecha determinadas condiciones marco preconfiguradas por una estructura de organización, de modo que dentro de esas condiciones su contribución¹⁸² al hecho desencadena procesos reglados .Tal tipo de condiciones marco vienen especialmente en estructuras de organización

¹⁸¹ Ver Kai Ambos y Christoph Grammer en ¿Quién mató a Elizabeth Kasemann? . En Iter Criminis .Revista de Ciencias Penales .Número 8 Segunda Época .México

¹⁸² La sentencia aparece en BGH NJW ,2000.pp 443,448

estatal y en jerarquías de mando. Si en tal caso el hombre de atrás actúa en conocimiento de estas circunstancias, en especial, si aprovecha la disposición incondicional del autor material a realizar el tipo y el hombre de atrás desea el resultado, es autor en forma de autoría inmediata". De acuerdo a esta Sentencia, los autores citados explican que desde el punto de vista objetivo, debe existir una contribución al hecho que bajo el empleo de determinadas condiciones marco organizativas hayan provocado procedimientos reglados que desembocaron en la realización del tipo. El conocimiento de las circunstancias de realización del hecho es subjetivo; esto es, de las condiciones marco-mencionadas y los procedimientos reglados, y es requerida la voluntad del hecho típico como resultado del comportamiento propio.

La trascendencia de tal planteamiento teórico en la dogmática alemana y comparada, así como la favorable acogida en las sentencias de los más altos tribunales europeos e iberoamericanos, no sólo resulta atractivo por el intenso debate al que estaría sometido el modelo propuesto, sino por el interés práctico que la noción analizada propone para castigar y comprender la real dimensión de la criminalidad del estado y sus aparatos de seguridad¹⁸³, también aplicable en el caso de los aparatos organizados de carácter no estatal.

Para un sector doctrinal –cuyo principal impulsor en Alemania es Jakobs –la construcción del autor mediato carece de viabilidad pues comporta la ruptura del principio de responsabilidad. Conforme al referido principio es imposible apreciar autoría mediata cuando el ejecutor directo es plenamente responsable. Para este autor considera que debe castigarse al ordenante y al coautor como coautores. Según su teoría los elementos básicos de la coautoría son la existencia de un plan común y el dominio funcional del hecho. Sin embargo esta concepción es criticada puesto que faltan los requisitos fundamentales de la coautoría (plan común y acuerdo mutuo) cuando se trata de organizaciones criminales en la que raras veces se conocen el sujeto que

¹⁸³ La jurisprudencia alemana, mencionada en el trabajo de Choclan Montalvo Ob. citada, explica la Sentencia BGHSt 40,218 237 (1994) conforme a la cual "una autoría mediata así entendida es aplicable no sólo en el caso de abuso del poder estatal, sino también en casos de delitos organizados mafiosamente, en los que la separación espacial, temporal y jerárquica entre la cúpula de la organización responsable de la orden y el ejecutor inmediato habla contra la autoría con reparto de papeles

da la orden y el que la ejecuta y este último además suele desconocer la totalidad del plan que obviamente no ha participado en desarrollar.

En la doctrina española resulta de interés la posición de Muñoz Conde, expuesta en su trabajo Problemas de autoría y participación en la Criminalidad Organizada.¹⁸⁴, así como otras soluciones adoptadas por las legislaciones de los distintos países.

En otra perspectiva Muñoz Conde señala que la tesis de Roxin no resulta tan convincente cuando se trata de aplicarla a otros casos de criminalidad organizada que se desarrolla en organizaciones criminales ilegales no estatales y no tan estrechamente basadas en principios de jerarquía, obediencia ciega y disciplina tan característicos de regímenes autoritarios. En este sentido, dicho razonamiento se orienta a que otras formas de autoría y participación puedan adaptarse mejor a las manifestaciones de criminalidad organizada de carácter no estatal, ante la imposibilidad de determinar los presupuestos en que se fundamenta el dominio de voluntad por organización.

Para éste autor la tesis de Roxin no parece aplicable a los casos de criminalidad organizada donde no están claro los eslabones de poder, de jerarquía, de obediencia ciega y disciplina.

La teoría de la coautoría se adapta mejor a la realización conjunta de un delito por varias personas que colaboran conscientemente y voluntariamente. Tradicionalmente se exigen dos requisitos para darse la coautoría : acuerdo de voluntades y la intervención de todos los coautores en la ejecución del delito. La coautoría es una especie de conspiración llevada a la práctica y se diferencia de esta figura precisamente en que el coautor interviene en el delito ,lo que por definición no sucede en la conspiración .Debe distinguirse entre coautores ejecutivos ,total o parcialmente y coautoría en que alguno o algunos de los coautores a veces los más importantes no están presente en la ejecución del hecho. La coautoría es el dominio funcional

¹⁸⁴ En la Ob. mencionada Delincuencia organizada de la Universidad de Huelva.

del hecho, lo más importante no es solo la intervención en la ejecución del delito, sino el control o dominio del hecho que un individuo tenga aunque no esté presente en su ejecución. Sólo así puede considerarse también coautores al jefe y los miembros de una banda que asume funciones directivas en organizaciones que son parte integrante fundamental de la realización del delito.

Lo decisivo para la coautoría no es la presencia física de todos los miembros del grupo en el momento de la ejecución, sino la importancia de su contribución ejecutiva o no en la realización del hecho.

Esta concepción nos lleva incluso a que los cómplices relativamente marginales son considerados responsables por su propia participación causal al delito y con una responsabilidad penal que no se deriva de su especial relación con otros autores "principales". Sólo a la hora de la determinación de la pena se toma en cuenta el peso relativo de la contribución de cada partícipe, incluso comienza a apreciar una amplia suavización del vínculo de dependencia entre la responsabilidad del autor y de los partícipes; para sancionar a un partícipe, no sólo es innecesaria la aprehensión y condena del autor principal, sino que cabe condenar a un partícipe incluso si el autor principal actúa sin culpabilidad o queda exento de responsabilidad por razones personales.

La teoría de la inducción suscrita por Kohler mencionada por la citada autora Gómez de Liaño comparte con la autoría mediata una estructura vertical ausente en la coautoría y plantea la posibilidad de acudir a la participación como título de imputación. De este modo, el dirigente del aparato responde como inductor, en este caso debe proveerse de un autor, captarlo para su plan e incluso vencer su posible resistencia, lo cual en nuestra opinión no está en concordancia con la forma en que se desenvuelven las organizaciones de crimen organizado.

Existe también el concepto de responsabilidad vicarial que hace a los empresarios criminalmente responsable de las infracciones cometidas por sus

empleados. Esta solución ha sido aplicada para ciertas infracciones por un número de países, como Estados Unidos, Holanda y Suiza. En estos sistemas no se reconoce la posibilidad vicarial como tal, pero un empresario puede ser responsable por la inobservancia (intencional o negligente) de su deber de vigilancia y ha de asumir así indirectamente, la responsabilidad por las infracciones cometidas por sus empleados. Esta solución se ha adoptado por ejemplo en Finlandia, Francia, Alemania y Japón. Sin embargo el concepto de responsabilidad vicarial es problemático, pues transfiere la responsabilidad criminal del autor a otra persona cuya responsabilidad individual no debe ser probada, sino que se presume por ley, tampoco es una solución fácil de probar en los temas del crimen organizado ya que sería necesario probar la subordinación en una estructura jerárquica organizada.

V. SOBRE LAS PENAS.

Privativas de libertad vs. Confiscación y Decomiso

Durante mucho tiempo la afectación de los derechos patrimoniales como consecuencia de la comisión de infracciones delictivas ha jugado un papel mínimo en el Derecho penal. La sanción del autor en cuanto que persona ocupaba un lugar central. El interés de las actuaciones de la acción pública se limitaba a la investigación o al mantenimiento del orden público. El ataque al patrimonio del autor constituía una ayuda, pero no una sanción independiente. En lo que concierne a la acción civil, en función del sistema jurídico, la víctima podía constituirse como parte civil en el marco del proceso penal (modelo francés) u obtener la reparación del daño ante el juez civil. Los dos sistemas tienen en común el hecho de que la víctima de la infracción juega un papel secundario y que sus intereses se limitan a la indemnización del daño.

Las tendencias actuales que dominan en la lucha contra ciertos tipos de criminalidad, como el tráfico de drogas, la criminalidad organizada, el fraude y la corrupción, permiten no sólo nuevos y numerosos medios, sino también nuevas sanciones. Uno de los medios más contundentes es el arsenal creciente de posibilidades procesales (penales) en el ámbito de la investigación

centrada en el embargo y la confiscación del patrimonio criminal. La época en la que la confiscación jugaba un papel importante sólo en la legislación aduanera ha sufrido una evolución y en la actualidad, la confiscación de patrimonios criminales adquiere un lugar importante, no sólo como medio sino también como sanción independiente. El acento se desplaza de la confiscación de objetos con el fin de conservar las pruebas, hacia las sanciones de confiscación dirigidas a obtener la propiedad de los bienes. Esta influencia procedente de los Estados Unidos no es directa, sino que se hace por medio de normas internacionales y europeas, basadas también en la política orientada hacia el botín.

Las sanciones de confiscación inciden no sólo sobre los hechos imputados, sino también sobre los hechos análogos. A esto se añade la circunstancia de que a menudo la cuestión de la carga de la prueba es más ligera, basta la existencia de indicios suficientes sobre el hecho, y de que se produce una inversión de la carga de la prueba relativa al origen legítimo de los bienes o valores. Para el enfoque orientado hacia el botín, los derechos de los terceros sobre estos bienes se encuentran también en una situación particular. El procedimiento de confiscación está en muchos países separado del procedimiento penal propiamente dicho, se trata, por tanto, de un proceso en dos fases, en el seno o no del proceso penal

La base del desarrollo de estas tendencias esta en que la penalización de la conducta con la que se obtienen importantes beneficios ilícitos no tienen grandes efectos disuasorios. En oportunidades si estos delincuentes han sido sancionados pueden disfrutar de sus ganancias ilegales en provecho propio y para mantener las operaciones de sus empresas delictivas. Se considera que es necesario adoptar medidas prácticas para que los delincuentes no saquen provecho de sus delitos. Los Estados deben tener rigurosos regímenes de decomiso que provean la identificación, la localización, el embargo preventivo, la incautación y el decomiso de los fondos y bienes adquiridos ilícitamente .Es necesario asimismo disponer de mecanismos específicos de cooperación internacional que permitan a los países hacer efectivas las órdenes extranjeras

de embargo preventivo y decomiso y determinar la utilización mas adecuada del producto y de los bienes decomisados.

Los métodos utilizados pueden variar, en algunos se decomisan los bienes que se han comprobado son el producto de los instrumentos utilizados para la comisión del delito, en otros casos se decomisan el valor del producto y de los instrumentos del delito y el decomiso de un valor equivalente.

Incluso el decomiso puede tratarse como asunto civil, en ocasiones y en algunas legislaciones se permite desplazar la carga de la prueba al acusado: La legislación del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte con una carga de la prueba menor para la privación de bienes que las que se necesita para la privación de libertad.

La pérdida de la propiedad por incumplimiento de la ley en Estados Unidos (forfeiture) puede ser de dos formas, una como resultado de un proceso penal, por ejemplo los autos usados en el traslado de drogas y la civil que no depende de una sentencia penal aunque en ocasiones puede ser a continuación de una sentencia penal, es un proceso separado e independiente. Las exigencias de prueba en un proceso civil son mucho menos rigurosas que las exigencias en un proceso penal. .

La legislación canadiense¹⁸⁵ contra la delincuencia transnacional organizada abarca un amplio campo, pero hace hincapié en privar a los grupos delictivos organizados de sus medios financieros y del producto del delito

La ley sobre el producto del delito canadiense los banqueros y las instituciones financieras pueden denunciar transacciones sospechosas a la policía sin correr el riesgo de tener que responder ante sus clientes por quebrantamiento del deber de confidencialidad. En virtud de la ley de administración de la propiedad incautada, promulgada en 1994, el Gobierno

¹⁸⁵ Ver informe del Secretario General de la ONU sobre la Declaración Política y Plan de Acción Mundial de Nápoles contra la Delincuencia Transnacional Organizada. Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal Viena. Mayo de 1996

canadiense puede administrar y enajenar bienes que constituyen producto del delito, esta ley se aplica a casos en que el gobierno decomisa bienes.

Esta tendencia tiende a buscar la eficiencia en las sanciones ,partiendo de la experiencia que las penas privativas no son tan efectivas como parece .Tal como vemos el tema no se trata de suspender las sanciones privativas de libertad y fortalecer el decomiso y la confiscación sino de utiliza ambas de manera racional y con eficacia.

VI. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Del 21 al 23 de Noviembre de 1994 se celebró en Nápoles, Italia la Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre Crimen Organizado que aprobó finalmente la Declaración Política y el Plan Global de Acción contra el Crimen Transnacional Organizado que fue posteriormente aprobada por la Asamblea General el 29 de Diciembre de 1994.

Esta declaración enfatiza en la necesidad y urgencia de un plan global de acción contra el crimen organizado transnacional, enfocado en las características estructurales de las organizaciones criminales. Los Países fueron llamados a un proceso de armonizar las legislaciones y mejorar la capacidad del sistema de justicia penal para prevenir el crimen organizado en todas sus manifestaciones. La Declaración pidió a la comunidad internacional la necesidad de arribar a un concepto sobre crimen organizado y la elaboración de unas bases que permitieran una mayor cooperación internacional. En relación con ello se le pidió a la Comisión de Prevención del Delito de Naciones Unidas examinara la posibilidad de elaborar una Convención al respecto, antecedente de la Convención de Palermo.

1. *Convención de Palermo*

En diciembre de 2000, durante tres días, jefes de Estado y de Gobierno, y Ministros de todo el mundo se reunieron en Palermo, Sicilia, en la Conferencia Signataria de la Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional. El objetivo de la Convención es promover el

combate y la prevención contra el crimen organizado de una manera mas efectiva, poniendo especial énfasis en la asistencia legal mutua la cual es fundamental entre otras para la obtención de pruebas en otros países.

Los aspectos de mayor interés de la Convención son los siguientes:

Un avance importante es el acuerdo para declarar delito la simple participación en un grupo del crimen organizado, no importa si el individuo cometió o no personalmente un delito. Define el grupo como aquel integrado por tres o más personas, jerarquizado y que permanece durante cierto tiempo. Tiene objetivos económicos, ánimo de lucro para lo cual comete delitos graves o "serious crime". Por infracción grave se entiende aquel comportamiento punible con una pena privativa de libertad de mas de 4 años de privación de libertad, lo cual obviamente es una definición donde cabe una gran cantidad de delitos y que por tanto puede traer dificultades al momento de su aplicación.

La Convención utiliza el término "grupo estructurado" lo que significa que el grupo no haya sido formado solo con el propósito de cometer de forma inmediata un delito, por tanto el grupo debe tener cierto tipo de estabilidad en sus miembros y sus respectivos roles criminales, aunque no necesariamente tiene que estar definido formalmente, por supuesto debe estar formado con el objetivo de cometer un número no determinado de delitos.

Al ratificar la convención los gobiernos se comprometieron también a declarar delito el lavado de dinero, la corrupción y la obstrucción de la justicia. El texto que habla del secreto bancario lo hace en términos directos: "Los estados no se abstendrán de actuar... por razones de secreto bancario". Esto puede ser uno de los elementos más efectivos de la Convención de Palermo, dado que el crimen organizado pierde mucho de su atractivo si las ganancias que de él se derivan no pueden conservarse de una manera segura.

La nueva convención ofrece una estructura para la confiscación y decomiso de las ganancias del crimen organizado y de la propiedad o equipo usados en actos delictivos. Se incluyen en este respecto cláusulas especiales para la cooperación internacional, una herramienta muy importante cuando se

trata de recuperar bienes robados mediante la corrupción y enviados al exterior.

Aceptar la extradición y la ayuda judicial recíproca, incluyendo las investigaciones conjuntas y el uso de técnicas de investigación especiales. En el artículo 16 de la Convención se establece la extradición para los delitos previstos (participación en un grupo delictivo organizado, blanqueo del producto del delito, corrupción y /o obstrucción a la justicia) y aquellos sancionados con más de 4 años de privación de libertad que sean cometidos por un grupo de crimen organizado siempre y cuando el delito por el que se pide la extradición sea punible de conformidad con el derecho interno del Estado Parte requeriente y del Estado Parte requerido. La asistencia judicial recíproca está prevista en el artículo 18 de la Convención respecto de investigaciones, procesos y actuaciones judiciales relacionados con los delitos comprendidos en la Convención. Puede solicitarse para recibir testimonios o tomar declaraciones de personas, presentar documentos judiciales, efectuar inspecciones e incautaciones y embargos preventivos, examinar objetos y lugares, facilitar informaciones, elementos de prueba y evaluaciones de peritos y otras diligencias judiciales propias de la etapa de investigación.

La Convención promueve la cooperación policial, una de las consecuencias inmediatas ha sido la creación de Europol bajo los auspicios de la Unión Europea y la Convención de Schengen.

Desarrollar la capacitación, asistencia técnica, asistencia en la planificación y ejecución de programas en estas esferas.

La Convención de Palermo requiere de los Estados establecer procedimientos para la protección física de los testigos. Además de las prácticas más comunes en este sentido, se alienta a los estados a que usen técnicas modernas, tales como los enlaces de vídeo.

Los países firmantes deben proveer ayuda y protección a las víctimas cuando sea necesario, al igual que indemnización y restitución si resulta apropiado. La protección de las víctimas es un elemento central de los dos

protocolos que se abrieron también a la firma en Palermo. El Protocolo para Prevenir, Suprimir y Castigar el Tráfico de Personas, especialmente Mujeres y Niños, es de hecho un vigoroso instrumento humanitario que adelanta la causa de los derechos humanos. El Protocolo contra la Introducción Ilegal de Migrantes se ocupa también con algún detalle de los problemas especiales de las víctimas.

Establece mecanismos para detectar y vigilar el movimiento transfronterizo.

Recomienda a los Estados adoptar medidas necesarias a fin de establecer la responsabilidad de las personas jurídicas.

Se trata el tema de la colaboración entre los Estados con la finalidad de mejorar los canales de comunicación, cooperar en la realización de indagaciones, identidad, paraderos y actividades de personas presuntamente implicadas en acciones de la delincuencia organizada, transferencia de productos del delito, intercambio de información sobre los medios y métodos concretos empleados por los grupos delictivos organizados, rutas, medios de transporte, identidades falsas etc.

Se recomienda ver la posibilidad de celebrar acuerdos bilaterales o multilaterales para realizar investigaciones conjuntas, procesos o actuaciones judiciales en uno o más Estados, velando siempre por respetar siempre la soberanía del Estado Parte en el territorio del cual haya de efectuarse alguna investigación. El tema de la soberanía se toca también en el artículo 4 en el cual se citan los principios de igualdad soberana e integridad territorial de los Estados, así como de no intervención en sus asuntos internos.

Los protocolos y la convención incorporan un nuevo elemento que refleja el modo de pensar de hoy en torno a cómo luchar contra el crimen organizado. Por primera vez, artículos específicos se ocupan de la prevención del crimen. La prevención se refiere a evitar, entre otros aspectos, que los grupos de crimen organizado se infiltren en sectores económicos y desarrollen el mercado negro, deben identificarse los sectores mas vulnerables donde puede

infiltrarse el crimen organizado, así como identificar los sectores donde están infiltrados con el objetivo de diseñar medidas administrativas y económicas que impidan que organizaciones del crimen organizado puedan insertarse o permanecer en la economía. El artículo 31 se dedica a la prevención del crimen organizado y entre las medidas que recomienda a los Estados partes para este fin menciona formular y evaluar proyectos nacionales y establecer y promover prácticas y políticas óptimas para su prevención con el objetivo de reducir las oportunidades actuales y futuras de que esos grupos participen en mercados ilícitos con el producto del delito, o sea el lavado de dinero. También se plantean otras medidas de prevención como el registro de empresas públicas o privadas que se dediquen a actividades económicas, comerciales, monetarias y financieras; elaborar códigos de conducta para profesionales, abogados, asesores fiscales y contadores.

Especial atención debe prestarse a bandas juveniles que posteriormente pueden derivar en grupos de crimen organizado. Los vínculos entre el crimen y la pobreza se atienden especialmente, y se recalca la importancia de la opinión pública como instrumento de prevención.

La Convención de Palermo es una respuesta clara al crimen transnacional. El nivel e intensidad del crimen internacional ha ido más allá de lo que los gobiernos y la población en general están preparados para aceptar. La convención es la piedra fundamental de una estrategia internacional en surgimiento para combatir el crimen organizado transnacional.

2. Unión Europea

Un primer instrumento importante en la lucha contra la criminalidad fue el Acuerdo de Schengen (Luxemburgo) de 14 de Junio de 1985, entre Francia, la Republica Federal Alemana, Bélgica, Luxemburgo y los Países Bajos al cual posteriormente se sumo Italia, España y Portugal, esta Convención prevé¹⁸⁶

1. Refuerzo en los controles en las fronteras de la comunidad.

¹⁸⁶ Ver Serge Anthony y Daniel Ripio El combate contra el Crimen Organizado en Francia y la Unión Europea.. Procuraduría General de la Republica .México.1996

2. Una mejor organización de la cooperación entre los sistemas judiciales, la policía y los servicios administrativos europeos.
3. Una armonía progresiva de ciertas políticas y específicamente las relativas a visas.

Asimismo la Convención puso en marcha reglas comunes para la lucha contra la criminalidad organizada y el terrorismo, intercambio de datos informatizados.

Sin embargo el paso mas importante se dio en la reunión de los jefes de Estado del Consejo de Europa reunidos en Dublín en 1996 confiaron a un grupo de expertos de alto nivel la elaboración de un Plan de Acción contra la Criminalidad Organizada, los principios fundamentales que se trazaron fueron los siguientes:

- La lucha debe llevarse de una manera eficaz y organizada.
- Se debe instaurar un máximo de colaboración entre los que elaboren la legislación inicial y los encargados de aplicarla en el seno de los servicios de policía, aduanas y el aparato judicial
- Debe haber una estrecha cooperación entre los Estados miembros así como al interior de cada Estado.
- Optimizar el rol de Europol.
- En materia de blanqueo de dinero, se debe garantizar el máximo de cooperación entre las instituciones financieras y fiscales de una parte y las autoridades judiciales y policiales de la otra.
- Europol debe facilitar el apoyo de la preparación, la coordinación y la realización de acciones específicas entre las autoridades competentes de los Estados miembros y la realización de operaciones conjuntas.
- Las relaciones entre Europol y las autoridades judiciales deben intensificarse

Posteriormente el 28 de Abril de 1997, el Consejo de Europa acordó un "Plan de acción para luchar contra la delincuencia organizada ", la tipificación penal de la participación en una organización delictiva y su persecución,

independientemente del lugar de la Unión donde se concentre la organización o donde ejerza su actividad delictiva.

Otro de los Instrumentos importantes es la “Acción común” aprobada el 21 Diciembre de 1998 , adoptada por el Consejo sobre la base del Tratado relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea, con la que se pretende llegar a un enfoque común en los diversos Estados miembros en materia de participación en las actividades de las organizaciones delictivas.

La organización delictiva se define en el artículo 1 como “ una asociación estructurada de dos o más personas ,establecida durante un cierto período de tiempo y que actúe de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o de una medida de seguridad privativa de libertad de al menos cuatro años como mínimo o con una pena mas severa , con independencia de que esos delitos constituyan un fin en si mismo o un medio para obtener beneficios patrimoniales y, en su caso , de influir de manera indebida en el funcionamiento de la autoridad pública .

Como se ve, la definición es muy amplia, pudiendo abarcar un número indeterminado de situaciones distintas. Al parecer la idea del legislador no fue dar una definición precisa sino el tener una definición adaptable a las distintas situaciones que pudieran presentarse.

En el artículo 2 se especifican las conductas que los Estados deben tipificar como delitos en su Derecho interno, que son los siguientes:

a) Comportamiento de toda persona que de forma intencional y teniendo conocimiento del objeto y actividad delictiva de una organización participe activamente en las actividades delictivas de la misma, aun cuando esta persona no participa en la ejecución propiamente dicha de los delitos de que se trate, sin perjuicio de los principios generales del Derecho Penal del estado miembro y aun en el caso de que no tenga lugar dicha ejecución.

Contribuya a las actividades delictivas de la organización.

Concertarse con una o varias personas para llevar a cabo una actividad de los delitos comprendidos en el artículo 1

Es importante también el trabajo de Europol, la cual fue concertada por los 15 Estados miembros, con el objetivo de aumentar la seguridad en el espacio europeo. En Enero de 1994 comenzó sus actividades, desde su sede en la Haya como unidad de drogas y el 1 de Octubre de 1998 el Convenio que conllevaba su creación fue ratificado por todos los Estados miembros. Tiene una unidad central en La Haya y unidades en cada uno de los Estados miembros con el objetivo de luchar contra la criminalidad organizada, terrorismo, tráfico de estupefacientes, de materiales nucleares y radioactivos, la inmigración clandestina, blanqueo de dinero y otras graves formas de la criminalidad.

Sus funciones fundamentales son 1) facilitar el intercambio de información entre los Estados miembros 2) recolectar y analizar información 3) trasladar la información de interés de los Estados miembros y otras actividades que tienen como centro el intercambio de información. Asimismo tiene funciones de capacitación.

La transmisión de información tiene lugar de manera simplificada y en directo, razón por la cual se han visto notablemente abreviados los procedimientos y reducidos los obstáculos jurídicos y burocráticos. No tiene autorización para arrestar sospechoso o realizar investigaciones criminales independientes, así en un caso de detención deben ser las Policías Nacionales las que actúen.

Consejo de Europa de Tampere, del 16 al 18 de Octubre de 1999 se planteó un nivel elevado de seguridad dentro del espacio de libertad, de seguridad y justicia dentro del marco de una lucha eficaz y global contra todas las formas de criminalidad, protegiendo la libertad de los operadores económicos y los derechos que están reconocidos por la ley. El Acuerdo demandó la elaboración de políticas de prevención y la adopción de nuevas disposiciones legislativas y la cooperación entre las organizaciones nacionales

en ese dominio. El Consejo asimismo demandó la creación de una estructura de coordinación entre los servicios policiales europeos ,con la cooperación de Europol para el intercambio de información sobre las tendencias de la criminalidad transfronteriza y la contribución a la organización de operaciones .Se planteó también la creación de una unidad (Eurojust) compuesta de procuradores ,magistrados y oficiales de policía .Eurojust tendrá como misión contribuir a una buena coordinación entre las autoridades encargadas en los procesos judiciales y tratar de simplificar la ejecución de comisiones rogatorias.

Asimismo se aprobó la creación de una academia de policía europea para la formación de los altos funcionarios de policía.

Se llegaron a acuerdos también para el enfrentamiento del tráfico de drogas y el blanqueo de capitales.

Recomendaciones del Consejo de Europa de 19 de Septiembre del 2001, principios directores para la lucha contra el crimen organizado. El documento tiene un capítulo ,el segundo, dedicado a la prevención general ,otro al sistema de justicia penal ,un cuarto dedicado a la cooperación internacional y un quinto dedicado a la investigación y formación de especialistas .

3. *Ámbito Americano*

El Continente Americano no tiene un instrumento legal propio contra el crimen organizado .En el seno de la OEA se han dado apoyo a las resoluciones y convenciones de Naciones Unidas y tiene sus propias convenciones contra la corrupción y el terrorismo, el narcotráfico y delitos conexos y el tráfico de armas.

Se impulsa la cooperación bilateral y multilateral, tomando en cuenta las características del crimen organizado, se impulsa la armonización de leyes, intercambio de información, diversificar la cooperación aduanera, programas multilaterales de capacitación e intercambio de personas,

La Comisión Interamericana para el Control de Abuso de Drogas (CICAD) fue instaurada por la Asamblea General de la OEA en 1986,tiene a su

cargo el desarrollo ,la coordinación y la ejecución del programa Interamericano de Acción de Río de Janeiro contra el Consumo ,la Producción ,el Trafico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas ,esta organización tiene como actividades principales la reducción de la demanda de drogas ilícitas, el fortalecimiento de las comisiones nacionales ,fortalecer la capacidad nacional y regional para combatir el tráfico de drogas y las organizaciones criminales implicadas.