



ANEXO DE LECTURAS
CURSO “CRIMEN ORGANIZADO”

UNIDAD I: LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA EN LA
LEGISLACION NACIONAL Y EN LOS DOCUMENTOS
INTERNACIONALES

- André Luis Callegari. Gaceta Penal y Procesal Penal. Crimen Organizado: concepto y posibilidad de tipificación delante del contexto de la expansión del derecho penal. Pág. 152-171.

GACETA

PENAL

& procesal penal

INFORMACIÓN ESPECIALIZADA PARA ABOGADOS Y JUEGES

TOMO **25**
JULIO
2011

DIRECTORES

Arsenio Oré Guardia
Luis Lamas Puccio
Luis A. Bramont-Arias Torres

Especial

**LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL
NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL**

El obrar por disposición de la ley

El concurso real de faltas: Comentarios al artículo 50-A del Código Penal

El tipo penal de desaparición forzada de personas como un acto aislado

Crimen organizado: Concepto y posibilidad de tipificación en el contexto de la expansión del Derecho Penal

El delito de omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas

El *ne bis in idem* en el derecho de autor. El caso Bryce Echenique

La víctima y su reparación en el proceso penal

La detención en caso de flagrante delito y el Derecho Penal

La prueba testimonial referencial o de oídas en el NCPP

El control judicial de los acuerdos de las partes en la etapa de juicio oral

CRIMEN ORGANIZADO: CONCEPTO Y POSIBILIDAD DE TIPIFICACIÓN DELANTE DEL CONTEXTO DE LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL

André Luís CALLEGARI^(*)

Criterio del autor

El presente artículo aborda las dificultades encontradas por el Derecho Penal brasileño para la calificación del crimen organizado. Para esto, en primer lugar, se analiza el panorama actual de la política criminal ante el proceso de expansión del Derecho Penal, específicamente en sus aspectos simbólicos y punitivista/eficientista, que, en simbiosis, resultan en un modelo de intervención penal que posee vínculos bastante estrechos con el Derecho Penal del enemigo. En un segundo momento, se analiza el tratamiento dispensado por el Derecho Penal contemporáneo al fenómeno de las organizaciones criminosas ante este contexto de expansión punitiva. Y en un tercer momento, se realizan consideraciones sobre el proyecto de ley n° 150/2006, que busca la calificación penal del crimen organizado en Brasil y dispone diversas medidas sobre la investigación y el procedimiento criminal de la referida modalidad delictiva.

SUMARIO:

I. El proceso de expansión del Derecho Penal. II. El crimen organizado delante del contexto de expansión del Derecho Penal. III. Conclusiones.

I. EL PROCESO DE EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL

1. El Derecho Penal simbólico como instrumento de comunicación delante de los "nuevos riesgos" de la sociedad contemporánea

La nueva sociedad, globalizada y moderna, propició la aparición de nuevos riesgos y sentimientos de inseguridad, los cuales son tributarios del desarrollo acelerado de las grandes ciudades, de la migración de personas, de los avances tecnológicos, de la ausencia de fronteras y de la versatilidad del flujo de capitales circulantes en el mundo, entre otros tantos factores. Estas transformaciones operadas en la realidad social contemporánea traen en su interior la preocupación cada vez más creciente con las nuevas formas de criminalidad, latente en la sociedad de riesgo⁽¹⁾ que se configura.

(*) Abogado. Doctor en Derecho Público y Filosofía Jurídica por la Universidad Autónoma de Madrid. Profesor visitante en la Cátedra Latinoamericana de Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia. Profesor adjunto (maestrazgo y doctorado) de la Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Coordinador Ejecutivo del Curso de Derecho de la Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Pesquisador del Ministerio de la Justicia en el Proyecto *Pensando o Direito*.

(1) Segundo BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Trad. Jorge Navarro,

En este c
mún" en
poráneo l
penal pau
to se mos
paz de ha
midas po
más, en l
reses difi
reclamar
trapartid
nombre c
te repres
rismo, de
drogas, e
nal pasat
mas que
contunde
más efica
tipos de
cial o ec
rrentes c
Admini

Para Dí
el debat
dad de :
taciones
las cual
ques. E
respecto
modern
gos", c

De
pe
de
lle
tu
(2) D
C
PI
(3) It
(4) U
p
(5) E

En este contexto, se transformó "censo común" en el discurso jurídico-penal contemporáneo la afirmación de que la intervención penal pautada en la teoría "clásica" del delito se mostraba obsoleta, y, por lo tanto, incapaz de hacer frente a las nuevas formas asumidas por la criminalidad, dado que cada vez más, en las sociedades modernas, surgen intereses difusos, muchos de ellos intangibles, a reclamar protección del Estado. Así, en contrapartida, se establecieron rápidamente, en nombre de la "seguridad", políticas claramente represivas vinculadas a los temas del terrorismo, del crimen organizado, del tráfico de drogas, etc., que hicieron que el Derecho Penal pasase a ser el blanco de frecuentes reformas que derivan del entendimiento de que su contundencia y capacidad socializadora son más eficientes en la prevención a los nuevos tipos delictivos que medidas de política social o económica, o todavía de medidas decurrentes de la intervención del Derecho Civil o Administrativo⁽²⁾.

Para Díez Ripollés⁽³⁾ es posible afirmar que el debate sobre el Derecho Penal en la sociedad de riesgo está basado en algunas constataciones referentes a la nueva realidad social, las cuales pueden ser sintetizadas en tres bloques. El primer bloque de constatación dice respecto a la generalización, en la sociedad moderna, de los ya referidos "nuevos riesgos", concernientes a las colectividades y que

podrían ser calificados como artificiales, por ser de decurrentes de las nuevas actividades humanas o, en concreto, consecuencias colaterales del uso de las nuevas tecnologías en los diversos ámbitos sociales. El segundo bloque se compone por la constatación de que es cada vez más difícil atribuir la responsabilidad por tales riesgos a personas individuales o colectivas⁽⁴⁾, es decir, no hay criterios de distribución de riesgos que satisfagan plenamente las exigencias de la imputación de responsabilidad. Finalmente, en el tercer bloque de constataciones, se encuentra el gran sentimiento de inseguridad que los dos bloques de constataciones anteriores generan en la población en general. Este sentimiento "no parece guardar exclusiva correspondencia con tales riesgos, sino que se ve potenciado por la intensa cobertura mediática de los sucesos peligrosos o lesivos, por las dificultades con que tropieza el ciudadano medio para comprender el acelerado cambio tecnológico y acompañar su vida cotidiana a él, y por la extendida percepción social de que la moderna sociedad tecnológica conlleva una notable transformación de las relaciones y valores sociales y una significativa reducción de la solidaridad colectiva"⁽⁵⁾.

En este contexto, se vuelve imposible afirmar que los conceptos de "riesgo" y de "expansión" pasan a ocupar el centro del proceso de "modernización" del Derecho Penal, expresando

Daniel Jiménez y María Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998, el concepto de la sociedad del riesgo designa un periodo de la modernidad donde empiezan a tomar cuerpo las amenazas producidas hasta entonces en el camino de la sociedad industrial, imponiéndose a la necesidad de considerar la cuestión de la autolimitación del desarrollo que desencadenó esa sociedad. La potencialización de los riesgos de la modernización caracteriza, así, la actual sociedad de riesgo, que está marcada por amenazas y debilidades que proyectan un futuro incierto.

- (2) DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. En: CALLEGARI, André Luís (org). *Política Criminal, Estado e Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 81-128.
- (3) *Ibidem*, p. 83-84.
- (4) Un ejemplo de tal dificultad es el debate ocurrido en Brasil sobre la (im)posibilidad de responsabilización de las personas jurídicas por la práctica de crímenes ambientales, después del advenimiento de la Ley N° 9.605/98.
- (5) DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, ob. cit., p. 84.

la idea de que la atención a la nueva realidad delictiva pasa por la ampliación de su campo de actuación. Por lo tanto, la política criminal que se presenta para dar respuesta a los nuevos "riesgos" sociales de la contemporaneidad es marcada por una notable ampliación del ámbito de la intervención penal y por la prominencia que es dada al Derecho Penal en detrimento de otros instrumentos de control social, aunque a costa de la implementación de un modelo de Derecho Penal meramente simbólico.

Meliá, atento al proceso de expansión del Derecho Penal contemporáneo, dice que, en la evolución actual de las legislaciones penales del mundo occidental, el fenómeno más destacado es el surgimiento de múltiples figuras nuevas, inclusive, a veces, la del surgimiento de sectores enteros de regulación, acompañada de una actividad de reforma de tipos penales ya existentes, realizada a un ritmo muy superior al de épocas anteriores⁽⁶⁾. En efecto, nunca se vio una abertura tan grande en los tipos penales, haciendo que el principio de la taxatividad fuera absolutamente olvidado.

En Brasil, un análisis más detenido de tales "reformas" del Derecho Penal revela que son tributarias, en gran parte, por la influencia cada vez mayor de los medios de comunicación masiva en la formación de la opinión pública referente al crimen y a la criminalidad, por medio

del proceso de "importación" de discursos represivos gestados para atender a otros tipos de realidad social, pero que encuentran alta receptividad en la población brasileña. De tal manera, se utilizan los medios de comunicación de masa como mecanismos de promoción de medidas de emergencia al elevar la función simbólica del sistema penal eminentemente represivo, más allá de fomentar creencias, culturas y valores como manera de sostener los intereses que representan.

Es decir, "se comercia con la criminalidad y su persecución como mercancía de la industria cultural. Consecuentemente, la imagen pública de esa mercancía es trazada de forma espectacular y omnipresente, superando incluso la frontera de lo empíricamente contrastable"⁽⁷⁾. Con esto, los medios de comunicación masiva promueven, en decurrencia de intereses meramente mercadológicos, un falseamiento de los datos de la realidad social, generando enorme alarde al vender el "crimen" como un producto rentable⁽⁸⁾, que redundando en el aumento del clamor popular por el recrudecimiento de la intervención punitiva y en la consecuente presión sobre los poderes públicos para que las reformas penales sean efectivamente llevadas a cabo⁽⁹⁾. Y los poderes públicos, a su vez, "conocedores de los significativos efectos socializadores y, sobre todo, sociopolíticos que la admisión de

- (6) MELIÁ, Manuel Cancio. "Direito Penal" do Inimigo? En: CALLEGARI, André Luis; GIACOMOLLI, Nereu José (org. e trad.). *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 56.
- (7) ALBRECHT, Peter-Alexis. El Derecho Penal en la intervención de la política populista. En: *La insostenible situación del Derecho Penal*. Granada: Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt. Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra, 2000, p. 480.
- (8) CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime: a caminho dos GULAGs em estilo ocidental*. Trad. Leiria Luis. Rio De Janeiro: Forensic, 1998, p. 1, alerta para el crecimiento de la industria del control del crimen, la cual, en su entender, ocupa una posición privilegiada, visto "que no hay falta de materia-prima: la oferta de crímenes parece ser inagotable. También no tiene límite la demanda por el servicio, así como la disposición de pagar por lo que se entiende como seguridad. Y no existen los problemas habituales de la contaminación industrial. Por el contrario, el papel atribuido a esta industria es limpiar, quitar los elementos indeseables del sistema social".
- (9) WACQUANT, Loïc. Sobre la "ventana rota" y algunos otros cuentos sobre seguridad venidos de América. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 46, p. 229-230, analizando el proceso de influencia de los medios de comunicación masiva en la formación de la opinión pública referente al crimen y

tales dem
proclives
las fomen

El proble
experien
nas del p
y la aplic
absolutan
democrát
estas exp
atendidas
ría de las
cializado
de núcle
loren las
toda deci

El Derec
un instru
ticamente
son apro
Derecho.
dar resp
mas de c
mente si
tados po
de la cre
la impre
cia de u
cial. Cor
tico del
instrume

- a la
en E
tinat
lanb
de
ño r
tran
plet
la d
la e.
hac
(10) DÍE
juri
(11) DÍE
(12) Ibí

tales demandas conlleva, no solo se muestran proclives a atenderlas sino que con frecuencia las fomentan⁽¹⁰⁾.

El problema no reside en el hecho de que la experiencia y las percepciones cotidianas del pueblo condicionen la creación y la aplicación del Derecho, lo que es absolutamente legítimo en un ambiente democrático, pero sí en el hecho de que estas experiencias y percepciones son atendidas por el legislador, en la mayoría de las veces, sin intermediarios especializados, es decir, "sin la interposición de núcleos expertos de reflexión que valoren las complejas consecuencias que toda decisión penal conlleva"⁽¹¹⁾.

El Derecho Penal se ve, así, transformado en un instrumento que pasa a ser utilizado políticamente para la búsqueda de fines que no le son apropiados en un Estado Democrático de Derecho. Cuando manejado en el sentido de dar respuestas "eficientes" a las nuevas formas de criminalidad, asume un carácter meramente simbólico, dado que proporciona resultados político-electorales inmediatos a partir de la creación, en el imaginario popular, de la impresión tranquilizadora de la existencia de un legislador atento a la realidad social. Como resalta Albrecht⁽¹²⁾, "el uso político del Derecho Penal se presenta como un instrumento de comunicación. El Derecho

Penal permite trasladar los problemas y conflictos sociales a un tipo de análisis específico. Ese empleo político del Derecho Penal no requiere necesariamente la sanción o la separación simbólica como medio instrumental de

“La utilización del Derecho Penal simbólico representa la alternativa más barata a la hora de articular soluciones para problemas sociales, puesto que las medidas y programas sociales son siempre costosas desde el punto de vista financiero.”

disciplina; ni siquiera la ampliación o el endurecimiento efectivo de la ley están unidos forzosamente a la utilización del Derecho Penal como medio de comunicación política. La lógica de la utilización política se apoya en la función analítica y categorial característica del discurso penal, puesto que el cumplimiento de esta función no requiere más que la demostración ejemplar de la actividad de la praxis legislativa y de la justicia penal”.

La utilización política del Derecho Penal simbólico se debe al hecho de que, con ella, el legislador adquiere una "buena imagen" delante de la sociedad, a medida que, a partir de decisiones político-criminales irracionales, atiende a las demandas sociales, obteniendo,

a la criminalidad en Francia, hace algunas consideraciones que son bastante apropiadas para el mismo fenómeno en Brasil: "el periódico de las 20 horas se transmutó en crónica de los noticieros judiciales, que parecen repentinamente hormiguear y amenazar en toda la parte; allá, un profesor pedófilo; aquí, un niño asesinado; más adelante, un autobús depredado. Los programas especiales se multiplican en los horarios nobles, como esta edición de 'Ça peut vous arriver', que, bajo el título de las 'violencias escolares', desafía la trágica historia de un pequeño muchacho que se suicidó después de un chantaje, picardías de patio de escuela primaria, caso totalmente aberrante pero fácilmente erigido a paradigma para las necesidades de la audiencia. Las revistas semanales están repletas de reportajes que revelan 'las verdaderas cifras', las 'noticias secretas' y otros 'relatorios exclusivos' sobre la espantosa cartografía de los 'barrios prohibidos' y de desgranar los 'consejos prácticos' imprescindibles para hacer frente a los peligros decretados, omnipresentes y multiformes".

(10) Díez RIPOLLÉS, José Luis. *El Derecho Penal simbólico y los efectos de la pena*. Disponible en: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/103/art/art3.pdf>>. Consultado el 23 abr. 2008.

(11) Díez RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: B de F, 2007, p. 80.

(12) *Ibidem*, p. 479.

así, reflejadamente, una gran cantidad de votos. No obstante, la utilización del Derecho Penal simbólico representa la alternativa más “barata” a la hora de articular soluciones para problemas sociales, puesto que las medidas y programas sociales son siempre costosos desde el punto de vista financiero⁽¹³⁾.

Así, afirmar que el Derecho Penal es simbólico, no significa afirmar que él no produzca efectos y que no cumpla funciones reales, pero sí que las funciones latentes predominan sobre las declaradas no obstante la confirmación simbólica (y no empírica) de estas. La función simbólica es así inseparable de la instrumental a la cual sirve de complemento y su eficacia reside en la aptitud para producir un cierto número de representaciones individuales o colectivas, valorizantes o desvalorizantes, con función de “engaño”⁽¹⁴⁾.

De esta manera, al hablar de Derecho Penal simbólico se está hablando precisamente de una oposición entre el “manifiesto” (declarado) y el “latente”; entre lo verdaderamente deseado y lo diversamente sucedido; y se trata siempre de los efectos y consecuencias reales del Derecho Penal. Simbólico en el sentido crítico es por lo tanto un Derecho Penal en el cual se puede esperar que realice a través de la norma y su aplicación otras funciones instrumentales diversas de las declaradas, asociándose en este sentido con engaño⁽¹⁵⁾.

Del cotejo entre el actual panorama legislativo infra-constitucional brasileño y la caracterización de las funciones meramente simbólicas asumidas por el Derecho Penal, se vuelve

posible afirmar que, en Brasil, se asiste, en lo que se refiere a la legislación producida para responder a la “nueva” criminalidad insita a la sociedad de riesgo, al proceso de consolidación de una legislación conveniente tan solamente a los intereses políticos de corto plazo, en la cual “los símbolos jurídicos poseen (...) una función *manipulativa*. Crean deslumbramiento, tranquilidad e ilusiones. Estos representan una ficticia realidad y estructuran una falsa conciencia forjadora igualmente de autoengaño”⁽¹⁶⁾.

Con esto, no se cuestiona la *efectividad* de la norma, una vez que se busca demostrar que su mera existencia en el ordenamiento jurídico basta para la solución de un determinado problema social, ocultando así, la incapacidad del Estado en este sentido. Afirma Pérez Cepeda⁽¹⁷⁾ que “frente a los riesgos globales al Derecho Penal se le está asignando tareas que no puede cumplir, pervirtiendo su función y engañando a la opinión pública, al ofrecer unas perspectivas de solución a los problemas que luego no se corresponden con la realidad. A esta ineficacia se une generalmente la existencia de un déficit de aplicación por los tribunales, ya que cuando esos tipos penales se aplican en sentencias ejemplificantes, que contrastan abiertamente con la realidad, puesto que se persiguen y castigan casos que tienen una escasa incidencia lesiva, pero permanecen inermes respecto a los casos más graves para los cuales estaba previsto. La aplicación no efectiva de la ley, como afirma Carbonell, conlleva una nueva y mayor deslegitimación del sistema penal y un

‘contra-efecto que las expectativas quedaron quedadas’

Además, la utilidad del sentido de la ley y/o educación y/o derecho Penal (crisis o de dificultad) la extensión (todo por la tutela Penal —un insuccesso social— una norma) una lógica autoritaria sin olvidar que en estos fines (eficacia y taxatividad) y peligro para la

Delante de ello de Derecho Penal que confiere (mostró una histeria) y propuestas previamente (norma) y la convenciones penales a el momento

2. La retortiva punitiva conceptual de la ley

También por el Derecho Penal

(13) PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madrid: Iustel, 2007.

(14) ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 293.

(15) Ídem.

(16) PAUL, Wolf. Megacriminalidad ecológica y derecho ambiental simbólico. En *Pena y Estado: la función simbólica del Derecho Penal*. Barcelona: PPU, 1991, p. 122.

(17) Ídem.

(18) *Ibidem*, p.

(19) En este sentido Gedisa, 2007. Perplejidad: biecido. I ta hace p la “racional çã oficial te antimc

(20) DÍEZ R.

(21) CANCELLA

(22) *Ibidem*,

'contra-efecto simbólico (negativo)', puesto que las expectativas de seguridad que se suscitaron quedan frustradas".

Además, la utilización del Derecho Penal en el sentido de infundir confianza en la sociedad y/o educarla —o sea, la utilización del Derecho Penal con fines meramente publicitarios o de difusión de mensajes— redundaría en la extensión del ámbito que debe ser cubierto por la tutela penal. Y confiar al Derecho Penal —un instrumento coercitivo de control social— una misión pedagógica hace parte de una lógica autoritaria y antidemocrática. Esto sin olvidar que las normas penales inspiradas en estos fines tienden a perder su concretividad y taxatividad, lo que representa un grave peligro para la libertad del ciudadano⁽¹⁸⁾.

Delante de este contexto, este nuevo modelo de Derecho Penal, es decir, Derecho Penal que confiere mayor seguridad a la sociedad⁽¹⁹⁾, mostró una habilidad para integrar sus análisis y propuestas de intervención en un debate previamente existente sobre la política criminal y la conveniencia de extender las intervenciones penales a los ámbitos sociales hasta el momento fuera del rayo de su acción⁽²⁰⁾.

2. La retomada del punitivismo/eficientismo penal: las equiparaciones conceptuales equivocadas bajo la influencia del discurso de la "ley y orden"

También permea el proceso de expansión del Derecho Penal, a la par del simbolismo, la

retomada del *punitivismo/eficientismo*, lo que se verifica a partir de la introducción de nuevas normas penales a los sistemas jurídicos en la intención de promover, efectivamente, su aplicación con toda firmeza, bien a partir del endurecimiento de las penas conminadas a las normas ya existentes para la persecución de la criminalidad "tradicional". La tendencia del legislador, aquí, bajo la influencia del discurso de la "ley y orden", es reaccionar con "firmeza" en el marco de la "lucha" contra la criminalidad, llegándose, en algunos casos, a medidas represivas tan drásticas que se configuran en mecanismos de inocuización del delincuente⁽²¹⁾.

Como observa Díez Ripollés⁽²²⁾, se pasa a afirmar que "la criminalidad de los socialmente excluidos constituye la *dimensión no tecnológica de la sociedad de riesgo*, de forma que, por ejemplo, la anticipación de la tutela penal se justifica tanto por la necesidad de reaccionar con estructuras de peligro a las nuevas formas de criminalidad como por la urgencia de actuar contra la desintegración social y la delincuencia callejera que originan los marginales sociales".

Y continúa resaltando que "el auge de los mecanismos de inocuización selectiva, directamente encaminados a sacar de la vida social y recluir por largos periodos de tiempo a los delincuentes habituales de la criminalidad clásica, es considerado igualmente como una eficiente variante más de la *gestión*

(18) *Ibidem*, pp. 335-336.

(19) En este sentido, GARLAND, David. *La cultura del control*. Traducción de Máximo Sozzo. Barcelona: Editorial Gedisa, 2005, p. 34, señalan que los últimos progresos en materia de control del delito y justicia penal producen perplejidad porque parecen comprender una repentina y sorprendente reversión del estándar histórico preestablecido. Presentan una discontinuidad marcada que debe ser explicada. Los procesos de modernización que hasta hace poco tiempo parecían bien consolidados en este ámbito, principalmente las tendencias de largo plazo a la "racionalización" y a la "civilización", ahora parecen comenzar a sufrir un revés. La reaparición en la política oficial de sentimientos punitivos y gestos expresivos que parecen extraordinariamente arcaicos y francamente antimodernos tiende a confundir las teorías actuales sobre el castigo y su desarrollo histórico.

(20) DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *ob. cit.*, p. 244.

(21) CANCIO MELIÁ, Manuel. *Ob. cit.*

(22) *Ibidem*, p. 92.

administrativa de riesgos, inevitable en las complejas sociedades actuales dada su alta sensibilidad al riesgo, y que sirve de técnicas probabilísticas similares a las de los seguros, en este caso para concentrar la persecución penal sobre ciertos tipos de delincuentes⁽²³⁾.

Se desarrollan y se legitiman, así, campañas político-normativas de Ley y Orden, recurrentes en los Estados Unidos desde la década del 80, que se fundamentan en la hipersensibilidad de alarmas sociales específicas. La política criminal se "rearma": el Derecho Penal y las penas se expanden. El Derecho Procesal Penal va paulatinamente adaptándose a las elevadas exigencias que resultan de esto. La ejecución de la pena favorece cada día más la mera custodia y la "custodia de seguridad", que casi había sido olvidada, que experimenta ahora un inesperado renacimiento. Represión y punitivismo son los nombres de las ideas directrices de la nueva política criminal⁽²⁴⁾.

El sentimiento general de inseguridad característico de las sociedades contemporáneas hace que el "miedo" de tornarse víctima de un delito "tradicional" —crímenes contra la vida, la integridad física, el patrimonio, etc.— aumente considerablemente. Esto, según Díez Ripollés⁽²⁵⁾, puede ser atribuido a dos factores: "por una parte, la extendida sensación en la sociedad de que las cosas van cada vez peor en temas de prevención de la delincuencia, sensación que se proyecta en una escasa confianza en la capacidad de los poderes públicos para afrontar el problema. Por otra parte, ha desaparecido la actitud de comprensión hacia la criminalidad tradicional, en especial hacia la pequeña delincuencia, actitud

muy difundida en los años setenta y ochenta, que se fundaba en una comprensión del delincuente como un ser socialmente desfavorecido y marginado al que la sociedad estaba obligada a prestar ayuda; ahora los delincuentes son vistos, sin que procedan distinciones según la gravedad o frecuencia de su comportamiento delictivo, como seres que persiguen sin escrúpulos y en pleno uso de su libre arbitrio intereses egoístas e inmorales, a costa de los legítimos intereses de los demás. Se han puesto de moda calificaciones como las de 'predador sexual', 'criminal incorregible', 'asesino en serie', 'jóvenes desalmados', que reflejan acertadamente el nuevo estatus social, deshumanizado, del delincuente".

En este rumbo se destaca la política criminal neoliberal que, según un modelo ultraconservador de control social, elabora un discurso de "combate a la delincuencia" que torna menos humanos a los delincuentes⁽²⁶⁾. Y el proceso de deshumanización de los delincuentes les vuelve incapaces de recuperación, pues son inadaptados e imprestables para un modelo socioeconómico de alta competitividad, donde no hay lugar para los excluidos, inadaptados, "perdedores", "incapaces"⁽²⁷⁾.

Este proceso de deshumanización del delincuente transcurre del sentimiento general de inseguridad, que nace a partir de la divulgación de los "nuevos riesgos" de la sociedad contemporánea y que, a partir de equiparaciones conceptuales, acaban por atañer también los "viejos" riesgos representados por la criminalidad "tradicional". Todo esto conduce a una revalorización del componente aflictivo de la pena, oportunizando "una serie de

modificaciones: penas y su eje inspira simples gravosas para las de la com da claro a prisión conmi nes, del endur cionario, del es más estrictas de la creación ciado del curr

Es decir, a p cientista la p pando los esp las otras polít cial. Hay una ciplinares inc ticas de exch únicamente e

Así, se torna Penal punitiv pecie de func de los conflic diación polít un derecho p contra-insurg penal interv sociales en t tante de los lización y el crisis polític Esto significo tran canales

(23) *Ibidem*, p. 93.

(24) PRITTWITZ, Cornelius. *La desigual competencia entre seguridad y libertad. Política Criminal, Estado e Democracia*. Río de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 41.

(25) Díez RIPOLLÉS. *La política criminal...*, p. 75.

(26) DORNELLES, João Ricardo W. *Conflito e segurança: entre pombos e falcões*. 2. ed. Río de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 35.

(27) *Ibidem*, ob. cit., p. 36.

(28) Díez R

(29) DORNE

(30) *Ibidem*,

(31) *Ibidem*,

(32) Lo que MOTT/ control men Jui fundad: lla o ba

modificaciones sustanciales en el sistema de penas y su ejecución que, en buena parte, se inspira simplemente en el deseo de hacer más gravosas para el delincuente las consecuencias de la comisión de un delito⁽²⁸⁾. Esto queda claro a partir del aumento del tiempo de prisión conminado para determinados crímenes, del endurecimiento del régimen penitenciario, del establecimiento de condiciones más estrictas para la progresión del régimen, de la creación del régimen disciplinar diferenciado del cumplimiento de la pena, etc.

Es decir, a partir del modelo punitivista/eficientista la política criminal es inflada, ocupando los espacios normalmente destinados a las otras políticas disciplinarias de control social. Hay una sustitución de las políticas disciplinarias inclusivas e integradoras por prácticas de exclusión y segregación basadas casi únicamente en las medidas penales⁽²⁹⁾.

Así, se torna posible afirmar que el Derecho Penal punitivista/eficientista constituye una especie de fundamentalismo penal criminalizado de los conflictos sociales, que sustituye la mediación política en las relaciones sociales por un derecho penal de emergencia, con carácter contra-insurgente⁽³⁰⁾. Es decir, el eficientismo penal interviene criminalizando los conflictos sociales en un escenario de crisis social resultante de los problemas surgidos con la globalización y el modelo neoliberal, más allá de la crisis política de los sistemas representativos. Esto significa que los conflictos no encuentran canales institucionales que los absorban, y

su potencialidad aumenta con el agravante de los problemas sociales decurrentes del modelo de desarrollo adoptado. Los conflictos, por lo tanto, no encuentran espacio de mediación en un sistema político en crisis de representación. Y es justamente en este contexto de crisis que los principios constitucionales de garantía de los derechos fundamentales son sustituidos por el discurso de "ley y orden", donde la falta de mediación político-institucional da lugar al Derecho Penal de emergencia en el tratamiento de los conflictos sociales. El sistema penal se propaga y ocupa los espacios de control social no penal⁽³¹⁾.

El punitivismo/eficientismo penal, así, transforma cuestiones sociales en "cuestiones de policía" y, en nombre de la celeridad de la respuesta a los conflictos sociales, se pasa a renunciar a las garantías legales procesales ínsitas al Derecho Penal liberal y presentes en la mayoría de las Constituciones modernas y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, siendo un claro ejemplo de esto, en el ordenamiento penal infra-constitucional brasileño, la Ley N° 10.792/2003, que modificó la Ley de la Ejecución Penal (Ley N° 7.210/1984) instituyendo el Régimen Disciplinar Diferenciado en la ejecución de la pena de prisión, permitiendo el aislamiento del preso provisorio o del condenado por hasta un año, buscando, así, alcanzar los integrantes de organizaciones criminales y previendo, en la práctica, una modalidad de pena cruel con fines especialmente inocuidadores⁽³²⁾.

(28) DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal...*, p. 85.

(29) DORNELLES, João Ricardo W., ob. cit., p. 42.

(30) *Ibidem*, p. 46.

(31) *Ibidem*, pp. 47-48.

(32) Lo que llama la atención en el caso del Régimen Disciplinar Diferenciado, según CALLEGARI, André Luis; MOTTA, Cristina Reindolff. Estado e política criminal: a expansão do Direito Penal como forma simbólica de controle social. En: CALLEGARI, André Luis (org). *Política Criminal, Estado e Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 9, "es que el referido régimen se aplica al preso provisorio o al condenado bajo quien recaigan fundadas sospechas de involucramiento o participación, a cualquier título, en organizaciones criminales, cuadrilla o bando". Ocurre, sin embargo, que, conforme resaltan los referidos autores, no hay previsión legal de lo que

3. La simbiosis entre simbolismo y punitivismo/eficientismo criminal: ¿Derecho Penal del enemigo?

No obstante se traten el simbolismo y el punitivismo/eficientismo de fenómenos diversos, debe quedar claro que tanto uno cuanto el otro constituyen acercamientos fenotípicos parciales de una evolución que mezcla ambos aspectos, que no aparecen de manera clínicamente "limpia" en la realidad legislativa. Con efecto, la promulgación de una ley "punitivista" genera

“ La promulgación de una ley punitivista genera impacto en las estadísticas criminales y, paralelamente, su mera promulgación genera efectos simbólicos sobre la población en general. ”

impacto inmediato en las estadísticas criminales y, paralelamente, su mera promulgación genera efectos "simbólicos" sobre la población en general. De la misma forma, una ley que nace para cumplir con un papel meramente simbólico puede efectivamente venir a desencadenar un proceso penal "real"⁽¹³⁾.

Así, al contrario de lo que parece a partir de un análisis superficial, el Derecho Penal simbólico y el punitivista/eficientista no se excluyen mutuamente. Ellos se integran, una vez que el Derecho Penal simbólico no solo identifica un determinado "hecho", pero también (o: sobre todo) un tipo específico de autor,

que es definido no como igual, pero sí como otro. Es decir, la existencia de la norma penal —dejando de lado las estrategias técnico-mercantilistas, a corto plazo, de los agentes políticos— persigue la construcción de una determinada imagen de la identidad social, por medio de la definición de autores como "otros", no integrados en esta identidad, mediante la exclusión de "otro". Y parece claro, por otra parte, que para eso también son necesarios los rasgos vigorosos de un punitivismo exacerbado, en escala, especialmente, cuando la conducta en cuestión ya está penalizada⁽¹⁴⁾.

Y es justamente de esa simbiosis entre el simbolismo y el punitivismo/eficientismo penal que surge el modelo de política de prevención criminal que ha ocupado lugar de destaque en el discurso jurídico-penal brasileño contemporáneo, a encaminarse para la implementación de un modelo de Derecho Penal máximo que puede ser fácilmente identificado con las tesis del Derecho Penal del Enemigo defendido por Günther Jakobs.

En efecto, el proceso de expansión del Derecho Penal, tanto por la vía del simbolismo cuanto por la del punitivismo/eficientismo, representa un aumento del poder del Estado, paralelamente a la reducción de las libertades civiles, volviéndose, muchas veces, difícil de distinguir el Derecho Penal de la guerra civil y de la propia guerra en sí⁽¹⁵⁾.

Y la metáfora de la "guerra contra la criminalidad" es justamente el punto de partida de la construcción teórica del Derecho Penal del Enemigo, categoría creada por el penalista

sea una organización criminal, es decir, aunque exista el *nomen juris* de la figura típica no existe la definición de la conducta incriminada, por lo tanto, es inaceptable su aplicación. Ver, en este sentido, la discusión que se hará en seguida referente al Proyecto de Ley n. 150/2006.

(13) CANCIO MELIÁ, Manuel, Ob. cit.

(14) *Ibidem*, p. 65.

(15) PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. En: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, Nº 47, 2004, pp. 31-45.

alemán Günther Jakobs al Derecho Penal del Enemigo debe partir el elemento de la conducta de riesgo, ser distinguido de los demás ciudadanos de la guerra "paralelo", donde las normas del orden

En este contexto merece destacar la criminalidad creciente respecto a este tipo de violencia usadas en la ciudad que se refieren a la prevención y represión de los cuales serán a

II. EL CRIMEN DEL ENEMIGO DEL DELINCUENTE

1. El (re)sumo para

El crimen organizado es un grupo de personas que se dedican a actividades ilícitas, figura que se ha globalizado como una de las más preocupantes. Insertadas en las organizaciones

(36) DORNELL

(37) PÉREZ CE

(38) *Ibidem*, p. 5

(39) CHOCLÁN GUSMÁN, 2000. La criminalización a su vez de las prácticas Gusi

alemán Günther Jakobs para, en contraposición al Derecho Penal del Ciudadano, designar las concepciones del autor de las cuales debe partir el Derecho Penal en el enfrentamiento de la criminalidad contemporánea, delante de la comprensión de que, en la sociedad de riesgo, existen individuos que deben ser distinguidos como enemigos en relación a los demás ciudadanos. Es decir, la "metáfora de la guerra" instituye un sistema penal "paralelo", donde la justicia criminal y las fuerzas del orden asumen una forma bélica⁽³⁶⁾.

En este contexto, uno de los fenómenos que merece destaque es el debate referente a la criminalidad organizada, en decurrencia de la creciente preocupación de la sociedad con respecto a este tipo de delincuencia, sobre todo por la violencia y por los sofisticados medios usados en la comisión de diversos delitos, hecho que se reflejó en nuevas medidas de prevención y represión para estos crímenes, las cuales serán analizadas a continuación.

II. EL CRIMEN ORGANIZADO DELANTE DEL CONTEXTO DE EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL

1. El (re)surgimiento del crimen organizado para el Derecho Penal

El crimen organizado, antes relacionado a pequeños grupos practicantes de acciones delictivas, figura hoy como consecuencia de la globalización y de los avances tecnológicos, como una de las formas de criminalidad más preocupantes en la sociedad contemporánea. Insertadas en nuestra sociedad globalizada, las organizaciones criminales transformaron

un mercado de ingresos ilegales organizados de forma artesanal en un mercado ilícito empresarial gerenciado internacionalmente. Los avances tecnológicos en los sistemas de comunicación, de transmisión de información y de transporte fueron fundamentales para determinadas actividades del crimen organizado. De hecho, con los medios, las estructuras y *know how* implicados, las organizaciones criminales transnacionales obtienen beneficios sin precedentes, sea por el número elevado de clientes, sea por los escasos costos económicos y penales con respecto a aquellas actividades tradicionales⁽³⁷⁾.

Ocurre que, en decurrencia de las equiparaciones conceptuales equivocadas de que trata Díez Ripollés —arriba analizadas— la delincuencia organizada dejó de ser tan solamente el arquetipo de las grandes y complejas organizaciones criminales, con capacidad para afectar solamente la estructura socioeconómica e institucional de nuestras sociedades, para pasar a ser objeto de atención preferente de las manifestaciones asociativas ligadas a la delincuencia tradicional, como grupos de asaltantes o secuestradores, estructuras de tráfico ilícito de mediana importancia, redes de pornografía infantil y las organizaciones terroristas⁽³⁸⁾.

Por otra parte, efectivamente, la expansión internacional de la actividad económica y la apertura o globalización de los mercados son acompañados de la correlativa expansión o globalización de la criminalidad, que frecuentemente presenta un carácter transnacional, pudiéndose afirmar que el crimen organizado es el de la globalización⁽³⁹⁾.

(36) DORNELLES, João Ricardo W., ob. cit., p. 47.

(37) PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, ob. cit., p. 94.

(38) *Ibidem*, p. 95.

(39) CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *La organización criminal. Tratamiento penal y procesal*. Madrid: Dykinson, 2000, p. 1; IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel. Criminalidad organizada y delincuencia económica. Aproximación a su incidencia global". En: *Criminalidad Organizada y Delincuencia Económica*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., 2002, p. 15.

Meliá señala que los delitos relacionados a las *asociaciones ilícitas* —y, dentro de estas, de manera específica las infracciones de pertenecer a una organización terrorista— están hoy en un momento de franca expansión, al menos en toda Europa. Esta evolución tiene lugar en un marco general donde una legislación puramente simbólica e impulsos punitivos se potencializan mutuamente cada vez con mayor intensidad, desembocando en una expansión cuantitativa y cualitativa del Derecho Penal⁽⁴⁰⁾.

A pesar de estas consideraciones, es posible verificar que no solo hubo un cambio en la comisión de los delitos antes practicados, sino también un incremento cualitativo en la forma de la comisión de otros delitos. Esto significa el pasaje de una fase de comisión de delitos denominados clásicos para otra de delitos más complejos o no tradicionales (delitos económicos, ambientales, etc.). Es evidente que la comisión de los delitos clásicos como homicidio, lesiones, hurto, estelionato, etc. persiste, sin embargo, además de eso, hubo un aumento significativo en la comisión de otros delitos antes no incriminados o sin la debida significación en la esfera penal.

Además, la forma de incriminación de las conductas sufrió alteraciones importantes, introduciéndose cada vez más tipos penales abiertos, de peligro o normas penales en blanco, hecho que siempre fue combatido por causar inseguridad jurídica. Como refiere Cancio Meliá⁽⁴¹⁾, la doctrina que ve lo *injusto* del delito de la organización criminal en la anticipación de los futuros delitos cuya comisión por parte de la referida organización se teme, justificando, así, una intervención punitiva en el periodo anterior la efectiva lesión de los bienes jurídicos,

o sea, en estado de preparación, no se justifica, pues no hay cómo explicar una incriminación específica de la organización criminal desvinculada de la comisión ulterior de lesiones concretas. Para el autor, bastaría, por lo tanto, recurrir a una circunstancia de agravamiento de la pena para la comisión en grupo de diversas infracciones concretamente lesivas de bienes jurídicos individuales. En efecto, “la lógica de la prevención fáctica es la de la policía, no la del Derecho Penal, y no conoce límites internos ante la consecución del objetivo del combate eficiente contra las fuentes de peligro”⁽⁴²⁾.

Aunque tuviéramos una legislación ya direccionada para represión de delitos practicados por organizaciones criminales, solamente en la década del noventa es que los procesos criminales y nuevas normas penales orientadas a la represión de este tipo de delito empiezan a aparecer. La propia Justicia Federal, por fuerza constitucional competente para el proceso y juicio de la mayoría de los delitos que envuelven este tipo de crimen, tiene un papel importante en su reestructuración y organización para juzgar estos delitos, fenómeno que se verifica también en la década del noventa con la creación de jurisdicciones especializadas y una nueva estructura en la esfera federal.

Sin embargo, a pesar de que se tenga una organización de la esfera de combate y prevención al crimen organizado, actualmente uno de los principales focos de inseguridad en la sociedad tiene origen en este tipo de crimen. Al analizarse la evolución de las leyes y las tendencias político-criminales en este campo, cuesta discernir si estas responden a las nuevas necesidades objetivas de protección o si son fruto de una demanda social exagerada e irracional de

punición, y se ve presionado a enfrentar el desafío. En este sentido, se defiende la acción criminal que lo mira como un bien jurídico público, y no una rida posición social, describiendo el fenómeno social, dando, a la implementación. P. —y su contención— no es público; como es un determinante de la ordenación de la detección y protección empírica, arbitrarie

Así, ante mente en zación y con la nización la, pero s procesal

(40) CANCIO MELIÁ, Manuel. El injusto de los delitos de organización: peligro y significado. En: CALLEGARI, André Luis (Org.). *Crime organizado: tipicidade, política criminal, investigação e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pp. 25-62.

(41) *Ibidem*, pp. 42-43.

(42) *Ibidem*, p. 43.

(43) SILVA, Nur

(44) *Ibidem*

(45) *Ibidem*

(46) Ver

Tra

pp.

tam.

200

go.

punición, generada por un poder político que se ve presionado para manejar empíricamente el desafío de nuevas formas de criminalidad⁽⁴³⁾. En este sentido, resalta Meliá⁽⁴⁴⁾ la doctrina que defiende lo injusto del delito de organización criminal a partir de la comprensión de que lo mismo sería un ataque directo contra un bien jurídico autónomo, que es, la seguridad pública y el orden estatal, criticando referida posición justamente por el hecho de que las descripciones utilizadas (paz pública, orden social, etc.) son muy indeterminadas, pudiendo, a pesar de esto, abrir las cancelas para la implementación de una criminalización ilimitada. Para el autor⁽⁴⁵⁾, "las normas jurídicas —y su concreta reconstrucción jurídico-dogmática— no reaccionan frente a los humores del público; la norma jurídico-penal no depende, como es evidente, del 'ambiente' social en un determinado momento. Si se recurre a la sensación social de inseguridad para definir la paz, el orden o la seguridad públicos, el problema de la determinación conceptual del objeto de protección tan solo queda desplazado hacia lo empírico, y, con ello, en este caso, librado a la arbitrariedad".

Así, ante la criminalidad organizada, actualmente en franco desarrollo debido a la globalización y a los avances tecnológicos, se depara con la necesidad de definir este tipo de organización criminal para saber cómo enfrentarla, pero sin descuidar de las garantías penales y procesales penales hasta entonces conquistadas.

2. Dificultades de conceptualización del crimen organizado

Delante de la realidad anteriormente citada, la respuesta de los legisladores a la inseguridad generada por las organizaciones criminales no se limitó al tradicional incremento de penas, pero está suponiendo una transformación importante en el Derecho Penal, en la línea de consolidar el establecimiento de un "Derecho Penal del enemigo", lo cual es dotado de características especiales, entre las cuales se destaca: a) aumento de la criminalización a partir de la proliferación de bienes jurídicos de naturaleza colectiva, intangibles o abstractos; b) criminalización de actos de mera conducta, que prescinden de la efectiva lesión a los bienes jurídicos tutelados; c) anticipación de la intervención penal al periodo previo a la efectiva lesión del bien jurídico, generalizándose la punición de actos preparatorios, como, por ejemplo, la asociación criminal; d) ampliación de la discrecionalidad de las autoridades policiales; e) aumento indiscriminado del límite de tiempo de la pena de prisión; f) alteraciones en las reglas de imputación y en el sistema de garantías penales y procesales, a partir de la proliferación de tipos penales poco precisos y de leyes penales en blanco, así como la introducción de la idea de efectividad como principio guía del proceso penal, aunque a costa de la flexibilización, sino de la supresión, de las garantías de los acusados⁽⁴⁶⁾.

(43) SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María; FELIP I SABORIT, David; ROBLES PLANAS, Ricardo; PASTOR MUÑOZ, Nuria. La ideología de la seguridad en la legislación penal española presente y futura. *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*. Barcelona: Atelier, 2003, p. 128.

(44) *Ibidem*, pp. 37-39.

(45) *Ibidem*, p. 45.

(46) Ver sobre el tema, JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do Inimigo. Noções Críticas*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomelli. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. pp. 25-30; CALLEGARI, André Luís, REINDOLFF DA MOTTA, Cristina. *Estado e Política Criminal: a contaminação do Direito Penal ordinário pelo Direito Penal do Inimigo ou a terceira velocidade do Direito Penal*. 2007, p. 24. (no prelo); DONINI, Massimo. El Derecho Penal Frente al "Enemigo". *Derecho Penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusión*. V. I. Buenos Aires: B de F, 2006, pp. 605/606.

Así, en el Derecho Penal sustantivo, una de las manifestaciones más características de este combate es la tipificación de las conductas de "pertenecer o colaborar con una organización delictiva" como delito independiente de los hechos punibles que tenga como finalidad la organización⁽⁴⁷⁾. En este sentido, basta confrontar las principales iniciativas internacionales en esta materia para detectar también que el hecho básico en la lucha contra el crimen organizado (incluida la cooperación judicial y policial) es la armonización de las distintas legislaciones a partir de la tipificación autónoma de la asociación criminal⁽⁴⁸⁾.

Los problemas de esta tendencia de la nueva política criminal recaen en dos aspectos en el momento de la configuración de los tipos penales. En primer lugar, delante de las dificultades para llegar a ser concreto legislativamente el concepto de "organización criminal"⁽⁴⁹⁾, se opta por definiciones abiertas⁽⁵⁰⁾, con rasgos semejantes al del crimen habitual o de la formación de cuadrilla. En segundo lugar, mediante estas figuras delictivas, está imponiéndose en la doctrina y en la legislación

un modelo de transferencia de la responsabilidad de un colectivo a cada uno de los miembros de la organización, que se aparta de los criterios dogmáticos de imputación individual de responsabilidad que son válidos normalmente para el Derecho Penal⁽⁵¹⁾.

El primer problema señalado consiste en el hecho de que delante de las dificultades para caracterizar, aunque criminológicamente, un fenómeno tan complejo en las propuestas de incriminación autónoma de las organizaciones delictivas se optó por una definición típica paupérrima de las mismas⁽⁵²⁾. Así, generalmente, para la existencia de una organización criminal bastaría el acuerdo estable de unos pocos individuos (dos o tres personas) para cometer delitos graves, de manera que la tenue línea divisoria entre la criminalidad organizada y la criminalidad en grupo o la profesional queda prácticamente eliminada. En efecto, a partir de tales formulaciones el arquetipo de organización se aproxima de las manifestaciones asociativas de la pequeña delincuencia habitual o profesional, cuando el modelo que legitimaría una intervención de este calibre es el de

47) En el Código Penal brasileño hay la tipificación independiente del delito de formación de cuadrilla o bando, previsto en el art. 288 del CP.

48) SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María; FELIP I SABORIT, David; ROBLES PLANAS, Ricardo; PASTOR MUÑOZ, Nuria, ob. cit., p. 130.

49) En Brasil no hay previsión legal de lo que sea una organización criminal, es decir, aunque exista el *nomem juris* de la figura típica no existe la definición de conducta incriminada, por lo tanto, no es posible su aplicación. El Consejo Nacional de Justicia, a través de la Recomendación del 30 de mayo de 2006, sugirió la adopción del concepto de crimen organizado establecido en la Convención de Palermo. Sobre crimen organizado, CALLEGARI, André Luís. *Direito Penal Econômico e Lavagem de Dinheiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 161.

50) Sobre el tema, ver CALLEGARI, André Luís. *Legitimidade Constitucional do Direito Penal Econômico: uma Crítica aos Tipos Penais Abertos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, año 95, v. 851, 2006, p. 439; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Derecho penal*. Madrid: Civitas, 1978, p. 287; JESCHEK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. 4ª ed. Traducción de José Luis Manzanera Samaniego. Granada: Editorial Comares, 1993, p. 223. Ver sobre el tema, ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General. Tomo I*. Traducción de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 298 y ss.

51) SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María; FELIP I SABORIT, David; ROBLES PLANAS, Ricardo; PASTOR MUÑOZ, Nuria, ob. cit., p. 130.

52) En este sentido, ver la Ley Nº 9.613/98, que trata de los delitos de lavado de dinero y, entre uno de los crímenes antecedentes al del lavado de dinero, trae el de la organización criminal, sin entre tanto mencionar a lo que es esta.

las gra
compl
el núm

En las
inclus
res de
los m
crimir
fuoror
mento
de ma
samer
De ac
ta dej
bién s
la fun
sistiri
hibida
sidad
pero j
la adc
telare

Este
larme

(53)

(54)

(55)

(56)

(57)

las grandes organizaciones criminales, de gran complejidad tanto por su estructura como por el número y la sustitución de sus integrantes⁽⁵³⁾.

En las propuestas legislativas actuales, inclusive abarcadas por algunos sectores de la doctrina y de la jurisprudencia, los meros indicios de una organización criminal⁽⁵⁴⁾ (y no sus rasgos esenciales), fueron elevados a una categoría de elementos definidores de la figura delictiva, de manera que esta se asemeja peligrosamente a los "delitos de sospecha"⁽⁵⁵⁾.

De acuerdo con esto, no solo se intenta dejar de lado problemas probatorios, también se produce una modificación básica en la función del tipo delictivo. Esta ya no consistiría en la delimitación de la conducta prohibida (en atención a su lesividad o peligrosidad) con el objetivo de imponer una pena, pero pasaría a ser principalmente la base para la adopción de medidas de investigación, cautelares, penitenciarias, etc.⁽⁵⁶⁾.

Este problema puede ser observado particularmente en las iniciativas internacionales

que responden a la necesidad (real) de armonizar legislaciones con el fin de mejorar la cooperación frente a las manifestaciones

En las propuestas legislativas actuales, los meros indicios de una organización criminal (y no sus rasgos esenciales) fueron elevados a una categoría de elementos definidores de la figura delictiva, de manera que se asemeja peligrosamente a los delitos de sospecha.

transnacionales del problema. Si generalmente en estos procesos la tendencia es la convergencia a las legislaciones más rigurosas (armonizar no se compadece con descriminalizar), en el caso del crimen organizado se corre el riesgo de que las necesidades de represión local acaben siendo generalizadas y que el establecimiento de figuras delictivas disfrazadas para satisfacer las necesidades de cooperación internacional tengan como efecto colateral inevitable una ampliación de comportamientos punibles y de las penas⁽⁵⁷⁾.

(53) SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María; FELIP I SABORIT, David; ROBLES PLANAS, Ricardo; PASTOR MUÑOZ, Nuria, ob. cit., pp. 130/131.

(54) GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal nas perspectivas das garantias constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 92/93, señala que es reprochable la concepción de ocultarse, bajo el manto de la represión de los delitos de mayor gravedad, como el terrorismo, el tráfico de drogas, los practicados por organizaciones criminales, una normatividad general de limitación indiscriminada de los derechos fundamentales. Con la excusa de dar seguridad jurídica, se atenta contra la libertad.

(55) Esa tendencia es común en los delitos económicos o en los de lavado de dinero, donde cada vez más se utilizan factores indiciarios para incriminar los sujetos, principalmente para el decreto de medidas cautelares en busca de la prueba.

(56) SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María; FELIP I SABORIT, David; ROBLES PLANAS, Ricardo; PASTOR MUÑOZ, Nuria, ob. cit., pp. 131; CALLEGARI, André Luis y MOTTA, Cristina Reindolff. Estado e Política Criminal: a expansão do Direito Penal como forma simbólica de controle social, *Política Criminal, Estado e Democracia*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.00.

(57) En ese sentido, ver la Recomendación N° 3, de 30 de mayo de 2006 del Consejo Nacional de Justicia, donde consta: 2. Para fines de esta recomendación, se sugiere: a) la adopción del concepto de crimen organizado establecido en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Crimen Organizado Transnacional, de 15 de noviembre de 2000 (Convención de Palermo), aprobada por el Decreto Legislativo N° 231, de 29 de mayo de 2003 y promulgada por el Decreto N° 5.015, de 12 de marzo de 2004, es decir, considerando el "grupo criminal organizado" aquel estructurado, de tres o más personas, existente hace ya un tiempo y actuando concertadamente con la intención de cometer una o más infracciones graves o enunciadas en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Crimen Organizado Transnacional, con la intención de obtener, directa o indirectamente, una ventaja económica u otra ventaja material.

De acuerdo con eso, lo que puede ocurrir es que, mientras se sigue sin poder dar una respuesta jurídico-penal eficiente la criminalidad organizada se extiende a la aplicación de estas medidas a pequeñas manifestaciones de delincuencia marginal⁽⁵⁸⁾, o, aún, se amplía demasiado la utilización de este concepto tan amplio a una serie de delitos en concurso material para aumentar las penas, cuando, de hecho, no se está delante de una organización para cometer delitos.

El segundo aspecto digno de resaltar desde una perspectiva del Derecho Penal material es que mediante los tipos de organización criminal se asientan, en el pensamiento y en la legislación, modelos de atribución de responsabilidad penal que se apartan del principio de la culpabilidad (en especial la responsabilidad por el hecho propio) y de la proporcionalidad⁽⁵⁹⁾.

En relación al primer principio, no se puede olvidar que con respecto a las reglas constitucionales de un Estado democrático, rige el principio de la culpabilidad por el hecho, esto es, el hecho practicado es que debe ser reprobado y no el autor del hecho (Derecho Penal del autor).

El ejemplo legislativo más reciente, es la creación del régimen disciplinar diferenciado, donde el legislador no se preocupó en relación al hecho practicado, sino a la tendencia de vida del autor, porque, cualquier persona que se incluya en los delitos previstos de organización criminal ya estaría incluida en el régimen de exclusión. Además de esto, la ley

solamente hace referencia a la sospecha de pertenecer a una organización, es decir, no se hace necesario cualquier prueba en ese sentido. O sea, se verifica claramente, en este ejemplo, la implementación de un modelo de Derecho Penal del autor, puesto que “el punto de referencia fundamental a la hora de distinguir entre las dos formas de intervención penal propuestas pasa a ser una actitud persistente de desapego, de distanciamiento, hacia el orden sociojurídico dentro del que el individuo se desenvuelve. El efecto ampliatorio frente a los análisis anteriores reside en que ya no es imprescindible la contumacia en el delito, la habitualidad o reincidencia delictivas. Sin perjuicio de que esa sea una condición de frecuente concurrencia, lo peculiar ahora es que basta con una actitud permanente de desprecio hacia el orden jurídico y la disponibilidad a infringirlo. En consecuencia, el incipiente Derecho Penal de autor que había supuesto, sin duda, el asentamiento del criterio de distribución de riesgos sobre la cualidad de delincuente reincidente o habitual, resulta ahora decisivamente potenciado mediante esta trascendente ampliación de los sujetos sometidos al nuevo Derecho Penal”⁽⁶⁰⁾.

Esta característica de la ley que regula el régimen disciplinar diferenciado de incriminar el sujeto por la tendencia de vida⁽⁶¹⁾, por lo tanto, se opone al principio de responsabilidad por el hecho practicado, criterio que norteaba el Derecho Penal de la culpabilidad en el Estado Democrático de Derecho. En este sentido, uno de los subprincipios decurrentes del principio de la responsabilidad por el hecho practicado y el de la impunidad por el plan

(58) SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María; FELIP I SABORIT, David; ROBLES PLANAS, Ricardo; PASTOR MUÑOZ, Nuria, ob. cit., pp. 131.

(59) Ídem.

(60) Díez RIPOLLÉS, José Luis, Ob. cit., pp. 107-108.

(61) AMBOS, Kai. Derecho Penal del Enemigo. En: *Derecho Penal del Enemigo. El discurso de la exclusión*. Buenos Aires: B de F, 2006, p. 152, señala que el Derecho Penal del Enemigo no es Derecho y una de sus causas es que conduce a un cambio del Derecho Penal del hecho para el Derecho Penal del autor.

de vida
brar de
cretos,
y no p
de vida

Por otr
el prin
tar la s
es dec
lidad e
riesgo
condu
minal
relació
más c
menes
guarda
hecho
refuer
otra c

Por t
es cor
do, si
fue re
ple, c
ye un

(62)

(63)

(64)

(65)

(66)

de vida. Por lo tanto, solamente se puede cobrar de los sujetos los comportamientos concretos, delimitados espacial y temporalmente y no por haber escogido un determinado plan de vida o modo de existencia⁽⁶²⁾.

Por otra parte, también no se debe olvidar que el principio de la proporcionalidad debe limitar la sanción aplicada al hecho cometido⁽⁶³⁾, es decir, la pena debe guardar proporcionalidad en relación a la conducta delictiva y al riesgo que se corre al insertarnos una serie de conductas como siendo de organización criminal y de no solamente aumentar la pena en relación al hecho, pero, aumentarla todavía más cuando se establece el concurso de crímenes. En este caso específico no se estaría guardando ninguna proporcionalidad con el hecho practicado y la utilización sería más de refuerzo o política judicial que de cualquier otra cosa⁽⁶⁴⁾.

Por todas estas cuestiones, se concluye que es compleja la definición de crimen organizado, sin embargo, de acuerdo con todo lo que fue referido, se puede afirmar, de forma simple, que una organización criminal constituye una estructura criminógena que favorece la

comisión reiterada de delitos (facilitando su ejecución, potencializando sus efectos e impidiendo su persecución) de manera permanente (puesto que la ejecutabilidad de sus miembros permite sustituir sus integrantes). En consecuencia, es posible que su mera existencia suponga un peligro para los bienes jurídicos protegidos por las figuras delictivas que serán practicadas por el grupo y, por lo tanto, constituye un injusto autónomo, un "estado de cosas" antijurídico que amenaza la paz pública⁽⁶⁵⁾.

3. La Convención de Palermo: una aproximación al concepto de crimen organizado

Hay, en la doctrina jurídico-penal brasileña contemporánea, consenso en el sentido de que es posible la incriminación de la organización criminal por medio del concepto ofrecido por la Convención de Palermo al menos para los delitos a los cuales es aplicable referida convención⁽⁶⁶⁾.

Para efectos de la convención se entiende como "grupo criminal organizado" aquel estructurado por tres o más personas, existente

(62) DÍEZ RIPOLLÉZ, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 148, sigue diciendo que el fundamento ético de este subprincipio es la protección delante de comportamientos que afectan la convivencia social externa y está fundado en el objetivo de garantizar interacciones sociales que viabilicen en la mayor medida posible el libre desarrollo de autorrealización personal de acuerdo con las opciones que cada ciudadano estime conveniente. No resulta consecuente con esto pedir explicación por la elección de ciertos planes vitales, por más que puedan estimarse en la práctica incompatibles con el mantenimiento de esta convivencia externa, mientras tal incompatibilidad no se concrete en la efectiva realización de conductas contrarias a aquella. Por otro lado, la pretensión de que los ciudadanos renuncien desde el principio a adoptar determinados planes de vida, debiendo responder penalmente en caso contrario, caracteriza una sociedad totalitaria, que pretende garantizar el orden social básico mediante la privación a los ciudadanos de aquellas posibilidades existenciales que justifican precisamente el mantenimiento de este orden social.

(63) CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho Penal: concepto y principios fundamentales*. 3ª ed. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p. 210; CALLEGARI, André Luis. A concretização dos direitos constitucionais: uma leitura dos princípios da ofensividade e da proporcionalidade nos delitos sexuais. *Direito Penal em Tempos de Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 138 y ss.

(64) Véase, por ejemplo, el aumento de la pena previsto en la Ley N° 9.613/98, que determina el aumento de pena cuando el autor pertenece a una organización criminal.

(65) SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María; FELIP I SABORIT, David; ROBLES PLANAS, Ricardo; PASTOR MUÑOZ, Nuria, ob. cit., p. 132.

(66) BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes Federais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 412.

hace algún tiempo y actuando conjuntamente con el propósito de cometer una o más infracciones graves o declaradas por la convención, como la intención de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio material.

Aunque Brasil haya aprobado la Convención de Palermo y así ella haya ingresado en nuestro orden jurídico, seguimos con la posición de que la incriminación continúa vaga e imprecisa, sin establecer los contornos necesarios para que pueda aclarar lo que sería la referida "organización criminal". Por otra parte,

“ Se entiende como grupo criminal organizado aquel estructurado por tres o más personas, existente hace algún tiempo y actuando conjuntamente con el propósito de cometer una o más infracciones graves buscando un beneficio. ”

mismo que haya ingresado en nuestro sistema jurídico, nunca está demás recordar que las normas deben ser interpretadas a partir de la Constitución Federal y allí se encuentra insertado el principio de la legalidad que trae, como corolario lógico el principio de la taxatividad. Esto significa que la propia Constitución Federal no admite preceptos incriminadores vagos e imprecisos que no describan adecuadamente la conducta incriminadora, porque en un Estado de Derecho se debe preservar las garantías del ciudadano, dentro de las cuales se encuentran la de saber, con claridad, cuál es la conducta incriminada por la norma penal.

Por lo tanto, el concepto traído por la Convención de Palermo no se distingue de otros acercamientos similares que pecan por el mismo defecto, es decir, la imprecisión en la definición del tipo. Como el concepto es vago, se verifica que la propia Convención establece

la definición de los elementos normativos del tipo que lo integran ("infracción grave", "grupo estructurado", "bienes", "producto del crimen", etc.); sin embargo, no se puede decir que esto representa la mejor técnica legislativa en términos de garantías al ciudadano.

4. Crimen organizado y concurso de personas

Uno de los problemas en la caracterización del crimen organizado es la delimitación o el alcance de la figura típica, pues a pesar de que merezca una penalización más grave, se debe tener cautela para no incurrir en el error de abarcar toda y cualquier colaboración de personas para el cometimiento de delitos, hecho que ya se encuentra regulado en el concurso de agentes. Además, existen normas específicas para el aumento de pena para el organizador o para aquel que comanda la actividad criminal de los demás (art. 62, CP). Por lo tanto, innecesario, en la mayoría de las veces, una figura autónoma y de validez dudosa para la acusación de las actividades cometidas por un grupo de personas.

La configuración de una supuesta organización criminal muchas veces recae en el tradicional concurso de personas, donde existe una imaginada organización para la comisión de delitos, pero están ausentes los elementos configuradores de una verdadera organización.

En este marco, parece que hubo una mezcla de conceptos para que se alcanzase, en algunas hipótesis, la configuración de una organización criminal. Equivocadamente se utilizaría la reunión esporádica de personas para el cometimiento del delito. En otros casos, aunque dicha reunión sea habitual, faltan los otros presupuestos configuradores de la organización criminal.

Por otra parte, delante de una interpretación elástica de la teoría del dominio del hecho, el organizador de un grupo se transforma en

“jefe” de una “organización criminal”. Los dos conceptos se muestran equivocados. La simple distribución de papeles o la determinación de tareas, por sí mismo, no puede implicar en coautoría (jefe) del grupo o de la organización. Y los que reciben dichas tareas tampoco están sometidos, en la mayoría de las veces, a las reglas de jerarquía y subordinación concernientes a una estructura organizada.

La regla del concurso de personas está pensada para la reunión eventual de agentes que buscan la realización de la misma infracción penal, es decir, unen esfuerzos entre sí, con el mismo objetivo típico. No hay, en principio, ninguna regla de estructuración jerárquica u organización entre los miembros, a pesar de que ella pueda aparecer en varios casos a través de un miembro que se destaca por su liderazgo, hecho ya previsto en el art. 62 del Código Penal. Por más que ocurra el cometimiento reiterado de infracciones penales por el grupo, no se puede transformar en organización criminal.

También se debe recordar que la norma de extensión posibilita traer para la esfera de la punibilidad las colaboraciones que inicialmente no se traducen en actividad típica, posibilitando, así, la acusación del auxilio material o psicológico para el cometimiento del crimen. Pero este auxilio no es fundamental para el éxito de la tarea criminal, pues se trata de contribuciones accesorias, es decir, no sostienen el hecho en su totalidad (caso contrario estaríamos delante de la coautoría, que es la división funcional de tareas). Por lo tanto, el concurso de personas representa un *minus* en relación a la organización criminal, pues en esta habrá una valoración mayor de las tareas y de la estructura organizacional, en tanto que en aquel los papeles pueden representar una colaboración que ni será utilizada (participación). Dicho de otra manera, las intervenciones en el concurso son distintas en relación a las de una organización. Mientras que en el

concurso la división de tareas entre las personas no importa necesariamente una colaboración fundamental para el éxito final del delito, pues no siempre las colaboraciones son imprescindibles para que esto ocurra, en la organización criminal nos parece que los papeles desempeñados son más fuertes y necesarios para que el hecho criminal pueda ser practicado. Funciona como un engranaje, es decir, una verdadera estructura de piezas, donde la falla de una puede implicar en la falla total.

5. Crimen organizado y formación de cuadrilla

Lo que fue dicho en el tema precedente también se aplica al crimen de formación de cuadrilla o bando, es decir, no se puede confundir una reunión estable para el cometimiento de crímenes con una organización criminal. Inicialmente cabe referir que, sustancialmente, lo que distingue el crimen de cuadrilla o bando del concurso de personas es que en aquel hay un carácter duradero de la asociación, mientras que en este la reunión de los integrantes es eventual.

Esto mismo con un plus en relación al concurso de personas en el sentido de exigir un número determinado y la estabilidad asociativa, no se puede confundir tal delito con una organización criminal. Como ya referimos, la organización posee un carácter empresarial, de organización y jerarquía similar a la de una empresa legalmente constituida, donde cada miembro tiene sus funciones determinadas y debe ser relevante para la configuración de los planes elaborados. La formación de cuadrilla no guarda toda esta expectativa organizacional y normalmente está destinada a la práctica de delitos comunes.

Se debe todavía agregar que la organización criminal está pensada, en materia de tipicidad, para delitos que requieren una estructura sofisticada de actuación, a pesar de que no sea la regla, es lo que se verifica en la mayoría

de los casos donde la organización practica determinados delitos que, para su comisión, requieren necesariamente la intervención de personas especializadas en varias áreas.

Se destaca que podemos tener una organización criminal practicando crímenes tradicionales. Ya fue dicho que tal hecho no es imposible, sin embargo, creemos que las estructuras que se presentan en determinados crímenes indican una especialización cada vez mayor de sus integrantes de una organización criminal, lo que no ocurrirá en la mayoría de las veces cuando se trate de la tipificación de la formación de cuadrilla.

Así, a pesar de que tanto la formación de cuadrilla como el crimen organizado exijan, para su configuración, la participación de cierto número de personas y la estabilidad de asociación, jamás deben ser confundidos. Mientras uno exige toda una estructura organizada, jerarquizada, con una división de tareas, como si fuese una empresa, y se destina, principalmente, a la práctica de delitos complejos que necesitan de esa estructura, el otro no guarda esta edificación organizacional y es destinado, normalmente, al cometimiento de crímenes comunes.

III. CONCLUSIONES

El análisis del proceso de inclusión del crimen organizado en la pauta prioritaria del Derecho Penal contemporáneo pasa por la reflexión sobre el proceso expansivo que el referido ramo del Derecho experimenta, en decurrencia de los "nuevos riesgos" y sentimientos de inseguridad de la sociedad moderna, que hace que se llegue a la conclusión de que la intervención penal pautada en la teoría "clásica" del delito se convirtió incapaz de hacer frente a las nuevas formas asumidas por la criminalidad, que pasa cada vez más a asumir un carácter difuso, intangible. Así, la política criminal que se presenta para dar respuesta a los

nuevos "riesgos" sociales de la contemporaneidad es marcada por la prominencia que es dada al Derecho Penal en detrimento de otros instrumentos de control social.

Ocurre que este proceso de expansión del Derecho Penal se da a costa de la implementación de normas jurídico-penales que asumen, en la mayoría de los casos, un carácter meramente simbólico, puesto que son manipulados en el sentido de dar respuestas políticas a la población que, delante de la influencia de los medios de comunicación masiva que divulgan *ad nauseam* el crecimiento "desenfrenado" de la criminalidad, cada vez más clama por el recrudecimiento de las penas, como forma de sentirse más "segura".

Esta legislación penal simbólica, sin embargo, viene acompañada por discursos altamente represivistas influenciados por la idea de "ley y orden", los cuales acaban por trasladar, por medio de equiparaciones conceptuales equivocadas, los riesgos de la mega criminalidad para la criminalidad clásica, reforzando, así, viejos estereotipos del Derecho Penal y justificando la actuación truculenta del sistema punitivo contra su clientela habitual.

Así, las violaciones de derechos y garantías fundamentales del ciudadano que cada vez más se presentan en el centro del "nuevo" Derecho Penal, representan la implementación de un modelo de Derecho Penal máximo, cuyos puntos de contacto con el Derecho Penal del Enemigo defendido por Günther Jakobs son muchos y ya no pueden más ser negados.

Y la referida "contaminación" del Derecho Penal puede ser vislumbrada claramente en lo que se refiere a la cuestión del crimen organizado, el cual en consecuencia de los fenómenos simbolismo/punitivismo, dejó de ser tan solamente el arquetipo de las grandes y complejas organizaciones criminales, pasando las manifestaciones asociativas conectadas a la delincuencia tradicional (grupos de

asaltantes, estructuras de tráfico ilícito de mediana importancia, etc.) también a ser objeto de mayor atención por el Derecho Penal.

La gran cuestión que se presenta, sin embargo, delante del fenómeno del crimen organizado, es analizar, delante de la nueva legislación que viene surgiendo en nivel infra-constitucional colimando atacarlo, si estas respuestas de cuño punitivo de hecho responden a las nuevas necesidades objetivas de protección o si son tan solamente fruto de una demanda social exagerada e irracional de punición.

Otra cuestión que merece ser considerada se refiere a las dificultades en las cuales se encuentran para hacer concreto legislativamente el concepto de "organización criminal". Lo que se verifica es una opción por tipos penales abiertos, muy próximos a la definición

del crimen habitual o de la formación de cuadrilla. Sin embargo, delante de una cierta figura delictiva, se verifica la implementación de un modelo de transferencia de la responsabilidad de un colectivo a cada uno de sus miembros de la organización criminal, lo que se aleja de los criterios de imputación individual de responsabilidades vigentes en el Derecho Penal.

Además, se verifica también en las propuestas legislativas actuales sobre el tema, que los meros indicios de una organización criminal son elevados a una categoría de elementos definidores de la figura delictiva, de manera que esta se asemeja peligrosamente a los "delitos de sospecha", dando oportunidad para la adopción de medidas de investigación cautelares, penitenciarias, etc., altamente lesivas a las libertades individuales.

UNIDAD II: ASPECTOS SUSTANTIVOS DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

- El crimen organizado y su relación con el derecho penal simbólico en el marco de la Ley N° 30077.

EL CRIMEN ORGANIZADO Y SU RELACIÓN
CON EL DERECHO PENAL SIMBÓLICO
EN EL MARCO DE LA LEY N° 30077

Alonso R. PEÑA CABRERA FREYRE*

El autor examina los presupuestos que configuran el concepto de "crimen organizado" regulado por la Ley N° 30077 (agrupación de personas, repartición de tareas, carácter estable, funcionamiento coordinado, y finalidad delictiva), y cómo se pretende enfrentar dicho fenómeno a través de las nuevas reglas penales, procedimentales y de ejecución que dicha ley establece, las cuales deberán aplicarse en armonía con los diversos subtipos penales que agravan los hechos punibles cuando se perpetran mediante una organización criminal (con remisión al artículo 2 de la Ley N° 30077), y con el tipo penal de asociación ilícita, que se satisface con la mera pertenencia del agente a la organización delictiva (artículo 317 del CP).

Criterio del autor

MARCO NORMATIVO

- Código Penal: arts. 48, 80, 189, 297.6 y 317.
- Ley N° 30077: arts. 1, 2, 3 y 22.

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, una de las grandes amenazas a las sociedades modernas es el "crimen organizado", el cual se ha calificado como uno de los flagelos más graves que azota a la

humanidad en su conjunto, y cuya proliferación pone en jaque el desarrollo socioeconómico de las naciones¹, provocando un temor justificable en los ciudadanos².

En palabras de De la Cuesta Arzamendi puede decirse hoy sin exageración que la criminalidad organizada alcanza una dimensión sin precedentes y afecta a prácticamente la totalidad de los países, produciendo una criminalidad grave y creciente que amenaza aspectos fundamentales de la vida económica,

* Profesor de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Docente de la Academia de la Magistratura. Fiscal Adjunto Superior adscrito en la Primera Fiscalía Suprema Penal. Título en Posgrado en Derecho Procesal Penal por la Universidad Castilla-La Mancha (Toledo-España).

¹ Así, Silva Sánchez sostiene que las actividades de la criminalidad organizada han aumentado extraordinariamente en los últimos años, afectando toda la comunidad internacional, y extendiéndose a muchos sectores de la actividad económica, favorecida tanto por la globalización (explosivo desarrollo de los medios de comunicación y transporte) como por la integración supranacional. SILVA SÁNCHEZ, José María. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, p. 63 y ss.

² Como dice González Rus, las razones de esa inquietud y de la alarma social que provoca este fenómeno son obvias, resultando perfectamente compartible la necesidad de afrontar con toda decisión los riesgos inherentes a una manifestación delictiva que ofrece un extraordinario potencial lesivo y a la que debe darse, por tanto, una respuesta penal adecuada; GONZÁLEZ RUS, Juan José. "La criminalidad organizada en el Código Penal español. Propuestas de reforma". En: *Anales del Derecho*. N° 30, 2012, p. 15.

social e institucional, y que una amplia mayoría de la población considera que debe ser combatida con prioridad³.

La criminalidad organizada es un fenómeno sociológico que se ha venido incrementando significativamente de manera paralela al propio desarrollo de la sociedad posindustrial, generando graves riesgos para la vida social y para el propio Estado de Derecho, y cuyo interés se extiende a distintos sectores del sistema penal⁴.

Las repercusiones sociales, económicas y culturales son de tal magnitud que los países se ven en la imperiosa necesidad de articular respuestas jurídicas unificadas, es decir, si el crimen se organiza, a los Estados democráticos no les queda otra opción que organizarse colectivamente, lo que se manifiesta en concretas políticas criminales universales y regionales. Se busca así “homogeneizar” el sistema penal sobre la base de los modelos ensayados por los EE.UU. en su lucha contra determinadas modalidades de crimen organizado, algo que plantea múltiples problemas⁵. La respuesta de los Estados implica también acudir a convenios de cooperación judicial

“No estamos en desacuerdo con que la ley recoja un concepto de ‘crimen organizado’, sino que en él se pretenda comprender a todo tipo de expresión criminal, sin que importe el incumplimiento de los presupuestos recogidos en la legislación internacional.”⁶

internacional, así como a la edificación de un Derecho Penal Internacional⁶.

No nos detendremos en analizar los factores que generan esta problemática, como la globalización del delito, la corrupción, la precariedad institucional y democrática⁷, o la desigualdad en las sociedades, empero, ello nos da una idea en orden a fijar su

prioridad en las agendas políticas y jurídicas. No puede pensarse en un verdadero progreso de nuestros pueblos si es que no se ataca a las organizaciones criminales de raíz, lo que implica comprender el fenómeno delictual y escudriñar en las causas que permiten su gestación y desarrollo.

Con esto queremos poner el énfasis en que los instrumentos jurídicos (nacionales e internacionales) no deben anclar en un nivel puramente normativo (punitivo), sino que es necesario que se gesten políticas sociales de largo alcance. Las “anomias”, como las llamaba Durkheim, son tierra fértil para que aparezcan y se desarrollen las corporaciones criminales.

Como apunta Zúñiga Rodríguez, la criminalidad organizada es un tema difícil y

3 DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. “El Derecho Penal ante la criminalidad organizada: Nuevos retos y límites”. En: *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*. Universidad de Sevilla, Sevilla, 2001, p. 85.

4 GARCÍA RIVAS, Nicolás citado por DELGADO MARTÍN, Joaquín. *La criminalidad organizada*. Bosch, Barcelona, 2001, p. 21.

5 DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. Ob. cit., p. 86.

6 A decir de Cancio Meliá, uno de los factores desencadenantes de la internacionalización del Derecho Penal parece estar en el desarrollo (y en la percepción social) del crimen transnacional; CANCIO MELIÁ, Manuel. “Internacionalización del Derecho Penal y de la política criminal: Algunas reflexiones sobre la lucha jurídico-penal contra el terrorismo”. En: *Derecho Penal y modernidad*. Ara Editores, Lima, 2010, p. 350.

7 Así, Delgado Martín indica que los Estados con una falta de consolidación del sistema democrático, así como con un deficiente desarrollo de sus infraestructuras económicas, son terreno propicio para la actividad de unos grupos criminales que se aprovechan de la debilidad de las instituciones públicas, explotando sus puntos vulnerables; DELGADO MARTÍN, Joaquín. Ob. cit., p. 23.

complicado para la sociedad porque refleja sus debilidades, la cara más amarga de sus fisuras y contradicciones. En una sociedad que se desenvuelve dentro de las simbologías, en la que el mensaje es trascendente, reconocer la existencia y peligrosidad de la criminalidad organizada supone destapar, cual "efecto dominó", una serie de déficits sociales, económicos, culturales de nuestra sociedad "de bienestar"⁸.

Es de verse también que a estas corporaciones delictivas se las asocia con la delincuencia "transnacional"⁹, es decir, aquella que desborda las fronteras nacionales, extendiendo su red operativa y logística a una gran cantidad de países. La globalización, la apertura de los mercados nacionales e internacionales así como el avance de la ciencia y de la tecnología son aprovechados por las estructuras delincuenciales para perpetrar sus crímenes con facilidad.

La globalización, por su parte, ha traído consigo repercusiones no solo en el ámbito financiero, económico y comercial, sino también en la esfera jurídica, pues resulta claro que los negocios en el comercio internacional deben ir revestidos de un corsé de seguridad jurídica, en cuanto a la garantía de los Estados contratantes. La globalización es

un fenómeno principalmente pero no exclusivamente económico, que se caracteriza por la creación a escala casi mundial de redes de intercambio como nunca antes las habíamos conocido, sobre la base de una nueva comprensión de las dimensiones temporal y espacial¹⁰.

Como señala Gracia Martín, la globalización es un complejo proceso de homogeneización de amplias dimensiones de la vida de los hombres y de los pueblos, que se desarrolla a escala mundial, o sea total o global. Al mismo tiempo, sin embargo, en el mundo actual se llevan a cabo procesos de integración supranacional de una pluralidad de Estados que, en cierto modo, pueden ser caracterizados como globalizaciones parciales o regionales, y que de todos modos guardan ciertas similitudes con el proceso mundial o total de globalización¹¹.

Se afirma también en la doctrina que la globalización ha abierto cauces para que formas tradicionales de delincuencia alcancen una dimensión antes desconocida¹². Además, implementar empresas criminales que puedan trascender las fronteras nacionales con perspectivas de rentabilidad, exige la adopción de complejas estrategias, solo posibles si se cuenta con estructuras organizativas sólidas¹³. Si es que estamos ante un fenómeno

8 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. "Criminalidad organizada, Derecho Penal y sociedad. Apuntes para el análisis". En: *El desafío de la criminalidad organizada*. Nieves Sanz Mulas (coordinadora), 2006, p. 1.

9 A decir de Del Rosal Blanco, uno de los rasgos característicos del vigente fenómeno de la criminalidad organizada, es su transnacionalidad, es decir, su capacidad de ser un fenómeno global, que supera los límites de las fronteras territoriales de los Estados; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. "Criminalidad organizada y nuevas tecnologías: Algunas consideraciones fenomenológicas y político-criminales". En: *Cuadernos de Derecho judicial*, N° 2, 2001, p. 149.

10 NAVARRO DOLMESTCH, Roberto. "Reconfiguración del sistema de fuentes del Derecho Penal y amenaza de crisis del principio de legalidad: La incorporación del Derecho internacional convencional y el fenómeno de la globalización". En: *Nuevos retos del Derecho Penal en la globalización*. Valencia, 2004, p. 156.

11 GRACIA MARTÍN, Luis. "El Derecho Penal ante la globalización económica". En: *El Derecho Penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo*. José Ramón Serrano-Piedecasas Fernández y Eduardo Demetrio Crespo (directores), 2010, p. 83.

12 Cfr. al respecto, BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 54-55.

13 TERRADILLOS BASOCO, Juan María. "El Derecho Penal de la globalización: Luces y sombras". En: *Sistema penal y Estado de Derecho*. Ara Editores, Lima, p. 52.

delincuencial que trasvasa enormemente los espacios territoriales nacionales, para afincar-se en varios terrenos operativos, la tarea será plantear una política criminal internacional, capaz de afrontar eficazmente la delincuencia “transnacional”.

En resumidas cuentas, el fenómeno del crimen organizado importa una compleja red de actuación delictiva, que requiere de un estudio específico y de formulaciones político-criminales singulares. Esto, en el caso peruano, ha llevado –en el plano normativo– a la dación de la Ley N° 30077, Ley contra el crimen organizado, del 20 de agosto de 2013 (y que entrará en vigencia el 1 de julio de 2014).

Esto no significa que en la *lege lata* no se haya recogido esta tipología criminal. Así, el Código Penal recoge en su artículo 317 el delito de “organización a delinquir¹⁴”; y además, muchas figuras penales tradicionales contemplan como circunstancia de agravación la pertenencia a una organización destinada a cometer determinada clase de delitos¹⁵. Asimismo, en el ámbito procesal, se emitió la Ley N° 27378, Ley que establece beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada¹⁶, así como otras instituciones jurídicas emparentadas.

Siendo ello así, no puede postularse que estuviéramos carentes de regulación. Al parecer, se sigue creyendo que las normas penales

son la panacea al fenómeno delictivo, con las que se pretende dar una serie de comunicaciones al colectivo e incidir en una reforzada respuesta penal, sin tomar en cuenta que a la postre lo que se genera es inseguridad jurídica en razón de los evidentes entrecruzamientos normativos ocasionados. Esta forma de legislar punitivamente la relacionamos con una expansión grandilocuente del Derecho Penal y, a su vez, con el fenómeno del “Derecho Penal simbólico”.

En puridad, no estamos en desacuerdo con que la Ley N° 30077 recoja de forma expresa un concepto de lo que ha de entenderse como “crimen organizado”. Nuestro reparo es que bajo tal rotulación se pretende comprender todo tipo de expresión criminal, sin que importe el incumplimiento de los presupuestos recogidos en la legislación internacional.

Se genera así una confusión conceptual^{17 18}, que a la postre ocasionará una grave problemática en la aplicación de la norma. Debe tenerse mucho cuidado al momento de definir qué conductas son las que pueden refundirse bajo tal denominación, pues un afán criminalizador puede conducir a puniciones absurdas e injustificables.

Estas regulaciones punitivas se acercan peligrosamente a las raíces de un “Derecho Penal del enemigo”, cuyas aristas se construyen a partir de variables criminológicas, donde

14 Véase PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Derecho Penal. Parte especial*. Tomo IV, Idemsa, Lima, 2009, pp. 427-460.

15 Que, precisamente ha significado también una modificación de estas modalidades agravadas.

16 Cfr. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Los procesos penales especiales y el Derecho Penal frente al terrorismo*. Idemsa, Lima, 2012.

17 Así, González Rus indica que una expresión de ello es partir de una visión extravagante de la criminalidad organizada, que permite castigar todo lo que, aún lejos, pueda relacionarse con la misma, hasta llegar a lo grotesco en el afán pancriminalizador; GONZÁLEZ RUS, Juan José. Ob. cit., p. 17.

18 Importante lo que acota Prado Saldarriaga sobre este punto respecto a que persiste la necesidad de construir un concepto operativo de criminalidad organizada, el cual si bien no reflejará la magnitud y variedad que definitivamente encierra este fenómeno criminal, servirá cuando menos para distinguir mejor sus características más constantes y así diferenciar a la criminalidad organizada de cualquier otra estructura delictiva semejante: PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Criminalidad organizada y lavado de activos*. Idemsa, Lima, 2013, p. 48.

la peligrosidad del autor es lo que define el desvalor del comportamiento y no la sustantividad material de este. No en vano, en España, se dice que la reforma operada por la LO 5/2010 en materia de criminalidad organizada constituye una de las más claras expresiones del tan (teóricamente) denostado "Derecho Penal del enemigo"¹⁹.

Un listado delictivo, como el que propone la Ley N^o 30077, es importante, empero debe estar rigurosamente concatenado con los elementos y factores de verdaderas expresiones del "crimen organizado".

Al "crimen organizado" se lo asocia con las organizaciones subversivas o terroristas, que están estructuradas con un soporte logístico, material y humano de gran envergadura; con los cárteles de la droga, en tanto corporaciones delictivas que mueven grandes cantidades de dinero²⁰ y cuya permanente movilidad se hace posible merced a la corrupción del aparato estatal; y asimismo con otros delitos como la trata de personas y el lavado de activos²¹. A decir de Blanco Cordero, desde un punto de vista criminológico, la expansión del blanqueo de capitales refleja el desarrollo de los comportamientos delictivos; en concreto, el paso que va de la criminalidad individual y

local a otra más corporativa (crimen organizado), frecuentemente practicada a un nivel internacional²².

II. DEFINICIÓN DE "CRIMEN ORGANIZADO"

Antes de pasar al esbozo conceptual del término mencionado, hemos de reparar en un punto importante: que lo que se pueda decir desde una perspectiva criminológica es a todas luces distinto a lo que se debe plantear desde un plano estrictamente penal sustantivo.

No olvidemos que la codificación penal así como los desarrollos doctrinarios, hacen alusión al delito y no al crimen. Con ello no queremos sostener que se trate de fenómenos distintos, pues ambos evocan una misma idea, en el sentido de referirse a una conducta²³ que vulnera o pone en peligro bienes jurídicos penalmente tutelados²⁴, sino que con el primero se incide en una idea más extensiva de la lesión que reporta el comportamiento prohibido. No en vano se acude al término "crimen" para indicar una ofensa de más gravedad; en virtud de ello, por ejemplo, en los tratados y convenios internacionales se emplea este título para tipificar las ofensas más graves contra la humanidad.

¹⁹ GONZÁLEZ RUS, Juan José. Ob. cit., p. 16.

²⁰ Según información de la Procuraduría Antidrogas, el delito de lavado de activos en el país mueve unos 6 500 millones de dólares por año, de los cuales 4 748 millones de dólares provienen del narcotráfico.

²¹ Como pone de relieve Zúñiga Rodríguez, la liberalización de capitales a nivel mundial ha supuesto también la liberalización de capitales oscuros provenientes del crimen organizado y ha hecho tenue la línea que separa la criminalidad económica con la criminalidad organizada. El blanqueo de dinero se considera la "madre" del crimen organizado, la criminalidad económica, la corrupción política, ZÚNIGA RODRÍGUEZ, Laura. Ob. cit., p. 8.

²² BLANCO CORDERO, Isidoro. Ob. cit., p. 54.

²³ Así, en la doctrina española, Berdugo Gómez de la Torre y otros precisan que la primera condición requerida para que un hecho sea calificado como delito es que se trate de la manifestación de un comportamiento humano; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE et ál. *Curso de Derecho Penal. Parte general*. Experiencia, Barcelona, 2010, p. 179.

²⁴ Con ello, toda acción u omisión susceptible de encajar —tanto en su faz objetiva como subjetiva— en los contornos normativos de un determinado tipo legal, luego ha de ser confrontada con todas las permisiones y justificaciones que se extraen del ordenamiento jurídico en su conjunto. El aspecto personal del agente, su imputabilidad y otros factores subyacentes, que se refunden en la idea de la culpabilidad, están al margen de ambos conceptos, pues su comprobación lo que hace es determinar la naturaleza de la sanción a aplicar y, en algunos casos, el procedimiento a seguir, así como la jurisdicción competente.

En todo caso, con la terminología "crimen" se hace alusión a aquellas conductas consideradas por la ley y la sociedad, como las más perturbadoras del orden social y jurídico; de hecho, expresa una idea de fuerte significado comunicativo para el colectivo social. Apelar a los efectos sociocognitivos de los términos del lenguaje es algo usual en un legislador muy afanado en que los ciudadanos reciban mensajes determinados en tiempos de convulsión social.

Valga de todas maneras la advertencia de que cuando las definiciones normativas recogen caracterizaciones, particularidades y propiedades del ser delincente, se acercan más a la ciencia criminológica²⁵ que a la ciencia penal (jurídica). Así, cuando se ancla en posiciones funcionales dentro del aparato criminal, de asunción de poderes directivos (jefes, líderes, cabecillas, etc.), ingresamos al campo "criminológico".

Ahora bien, pongamos el acento en algo de relevancia: no toda estructura delictiva compuesta por una pluralidad de personas, encaminadas a obtener fines lucrativos, a través de la perpetración de una pluralidad de delitos, puede ser concebida como "crimen organizado", sino que este debe responder a una serie de criterios.

Un grupo delincuencial, para que pueda ser subsumido bajo la definición indicada, debe contar con todo un andamiaje estructural, que le permita perpetrar una pluralidad de delitos. Esto implica la existencia de una plataforma organizacional basada en una estructura

piramidal, sostenida sobre relaciones jerárquicas, tanto de plano horizontal como vertical. No concebimos la idea de criminalidad organizada cuando todos sus miembros están al mismo nivel de dirección²⁶; debe identificarse una cúpula o mando superior desde donde se planifican las acciones, los mandos medios transmisores de la orden, y los mandos operativos, quienes materializan los planes criminales; por ende, debe verificarse un mando que ejerza el poder y otros que los ejecuten.

Solo así se podrá estar ante agrupaciones de personas que en su accionar conjunto, puedan generar el estado de alarma social, que se supone debe identificarse en las organizaciones criminales. Como bien anota Delgado Martín, la idea clave para entender a la delincuencia organizada es la sofisticación, es decir, se trata de grupos que cuentan con una organización frecuentemente compleja que suelen importar de la economía legal²⁷; bajo tal postulación se aprecia la circulación de sumas importantes de activos, que tienden a distorsionar las variables económicas de una economía social de mercado, las cuales van aumentando en mercados abiertos como el nuestro.

Ahora bien, pueden sin duda proyectarse variadas definiciones sobre el tópico en cuestión, empero, si bien existe un esfuerzo normativo internacional por estandarizar el concepto, de todos modos se pueden identificar ciertas características, que en realidad parten de la realidad nacional de cada país, así como de la técnica legislativa a adoptar²⁸.

25 Como apunta Blanco Lozano, la criminología es la ciencia que estudia globalmente el fenómeno delictivo, el delincuente y la víctima, abarcando a su vez diversas disciplinas científicas que pueden incidir en ellos; BLANCO LOZANO, Carlos. *Tratado de política criminal*. Tomo I, Bosch. Barcelona, 2007, p. 68.

26 Un plano así diseñado puede ejecutar una pluralidad de hechos punibles, como una organización dedicada a estafar a clientes crediticios, pero no está en posibilidad de extender su red de actuación criminal a nivel internacional.

27 DELGADO MARTÍN, Joaquín. Ob. cit., pp. 24-25.

28 Véase ZÚNIGA RODRÍGUEZ, Laura. Ob. cit., p. 1.

Punto de arranque, constituye la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, que en sus primeros articulados, dispone a la letra que: Por "grupo delictivo organizado" se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material²⁹.

Mientras que para la Interpol es: "Cualquier grupo que tiene una estructura corporativa cuyo objetivo primario es obtener dinero a través de las actividades ilegales, y que sobrevive a menudo en el miedo y la corrupción".

Por su parte, la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo del 24 de octubre de 2008, en cuanto a la lucha contra la delincuencia organizada, la define como "aquella que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años o con una pena aún más severa".

La Unión Europea entiende por "organización delictiva" aquella asociación estructurada de dos o más personas, establecida durante un periodo de tiempo, y que actúe de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de la libertad de un máximo de al menos cuatro años como mínimo o con una pena más severa, con independencia de que esos delitos constituyan

un fin en sí mismos o un medio para obtener beneficios patrimoniales y, en su caso, de influir de manera indebida en el funcionamiento de la autoridad pública.

Para De la Cuesta Arzamendi, por organización debe entenderse un aparato organizado de poder, estructurado y de cierta importancia, que actúe de alguna manera con una programación delictiva y con división del trabajo, con fines de obtención del poder y/o lucrativos³⁰.

En la jurisprudencia española, se cita la sentencia del Tribunal Supremo del 25 de setiembre de 1985, que declara que no ha de identificarse con la mera coparticipación o codelincuencia al ser varias las personas que participen y colaboren en la ejecución del delito, sino que requiere, además, que esté suficientemente acreditada la intervención de un conjunto de personas que dispongan de medios idóneos y desarrollen un plan previamente concertado y con una cierta permanencia y jerarquización, con distribución, más o menos definida entre ellos, de funciones (en el mismo sentido numerosas resoluciones de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, como las de 10 de marzo, 5 y 22 de mayo y 28 de junio de 2000)³¹.

En un sector doctrinal se indica que, en contraposición con la delincuencia tradicional, habitual u ocasional, el crimen organizado es una "empresa" jerarquizada que genera múltiples beneficios. Luego, su móvil delictivo es puramente económico y no solo para el que ejerce el mayor cargo en la organización, pues cada escalón tiene en común respecto al anterior el mismo móvil criminal, en sus distintas

29 Convención de Palermo, ratificada por el Perú mediante D.S. N° 88-2001-RE, del 20 de noviembre de 2001, que entró en vigor el 29 de setiembre de 2003.

30 DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. Ob. cit., p. 111.

31 FERNÁNDEZ, J. "Crimen organizado". En: *Artículos doctrinales: Derecho Penal*, Noticias Jurídicas, octubre de 2008, p. 5.

proporciones dinerarias, cada concepto aquí reflejado describe los condicionantes que identifican su razón de ser, esto es, gravedad, asociación, estructura y personalización³².

En cuanto a los medios empleados por estos aparatos criminales, no podemos circunscribirlos a instrumentos de alto potencial lesivo, en cuanto al uso sistemático de armas de fuego o de guerra, asimilables en la delincuencia tradicional y/o convencional (homicidios, secuestros, delitos de lesa humanidad, etc.), sino que la misma descripción criminológica nos revela una delincuencia que utiliza otros métodos más sutiles y, a la vez, imperceptibles, como sucede con la delincuencia económica, ligada a los grandes fraudes comerciales, a los sabotajes comerciales, al lavado de activos; con la delincuencia ambiental (minería ilegal³³) u otras que han ido emergiendo como consecuencia de la globalización económica; muchas de las cuales se valen de la corrupción organizada, pues, en palabras de López Barja de Quiroga, el crimen organizado vive y se desarrolla, en gran medida, gracias a la corrupción³⁴.

Detengámonos en el móvil, en el propósito que persiguen obtener estas organizaciones criminales. Si bien, por lo general, será el lucro (como sucede con la corrupción organizada o de las mafias dedicadas a la trata de personas, al tráfico ilícito de drogas o al lavado de activos), puede que en ciertas estructuras

terroristas este no sea el fin principal³⁵, sino otro de orden político, aunque en la actualidad existe un entrecruzamiento de propósitos, merced a las alianzas que se gestan entre estructuras criminales de diversa naturaleza.

No confundamos los objetivos con los medios, pues estructurar organizaciones subversivas importa agenciarse de fuertes sumas de dinero. Así, en la doctrina (De la Cuesta Arzamendi) estima que es preferible separar la criminalidad organizada lucrativa de la terrorista políticamente impulsada; aunque, como recuerda Pradel, muchas veces las soluciones ensayadas frente al terrorismo acaban integrándose en la política criminal contra las organizaciones criminales de tipo lucrativo^{36,37}.

Para Fernández, el terrorismo, aun teniendo los condicionantes del crimen organizado en cuanto a su estructura y jerarquía, se distancia principalmente en los fines que persigue, y en los daños victimológicos que produce. Si unos grupos terroristas se financian para la subsistencia de sus grupos y para la proyección de sus acciones bajo justificaciones políticas y ocasionan perjuicios irreparables como la pérdida de vidas humanas, los otros (redes del crimen organizado) buscan el beneficio económico como único fin, viven por y para el crimen como medio de subsistencia, causando en la víctima daños materiales, económicos y personales, estos últimos de menor proporción si tenemos en cuenta que

32 FERNÁNDEZ, J. Ob. cit., p. 3.

33 Se estima en 3 000 millones de dólares anuales el monto de las exportaciones de oro ilegal, según el cálculo realizado por la empresa Macroconsult, por encargo de la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía.

34 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. "Posición de la Unión Europea sobre el crimen organizado". En *Cuadernos de Derecho Judicial*. Nº 2, 2001, p. 117.

35 Véase, al respecto, TERRADILLOS BASOCO, Juan María. "Concepto y método del Derecho Penal económico". En: *Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico*. Colex, Madrid, 2008, p. 47.

36 DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. Ob. cit., p. 88.

37 En opinión de Prado Saldarriaga, la omisión del terrorismo internacional del listado y cuadros se suele justificar precisando que aquel conserva rasgos de autonomía en función a notables diferencias estructurales y finales que lo distinguen frente al conjunto de las manifestaciones de delincuencia organizada incluidas, principalmente por carecer el terrorismo de una motivación lucrativa; PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Ob. cit., p. 37.

las víctimas fallecidas como consecuencia de actos derivados del crimen organizado son menos cuantiosas³⁸.

Si se quiere combatir eficazmente el terrorismo no parece la mejor opción desligar a esta delincuencia del "crimen organizado", no tanto por un cabal entendimiento científico, sino más bien por las incidencias legales que importa su inclusión^{39 40 41}. Con ello también debe darse la precisión de que el hecho de cobijar ciertos comportamientos delictuales en tal conceptualización no debe significar la articulación de una respuesta diametralmente diferenciada del Derecho Penal. Así, pueden flexibilizarse los criterios de imputación jurídico-penal, mas no optarse por el desmantelamiento de las garantías penales sustantivas y procesales asentadas en la cúspide de valores constitucionales.

La Ley N° 30077 considera organización criminal a cualquier agrupación de tres o más personas que se reparten diversas tareas o funciones, cualquiera sea su estructura y ámbito de acción, que, con carácter estable o por tiempo indefinido, se crea, existe o funciona, inequívoca y directamente, de manera concertada y coordinada, con la finalidad de cometer uno o más delitos graves señalados en el artículo 3 de dicha ley.

Se aprecia que no se ha hecho mención al móvil, a los fines que persigue la organización;

esta puede perseguir solo objetivos político-ideológicos, es decir, no necesariamente o puramente "económicos"⁴², por lo que la norma se aparta de los textos internacionales sobre la materia, que los circunscriben a dicho factor; lo que, a nuestro parecer, se muestra político-criminalmente correcto.

En el caso de la legislación penal española, el tema es más preocupante, pues su definición legal (delito de asociación ilícita para delinquir), conforme al Título XXI (Delitos contra la Constitución), Capítulo IV, sobre delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, Sección I, artículo 515.1, dispone que: "Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión, así como las que tengan por objeto cometer o promover la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada"⁴³; mientras que el delito de "organización criminal", en el marco de la LLO 5/2010, en el artículo 570.1, es definida como: "la unión de más de dos personas cuyo fin sea la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas".

Dicha reflexión obedece a dos factores: primero, no se requiere la estabilidad y la vocación de permanencia de la organización y, segundo, se han incluido a las faltas. No resulta concebible que se funde todo un engranaje

38 FERNÁNDEZ, J. Ob. cit., p. 1.

39 Con estas nos referimos al abanico de medidas que pueden adoptar las agencias de persecución penal en el curso de la investigación, como se desprende de la Ley N° 30077.

40 Véase al respecto LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Ob. cit., p. 116.

41 Así, Terradillos Basoco indica que basta con observar bajo la superficie para advertir que, en una multitud de los casos, la financiación del terrorismo exige complejas estructuras económicas que entran de lleno en el concepto de criminalidad organizada. El terrorismo se estructura como empresa, aunque no publicite los nombres de sus directivos; y, como tal, utiliza los canales legales de financiación, con independencia del origen de los fondos; TERRADILLOS BASOCO, Juan María. *Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico*, p. 47.

42 Véase GONZÁLEZ RUS, Juan José. Ob. cit., p. 19.

43 Sobre su escasa aplicación en España, véase CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. "Criminalidad organizada: Concepto, la asociación ilícita, problemas de autoría y participación". En: *Cuadernos de Derecho judicial*. N° 2, 2001, p. 255.

estructural, para cometer hechos de tan bajo nivel de desvalor.

Como bien se acota en la doctrina de dicho país, no se requiere ni la estabilidad de la unión ni la constitución por tiempo indefinido ni el reparto de tareas o funciones dirigidas a la comisión delictiva, lo cual parece poco para legitimar la imposición de una pena de tres años de prisión a quienes todavía no han llegado a realizar siquiera un acto preparatorio de un delito concreto⁴⁴.

Nótese que esta caracterización criminal parte de la consideración de la pertenencia al aparato delictivo como dato suficiente para legitimar la incriminación, sin que sea necesario que se constate la perpetración de delito alguno, como sí debe verificarse en el caso de nuestra norma.

No obstante, como pone de relieve Fernández, la doctrina jurisprudencial ha establecido una serie de requisitos para poder imputar a las redes del crimen organizado el delito de asociación ilícita: pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad; existencia de una organización más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista; consistencia o permanencia, en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio; y el fin de la asociación ha de ser la comisión de delitos, lo que supone una cierta determinación de la ilícita actividad, debiéndose tener en cuenta que el delito se consuma desde el momento en que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva, no pudiéndose considerar

“Si se trata de un delito no comprendido en el listado del artículo 3 de la Ley Nº 30077, pero que incluye la pertenencia a una organización criminal como circunstancia agravante, podrá ser encuadrado en la definición de ‘organización criminal’.”

a la pluralidad de sujetos integrada en la asociación como un caso de codeinfluencia o coparticipación en los delitos de posterior comisión⁴⁵.

III. DELITOS INVOLUCRADOS

La Ley Nº 30077 ha seguido la tónica de regular una lista de aquellos injustos penales susceptibles de encuadrar en el concepto “organización criminal” (artículo 3), catálogo que no es cerrado—como podría pensarse—, pues en un último párrafo se dispone que: “Los alcances de la presente Ley son de aplicación a los delitos en los que se contemple como circunstancia agravante su comisión mediante una organización criminal y a cualquier otro delito cometido en concurso con los previstos en el presente artículo”.

Entonces, si se trata de un delito no comprendido en dicho listado, pero que sí incluye la pertenencia a una organización criminal como circunstancia agravante, podrá ser encuadrado en esta definición, del mismo modo que aquellas otras figuras delictivas que entren en concurso con los delitos enumerados, como podría ser lesiones, falsedad ideológica, homicidio, interceptación telefónica, violación de domicilio, violación de la intimidad, etc.

No se especifica qué clase de “concurso delictivo” se requiere—real o ideal—, por lo que, en principio, podría tratarse de cualquiera. Sin embargo, debe hacerse una aclaración: el hecho punible debe ser el medio o instrumento del que ha de servirse el agente para poder materializar el delito “fin”, una especie

44 GONZÁLEZ RUS, Juan José. Ob. cit., p. 25.

45 FERNÁNDEZ, J. Ob. cit., p. 4; DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. Ob. cit., p. 90.

de "concurso medial"; v. gr. la interceptación telefónica se realiza para poder recabar información y así secuestrar a la víctima; o se insertan datos falsos en documentos de identidad que sirven para sacar personas del país en un contexto de trata de personas.

En la legislación internacional, se ha seguido, en cambio, el criterio del cuántum de la pena del delito, basado en el principio de proporcionalidad, que redundará en una técnica de economía legislativa⁴⁶ y que a la postre no genera problemas con el principio de legalidad, en la medida que si tiempo después un cierto hecho punible es sancionado con una pena más grave, puede ser subsumido en el concepto de crimen organizado; en cambio, el método enunciativo requiere imperiosamente de una reforma de *lege ferenda*.

A nuestro entender, un punto central es que la organización criminal predique su "internacionalización", es decir, que su operatividad delictiva no solo se extienda a varios países, sino que también realice coordinaciones con otras agrupaciones criminales⁴⁷. Los cárteles de la droga, por ejemplo, se vinculan con corporaciones delictivas foráneas, que en ciertas latitudes con banca *offshore* (paraísos fiscales), se encargan del lavado de activos. Conviene destacar que múltiples organizaciones criminales buscan conscientemente la internacionalización de su actividad para utilizar la frontera como protección contra la acción estatal⁴⁸.

IV. LISTADO DELICTIVO

1. Homicidio calificado-asesinato, de conformidad con el artículo 108 del Código Penal.
2. Secuestro, tipificado en el artículo 152 del Código Penal.
3. Trata de personas, tipificado en el artículo 153 del Código Penal.
4. Violación del secreto de las comunicaciones, en la modalidad delictiva tipificada en el artículo 162 del Código Penal.
5. Delitos contra el patrimonio, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 186, 189, 195, 196-A y 197 del Código Penal.
6. Pornografía infantil, tipificada en el artículo 183-A del Código Penal.
7. Extorsión, tipificado en el artículo 200 del Código Penal.
8. Usurpación, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 202 y 204 del Código Penal.
9. Delitos informáticos previstos en la ley penal.
10. Delito contra la propiedad industrial, tipificado en el artículo 222 del Código Penal.
11. Delitos monetarios, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 252, 253 y 254 del Código Penal.

46 De la Cuesta Arzamendi anota que en el campo internacional se tiende al seguimiento de un criterio mixto, en la línea de los tratados de extradición, consistente en la combinación del "método de eliminación" (mediante la exigencia de concurrencia de ciertas características específicas integradas en una "definición general") con el "método de enumeración" de delitos, que han de alcanzar además una determinada gravedad (proporcionalidad) manifestada en el hecho de que merezcan una pena de al menos cuatro años de privación de libertad; DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. Ob. cit., p. 90.

47 Así, Blanco Cordero indica que las grandes organizaciones criminales, si bien originadas en un Estado, operan normalmente más allá de las fronteras nacionales, en diversos Estados, aprovechando las oportunidades de enriquecimiento rápido que ofrece el mercado mediante el recurso a actividades delictivas. Dato básico de estas organizaciones es su carácter fundamentalmente transnacional, por lo que la doctrina las denomina "organizaciones criminales transnacionales"; BLANCO CORDERO, Isidoro. Ob. cit., p. 54.

48 DELGADO MARTÍN, Joaquín. Ob. cit., p. 29.

12. Tenencia, fabricación, tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos y demás delitos tipificados en los artículos 279, 279-A, 279-B, 279-C y 279-D del Código Penal.
13. Delitos contra la salud pública, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 294-A y 294-B del Código Penal.
14. Tráfico ilícito de drogas, en sus diversas modalidades previstas en la Sección II del Capítulo III del Título XII del Libro Segundo del Código Penal.
15. Delito de tráfico ilícito de migrantes, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 303-A y 303-B del Código Penal.
16. Delitos ambientales, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 310-A, 310-B y 310-C del Código Penal.
17. Delito de marcaje o reglaje, previsto en el artículo 317-A del Código Penal.
18. Genocidio, desaparición forzada y tortura, tipificados en los artículos 319, 320 y 321 del Código Penal, respectivamente.
19. Delitos contra la Administración Pública, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 382, 383, 384, 387, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401 del Código Penal.
20. Delito de falsificación de documentos, tipificado en el primer párrafo del artículo 427 del Código Penal.
21. Lavado de activos, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 1, 2, 3, 4, 5 y 6 del Decreto Legislativo Nº 1106, Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros

delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado.

V. PRESUPUESTOS DE CONFIGURACIÓN DEL CRIMEN ORGANIZADO SEGÚN LA LEY Nº 30077

a) Primero, que se trate de *cualquier agrupación de tres o más personas*, es decir, puede tratarse de cualquier estructura organizacional delictiva, conformada o no por una entidad piramidal de mando; ello importa que se puede estar ante una organización criminal de complejo engranaje, llevada al campo de la "transnacionalidad", o ante agrupaciones de alcance operativo y logístico local, regional o nacional. Esto lo reafirmamos cuando la misma ley indica que *cualquiera puede ser su estructura y ámbito de acción*, definiendo agrupaciones criminales de todo calibre.

Esto significa que no será necesario acreditar todos los presupuestos, que por ejemplo se predicen en la hipótesis de la autoría mediata en estructuras organizativas de poder, de modo que puede o no haber ejecutores fungibles de la acción delictiva⁴⁹.

La pluralidad de agentes es la que de cierta forma nos va a indicar el alcance operativo de la organización criminal: si está compuesta por solo tres o cinco integrantes, su operatividad se limita a una circunscripción territorial no muy extendida, y su cadena de mando —al ser pocos sus miembros— es de corte horizontal, deberá evaluarse si puede ser concebida como parte del crimen organizado⁵⁰.

b) Segundo, que se repartan *diversas tareas o funciones*. Este factor es importante en orden a definir la presencia de una verdadera agrupación criminal, que por sí sola

49 Véase PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Derecho Penal. Parte general*. Tomo I, Rhodas, Lima, 2007. pp. 581-585.

50 Véase FERNÁNDEZ, J. Ob. cit., p. 5.

la asemeja al régimen de la coautoría. No obstante, cabe precisar que en estas corporaciones delictivas, los miembros de la cúpula pueden intervenir a nivel preparatorio del plan criminal, como sucede en la "criminalidad empresarial"^{51 52}.

Es decir, acá lo que ha de comprobarse es el control o dominio de los actos ejecutivos, los cuales han de ser emprendidos por los mandos más bajos de la estructura criminal. Estos no se hubieran cometido si es que los miembros que ocupan la cúspide de la organización no hubieran colocado los instrumentos y herramientas indispensables para ello. Siendo así, no nos cabe duda de que todos los integrantes que intervengan en la comisión del hecho punible han de responder como coautores. Únicamente podrán ser considerados partícipes aquellos que colaboran mediante una prestación importante o accesoria, pero que, en definitiva, no formen parte de la estructura criminal.

c) Tercero, la organización criminal compuesta por una pluralidad de agentes debe operar *con carácter estable o por tiempo indefinido*. La vocación de permanencia constituye un ingrediente importante en pos de distinguir la organización delictiva de las bandas criminales u otras agrupaciones similares⁵³, las cuales se reúnen de forma esporádica u ocasional para cometer hechos punibles, y no pueden ser vistas como parte del crimen organizado; de modo que la estabilidad, que ha de verse en la forma sistemática y prolongada de la perpetración delictual, es lo que define la asimilación conceptual.

Esto a su vez comporta señalar que la operatividad delictual puede ser "indefinida" o

"transitoria", pero nunca "ocasional" o "esporádica". En algunas corporaciones delictivas, sobre todo las económicas y patrimoniales, ello podrá verificarse con la vigencia del soporte legal (societario) que las sostiene.

Así, el artículo 3 de la Ley N° 30077 dispone que: "La intervención de los integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma puede ser temporal, ocasional o aislada, debiendo orientarse a la consecución de los objetivos de la organización criminal".

Por ende, se hace referencia a otras personas que, sin formar parte de la estructura piramidal de la organización criminal, colaboran con esta, mediante ciertas aportaciones relevantes en orden a la consecución de sus objetivos delictivos, la cual puede darse de forma permanente u ocasional. Estos agentes habrán de responder como partícipes de las acciones delictivas que cometa la organización criminal. Si son individuos que actúan por encargo, pero sin ostentar membresía de la organización, podrán ser considerados autores de los delitos que cometan, sin embargo, no será admisible su punición como *integrantes de la organización criminal*, aunque sí podrá sostenerse un aumento de la pena de conformidad con el artículo 22 de la Ley N° 30077 (agravante especial), según el cual el juez aumentará la pena hasta en una tercera parte por encima del máximo legal fijado para el delito cometido, sin que en ningún caso pueda exceder los 35 años.

d) Cuarto, la organización debe *existir o funcionar, inequívoca y directamente, de manera concertada y coordinada*⁵⁴. No puede

51 Así, en los delitos económicos, ambientales y en el lavado de activos.

52 Cfr. al respecto, DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. Ob. cit., p. 94.

53 A decir de Prado Saldarriaga, se trata de la característica que mejor reproduce la imagen material del potencial criminógeno de la delincuencia organizada; PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Ob. cit., p. 61.

54 Véase al respecto BUOMPADRE, José. *Manual de Derecho Penal. Parte especial*. Astrea, Buenos Aires, 2012, p. 596.

hablarse de una real organización criminal cuando esta opere de forma improvisada y desordenada. Precisamente, la coordinación y concertación de los diversos mandos estructurales es lo que permite el éxito en la ejecución de los planes criminales, planificados con antelación por los integrantes de la cúpula de la organización. La coordinación y armónico engranaje en la actuación no solo asegura la optimización en la perpetración delictual, sino también la cobertura de impunidad que caracteriza a las agrupaciones criminales.

Así, tal como se ha revelado en el Perú, estas organizaciones actúan con toda impunidad, en virtud de los lazos y alianzas que tienden con las altas esferas de la Policía Nacional. No hay que ser adivino para darse cuenta de que en algunos casos la Policía sabe perfectamente cómo y dónde operan estas organizaciones criminales. No olvidemos que la delincuencia no solo se materializa por comisión, sino también por omisión, cuando personas que asumen ciertos deberes de protección y conservación de la seguridad ciudadana no hacen nada para evitar eventos lesivos a los bienes jurídicos.

Será en el *funcionamiento operativo* en la perpetración delictual lo que nos avizore si una agrupación criminal actúa o no de forma concertada y coordinada, es decir, si sus planes criminales toman lugar de forma sistemática y prolongada en el tiempo, lo cual requiere no solo de elementos logísticos, sino también de "inteligencia", para conocer cómo operan estas organizaciones delictivas. Para golpear certeramente a la delincuencia se requiere actuar con técnicas de inteligencia, que permitan saber cómo operan y donde lo hacen; de ahí que penetrar en sus estructuras

a través de la figura del "agente encubierto" resulta fundamental⁵⁵.

e) Quinto: *la finalidad de cometer uno o más delitos graves señalados en el artículo 3 de la presente ley*. El propósito inequívoco de la organización criminal es el de cometer hechos punibles, por lo que se descartan las faltas. ¿Qué delitos? Aquellos comprendidos en el listado enumerado en el artículo 3 de la Ley Nº 30077, que el legislador considera "graves". Sin embargo, para que estos ilícitos puedan ser incluidos en el concepto de "crimen organizado", a nuestro entender no basta que estén sancionados con penas mayores a los seis años de pena privativa de libertad, sino que, además, deben permitir identificar una realidad criminológica: que su perpetración venga respaldada por una verdadera estructura organizacional piramidal. Puede que en algunos casos el aparato criminal se aboque a cometer un solo hecho punible, pero en la generalidad de los casos ha de encaminarse a la perpetración de varios delitos, que pueden ir promovidos por las figuras concursales aplicables.

VI. DISTINCIÓN DEL "CRIMEN ORGANIZADO" CON OTRAS INSTITUCIONES JURÍDICO-PENALES

Es marcada la tendencia por definir situaciones normativas que de una u otra forma ya se encuentran legisladas en el texto punitivo, es decir, son innumerables las veces en que se procede a regular una determinada circunstancia fáctica que ya estaba regulada en la codificación penal, lo cual avizora una suerte de codicia legislativa innecesaria, que de hecho encuentra mayor calado en contextos como el actual, donde se manifiesta una alarmante

55 Véase al respecto PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Derecho Procesal Penal. Sistema acusatorio. Teoría del caso y técnicas de litigación oral*. Tomo II, Rodbas, Lima, 2011, pp. 317-325.

cifra
 serie
 en es
 perua

Señal
 crimi
 Nº 30
 das e
 digo
 puntu
 de p
 que s
 tado
 todo
 les; y
 para
 Códic

a) |

Los
 van
 nizar
 delit

Nóte
 mine
 el ve
 impl
 zaci
 del t
 go F
 de d
 las
 que
 niza
 encr
 si b
 role
 tos
 prin

UNIDAD III: ASPECTOS DE DISTINCION DEL CRIMEN ORGANIZADO CON OTRAS INSTITUCIONES – PROBLEMAS INTERPRETATIVOS

1. El crimen organizado y su relación con el derecho penal simbólico en el marco de la Ley N° 30077.

EL CRIMEN ORGANIZADO Y SU RELACIÓN
CON EL DERECHO PENAL SIMBÓLICO
EN EL MARCO DE LA LEY N° 30077

Anonimato
Derechos Reservados

Alonso R. PEÑA CABRERA FREYRE*

El autor examina los presupuestos que configuran el concepto de "crimen organizado" regulado por la Ley N° 30077 (agrupación de personas, repartición de tareas, carácter estable, funcionamiento coordinado, y finalidad delictiva), y cómo se pretende enfrentar dicho fenómeno a través de las nuevas reglas penales, procedimentales y de ejecución que dicha ley establece, las cuales deberán aplicarse en armonía con los diversos subtipos penales que agravan los hechos punibles cuando se perpetran mediante una organización criminal (con remisión al artículo 2 de la Ley N° 30077), y con el tipo penal de asociación ilícita, que se satisface con la mera pertenencia del agente a la organización delictiva (artículo 317 del CP).

Criterio del autor

MARCO NORMATIVO

- Código Penal: arts. 48, 80, 189, 297.6 y 317.
- Ley N° 30077: arts. 1, 2, 3 y 22.

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, una de las grandes amenazas a las sociedades modernas es el "crimen organizado", el cual se ha calificado como uno de los flagelos más graves que azota a la

humanidad en su conjunto, y cuya proliferación pone en jaque el desarrollo socioeconómico de las naciones¹, provocando un temor justificable en los ciudadanos².

En palabras de De la Cuesta Arzamendi puede decirse hoy sin exageración que la criminalidad organizada alcanza una dimensión sin precedentes y afecta a prácticamente la totalidad de los países, produciendo una criminalidad grave y creciente que amenaza aspectos fundamentales de la vida económica,

* Profesor de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Docente de la Academia de la Magistratura. Fiscal Adjunto Superior adscrito en la Primera Fiscalía Suprema Penal. Título en Posgrado en Derecho Procesal Penal por la Universidad Castilla-La Mancha (Toledo-España).

¹ Así, Silva Sánchez sostiene que las actividades de la criminalidad organizada han aumentado extraordinariamente en los últimos años, afectando toda la comunidad internacional, y extendiéndose a muchos sectores de la actividad económica, favorecida tanto por la globalización (explosivo desarrollo de los medios de comunicación y transporte) como por la integración supranacional. SILVA SÁNCHEZ, José María. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, p. 63 y ss.

² Como dice González Rus, las razones de esa inquietud y de la alarma social que provoca este fenómeno son obvias, resultando perfectamente compartible la necesidad de afrontar con toda decisión los riesgos inherentes a una manifestación delictiva que ofrece un extraordinario potencial lesivo y a la que debe darse, por tanto, una respuesta penal adecuada; GONZÁLEZ RUS, Juan José. "La criminalidad organizada en el Código Penal español. Propuestas de reforma". En: *Anales del Derecho*. N° 30, 2012, p. 15.

hablarse de una real organización criminal cuando esta opere de forma improvisada y desordenada. Precisamente, la coordinación y concertación de los diversos mandos estructurales es lo que permite el éxito en la ejecución de los planes criminales, planificados con antelación por los integrantes de la cúpula de la organización. La coordinación y armónico engranaje en la actuación no solo asegura la optimización en la perpetración delictual, sino también la cobertura de impunidad que caracteriza a las agrupaciones criminales.

Así, tal como se ha revelado en el Perú, estas organizaciones actúan con toda impunidad, en virtud de los lazos y alianzas que tienden con las altas esferas de la Policía Nacional. No hay que ser adivino para darse cuenta de que en algunos casos la Policía sabe perfectamente cómo y dónde operan estas organizaciones criminales. No olvidemos que la delincuencia no solo se materializa por comisión, sino también por omisión, cuando personas que asumen ciertos deberes de protección y conservación de la seguridad ciudadana no hacen nada para evitar eventos lesivos a los bienes jurídicos.

Será en el *funcionamiento operativo* en la perpetración delictual lo que nos avizore si una agrupación criminal actúa o no de forma concertada y coordinada, es decir, si sus planes criminales toman lugar de forma sistemática y prolongada en el tiempo, lo cual requiere no solo de elementos logísticos, sino también de "inteligencia", para conocer cómo operan estas organizaciones delictivas. Para golpear certeramente a la delincuencia se requiere actuar con técnicas de inteligencia, que permitan saber cómo operan y donde lo hacen; de ahí que penetrar en sus estructuras

a través de la figura del "agente encubierto" resulta fundamental⁵⁵.

e) Quinto: *la finalidad de cometer uno o más delitos graves señalados en el artículo 3 de la presente ley*. El propósito inequívoco de la organización criminal es el de cometer hechos punibles, por lo que se descartan las *faltas*. ¿Qué delitos? Aquellos comprendidos en el listado enumerado en el artículo 3 de la Ley N° 30077, que el legislador considera "graves". Sin embargo, para que estos ilícitos puedan ser incluidos en el concepto de "crimen organizado", a nuestro entender no basta que estén sancionados con penas mayores a los seis años de pena privativa de libertad, sino que, además, deben permitir identificar una realidad criminológica: que su perpetración venga respaldada por una verdadera estructura organizacional piramidal. Puede que en algunos casos el aparato criminal se aboque a cometer un solo hecho punible, pero en la generalidad de los casos ha de encaminarse a la perpetración de varios delitos, que pueden ir promovidos por las figuras concursales aplicables.

VI. DISTINCIÓN DEL "CRIMEN ORGANIZADO" CON OTRAS INSTITUCIONES JURÍDICO-PENALES

Es marcada la tendencia por definir situaciones normativas que de una u otra forma ya se encuentran legisladas en el texto punitivo, es decir, son innumerables las veces en que se procede a regular una determinada circunstancia fáctica que ya estaba regulada en la codificación penal, lo cual avizora una suerte de codicia legislativa innecesaria, que de hecho encuentra mayor calado en contextos como el actual, donde se manifiesta una alarmante

55 Véase al respecto PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Derecho Procesal Penal. Sistema acusatorio. Teoría del caso y técnicas de litigación oral*. Tomo II, Rodhas, Lima, 2011, pp. 317-325.

cifra
serie
en est
perua

Señal:
crimib
Nº 30
das en
digo l
puntu
de pe
que s
tado
todo
les; y
para
Códig

a) l
l

Los t
van p
nizac
delit

Nóte
minc
el ve
impl
zació
del t
go P
de d
las
que
niza
encc
si b
role
tos
prin

cifra delincencial, protagonizada por una serie de grupos criminales que han puesto en estado de zozobra y pánico a la población peruana.

Señalábamos líneas atrás que situaciones criminológicas como la descrita en la Ley N° 30077, de cierta forma ya estaban plasmadas en algunas tipificaciones penales del Código Penal. Nos referimos a dos instituciones puntuales: primero, a los subtipos agravados de pertenencia a una organización criminal que se acostumbra encuadrar al final del listado de circunstancias de agravación, sobre todo en el marco de los delitos convencionales; y segundo, al tipo penal de organización para delinquir, previsto en el artículo 317 del Código Penal.

a) La pertenencia a una organización criminal como subtipo agravado

Los tipos penales específicos ya no se agravan por actuar como integrante de una organización destinada a perpetrar determinados delitos, sino de una organización "criminal".

Nótese que la diferencia estribaría en la terminología empleada, al haber añadido la ley el vocablo "criminal". Nosotros entendíamos implícitamente que se trataba de una *organización delictiva*, conforme también se infería del texto normativo del artículo 317 del Código Penal. Con el concepto aludido se pretende dotar de una mayor expresión lingüística a las agravantes, de alcances más portentosos que utilitarios, en la medida que entre *organización criminal* y *organización delictiva* no encontramos una diferencia importante. Así, si bien la primera alude, por ejemplo, a los roles de las estructuras organizacionales, estos se desprendían ya de la regulación penal primigenia. Lógicamente, la posibilidad de

determinar la agravación, conforme a la reforma de los tipos penales efectuada por la Ley N° 30077, supone verificar si el caso concreto encaja dentro del concepto establecido en el artículo 2 de la referida ley.

Lo dicho debe ser matizado, pues en la práctica no ha sido fácil para los operadores jurídicos —jueces y fiscales— acreditar con toda rigurosidad la pertenencia de un encausado a una organización delictiva dedicada a cometer cierto tipo de delitos, lo cual ha llevado a dos opciones: una, a decantarse por la circunstancia de la pluralidad de agentes, sobre todo en el ámbito del tráfico ilícito de drogas⁵⁶; y la otra, la más recurrida, a subsumir la conducta bajo los alcances normativos del artículo 317 del Código Penal. Evidentemente, la primera opción difiere sustancialmente de los alcances de la pertenencia a una organización delictiva, lo cual se advierte del Acuerdo Plenario N° 8-2007/CJ-116, que en el fundamento 2 señala que:

"La diferenciación sistemática que realiza el artículo 189 del Código Penal, respecto a la intervención de una pluralidad de agentes en la comisión de un robo, permite sostener que se trata de dos circunstancias agravantes distintas. Por un lado, la pluralidad de agentes prevista en el inciso 4 del primer párrafo alude a un concierto criminal en el que el proceder delictivo conjunto es circunstancial y no permanente. Se trata, pues, de un supuesto básico de coautoría o coparticipación, en el que los agentes no están vinculados con una estructura organizacional y con un proyecto delictivo de ejecución continua. Por otro lado, la agravante que contempla el párrafo *in fine* del citado artículo alude a un proceder singular o plural de agentes

56 Véase al respecto PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Derecho Penal. Parte especial*, pp. 110-114.

de una organización criminal, sea esta de estructura jerárquica-vertical o flexible-horizontal".

Lo anotado nos permite distinguir la coautoría de la pertenencia a una organización criminal. En la primera basta con advertir la concurrencia de varias personas, confluidas en una voluntad criminal que, con división de funciones en la etapa ejecutiva del delito, definen una situación compartimentada del hecho como una "unidad" y con "imputación recíproca" de sus consecuencias lesivas

La vocación de "permanencia" y la "estabilidad" son los rasgos fundamentales que diferencian un régimen punitivo del otro, máxime si en la organización delictiva todos son considerados "autores" de acuerdo al artículo 317 del Código Penal. La identificación de *líderes, jefes, cabecillas o dirigentes*, a nuestro entender, evoca conceptos propios más del campo criminológico, que de todas formas ha servido al legislador para establecer un incremento significativo de la pena aplicable⁵⁷.

Por lo demás, debe observarse que si bien en el caso del robo agravado, el concurso de dos o más personas significa una pena menor (no menor de 12 ni mayor de 20 años de pena privativa de libertad), que cuando el agente actúa en calidad de integrante de una organización criminal (pena de cadena perpetua), no sucede lo mismo en el tráfico ilícito de drogas agravado, pues el inciso 6 del artículo 297 regula a un mismo nivel de tipificación la concurrencia de una pluralidad de agentes y el hecho de ser integrante de una organización

criminal dedicada al tráfico ilícito de drogas, al estar reprimidos ambos supuestos con la misma pena (privación de la libertad no menor de 15 ni mayor de 25 años)⁵⁸.

En suma, no encontramos mayor distinción entre la terminología usada en la redacción originaria de los subtipos agravados y la empleada por la Ley N° 30077. La particularidad es que ahora el intérprete, para definir su concurrencia, deberá remitirse a los elementos que subyacen en el artículo 2 *in fine* de la ley, para verificar si distan o no de los que componen la figura de organización a delinquir (artículo 317 del Código Penal).

b) La distinción entre la calidad de miembro de una organización delictiva y el delito de organización para delinquir

El artículo 317⁵⁹, en su redacción primigenia, estaba redactado de la siguiente forma: "El que *forma parte* de una organización de dos o más personas destinada a cometer delitos será reprimido por el solo hecho de ser miembro de la misma, con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años".

Conforme a la redacción efectuada por la Ley N° 30077 señala: "El que *constituya, promueva o integre* una organización de dos o más personas destinada a cometer delitos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años".

En primera línea, se observa que el legislador ha querido extender el ámbito autoral, al referirse de forma expresa al que *constituye*, que en puridad es el "fundador": todos aquellos que hacen posible la conformación de

57 Artículo 22 de la Ley N° 30077.

58 Sobre sus notas distintivas, véase el Acuerdo Plenario N° 3-2005/CJ-116; PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos. Perspectivas dogmáticas y político-criminales*. Rodhas, Lima, 2013.

59 En la doctrina Córdoba Roda y García-Pablos de Molina, la conciben como el resultado de la unión de una pluralidad de personas, dotada de una entidad independiente de sus miembros, con un esbozo de organización, jerarquía y división del trabajo, y dirigida al logro de un fin delictivo; citados por GONZÁLEZ RUS, Juan José. Ob. cit., p. 21.

Estabilidad

Espec - Genero

la organización, esto es, los individuos que prestan las condiciones que viabilizan la configuración de la empresa criminal, la cual sin su aporte no se hubiese creado, sea mediante una contribución económica, logística u operativa.

la Ley N° 30077, que a primera vista revela una mayor expresión taxativa de presupuestos, en tanto se refiere al reparto de tareas o funciones, así como al carácter estable o por tiempo indefinido, y a la forma concertada y coordinada de actuar para cometer uno o más delitos graves.

Por su parte, el *promotor* es una especie de instigador: quien convoca al resto de los miembros, quien los convence a formar parte del aparato criminal, el que engendra la idea en todos los integrantes para gestar el cuerpo delictivo organizacional⁶⁰.

El primer punto a abordar sería si la ley especial recoge una expresión de mayor intensidad criminal, y si las organizaciones que podrían subsumirse en tal concepto implicarían una envergadura delictual de mayor alcance que la prevista en el artículo 317 del Código Penal. No nos dejemos llevar por la mayor cantidad de componentes de configuración típica, pues como los estudios doctrinales y lineamientos jurisprudenciales se han encargado de esbozar, al tipo penal mencionado también se le ha dotado de la vocación de permanencia y de estabilidad⁶¹ (de sus miembros), exigiéndose, asimismo, una división de funciones o roles, y una estructura organizativa de evidente jerarquización (vertical y horizontal), que puede ser de extensión operativa local, regional y hasta internacional.

La pregunta es la siguiente: ¿No es acaso el "fundador" y el "promotor" de la organización delictiva a su vez integrante de la misma? Claro que sí, muy difícilmente podrá verificarse un fundador del aparato criminal que, luego de constituido, se aparte inmediatamente de él, o de un promotor que siga la misma suerte. Sin duda, definir con toda precisión la intervención de cada una de estas personas en la tipificación legal es hacer uso de una especie de pedagogía normativa, lógicamente con el propósito de evitar que algunos agentes -por motivos de estricta legalidad- puedan sustraerse del ámbito de punición, lo que en verdad no sucedería con la redacción anterior si se acude a correctos métodos interpretativos.

Sin duda, no puede hablarse de una verdadera organización delictiva si sus miembros no actúan de manera concertada y coordinada. Así, la punición del hecho de agruparse organizadamente para cometer delitos, anticipando el momento de la intervención penal, supone la creación de una organización con vocación de

Sea cual fuere la estructuración normativa, debemos confrontarla con la establecida en

la clase de Delitos miembros

60 Zúñiga Rodríguez cita la propuesta formulada por un grupo de expertos entre los años 1998-2000, en la ciudad de Palermo, con el propósito de elaborar el Proyecto común europeo de lucha contra la criminalidad organizada, donde se propone justamente, distinguirse la penalidad en orden al grado de participación en la organización criminal, en las organizaciones jerárquicamente estructuradas. Quienes son fundadores o dirigentes de la organización criminal deben tener mayor pena que otros participantes como financiadores, miembros activos, promotores, etc. Se trata, pues, de establecer el principio de proporcionalidad en las penas según el grado de responsabilidad en la organización; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Ob. cit., p. 5.

61 Así, Buompadre, en la doctrina argentina, anota que la organización debe tener cierta permanencia, vale decir, una relativa estabilidad, duración, cierta continuidad que revele la existencia de un contexto delictivo plural dedicado a fin criminoso. La permanencia en la asociación es lo que distingue la asociación ilícita de la convergencia transitoria propia de la participación; BUOMPADRE, José. Ob. cit., p. 596; TERRAGNI, Marco Antonio. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo III, La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 223.

estabilidad y permanencia, cuya finalidad sea la lesión efectiva de bienes jurídicos⁶².

Por tales motivos, no se advierte distinción importante entre una y otra figura normativa: mientras que una se construye de forma normativamente taxativa, la otra se deduce desde lineamientos marcadamente interpretativos⁶³. Los móviles tampoco son predicables, en tanto que si estos son de orden económico o político igual pueden asimilarse a una u otra figura.

En lo que al marco penal se refiere, el segundo párrafo del artículo 317 del Código Penal prescribe una pena que oscila entre los 8 y los 15 años de pena privativa de libertad. Esta pena es la misma que la prevista en el delito de hurto agravado conforme al último párrafo del artículo 186 del Código Penal; y mucho menor que la pena señalada para el delito de robo agravado cuando el agente actúa en calidad de integrante de una organización criminal, que es de cadena perpetua. Esto se explica en coyunturas sociológicas donde el legislador trata de dar una respuesta penal pronta al fenómeno delictivo, sin reparar en la necesidad de diferenciar determinadas situaciones de desvalor antijurídico⁶⁴.

El principio de proporcionalidad de las penas debe ir en compás con el contenido material del injusto penal, y usarse también para

distinguir la sanción que corresponde a cada hecho punible; pues no es lo mismo pertenecer a una organización criminal destinada a cometer hurtos, que pertenecer a otra que se dedica al robo, trata de personas⁶⁵ o tráfico ilícito de drogas⁶⁶.

Por lo demás, cuando se procede a la aplicación del tipo del artículo 317 del Código Penal, ya no resulta factible la valoración por el subtipo agravado del delito específico, quedando la opción del concurso ideal de delitos⁶⁷, que puede aumentar la pena de forma significativa. Piénsese en el tipo básico de hurto, donde la cuarta parte de 15 años es casi 4 años, por lo que la pena puede llegar hasta casi 20 años, que es mayor a la que se obtiene aplicando el último párrafo del artículo 186 del Código Penal.

De todos modos, debe enfatizarse en que la aplicación del subtipo agravado amerita constatar la comisión de cualquiera de los hechos punibles –en su tipo base– contenidos en el listado del artículo 3 de la Ley Nº 30077, mientras que la organización para delinquir constituye un delito de peligro abstracto⁶⁸, según la naturaleza supraindividual del bien jurídico tutelado, lo que de cierta forma justifica la distinta penalidad.

Más allá de las diferencias penológicas, no advertimos una distinción sustantiva notable,

62 GONZÁLEZ RUS, Juan José. Ob. cit., p. 23.

63 Por lo demás, que la organización se haya constituido desde un principio, con un propósito de cometer delitos, o que esta luego, después en el proceder de su marcha societaria, mezcle actividades lícitas con actividades ilícitas, no es tampoco un matiz a considerar, el cual no se desprende de la construcción conceptual de la Ley Nº 30077. Cfr., GONZÁLEZ RUS, Juan José. Ob. cit., p. 20.

64 Véase PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Derecho Penal. Parte especial*. Tomo II, 2ª edición, Idemsa, Lima, 2011, pp. 253-256.

65 No menor de 25 años de pena privativa de libertad.

66 De 15 a 25 años de pena privativa de libertad.

67 Luego de la reforma realizada en el artículo 48 del Código Penal.

68 Así, Terragni en la doctrina argentina, señala que se trata de un delito para cuya existencia no se requiere la producción de un resultado material; si, obviamente, de la conducta –que se pueda procesalmente probar– consistente en constituirse en la porción de un todo: el grupo conformado para delinquir; TERRAGNI, Marco Antonio. Ob. cit., p. 220.

tomación ;
to sus
siguie
jurídi
es qu
tipos
por le
haya
dos en
del C
a la o
cione
interio

Nótes
Nº 3C
organ
de ext
pues c
sea su
ve, la
un tie
que e
muy j
de or
mínin
ra mii

Estim
ge me
delinc
y jurí
años;
yor e
en tar
o más
del C
organ

En su
dor ju
con ri
figura

tomando en cuenta que el delito de organización a delinquir ha de ser un comportamiento susceptible de perturbar la "paz pública", siguiendo el patrón sistematizador del bien jurídico protegido. Lo que sí debe apuntarse es que la aplicación de cualquiera de los subtipos agravados, según la definición efectuada por la Ley N° 30077, requiere que el agente haya cometido alguno de los delitos señalados en la misma, mientras que el artículo 317 del Código Penal tipifica la mera pertenencia a la organización, sin perjuicio de que se sancionen los delitos que se perpetran desde su interior⁶⁹.

Nótese que la definición realizada por la Ley N° 30077 no requiere necesariamente de una organización criminal de gran envergadura o de extensión territorial operativa significativa, pues comprende a organizaciones "cualquiera sea su estructura y ámbito de acción". Incluso, la permanencia no tiene por qué alcanzar un tiempo indefinido, basta su estabilidad o que exista transitoriamente, con intervalos no muy prolongados. Se castiga así toda forma de organización transitoria, bastando lazos mínimos de cohesión criminal y una estructura mínimamente instituida.

Estimo así que inclusive la Ley N° 30077 exige menos requisitos que la organización para delinquir, siguiendo los criterios doctrinales y jurisprudenciales delineados en los últimos años; el único factor que implicaría una mayor exigencia sería el número de integrantes, en tanto la Ley N° 30077 hace alusión a tres o más personas, en tanto que el artículo 317 del Código Penal exige formar parte de una organización de dos o más personas.

En suma, sea una u otra figura, igual el operador jurídico necesariamente deberá verificar con rigor cada uno de los presupuestos de configuración, sea del tipo legal de organización

para delinquir o del de ser miembro de una organización criminal, con el matiz particular de que en este último caso debe acreditarse también su participación en un evento delictivo concreto. De ahí que sean figuras punitivas en puridad excluyentes: si se quiere optar por el artículo 317 del Código Penal y se aprecia la concurrencia de un delito como el robo, se tendrá que afirmar un concurso con el tipo base, mas si se advierte la presencia de una agravante distinta a la criminológica, también podrá recurrirse al artículo 189 del Código Penal. En nuestro caso, por tanto, estamos ante una "doble vía" de punición, pues la aplicación de la organización criminal viene secundada por la existencia de subtipos agravados.

VII. CONSIDERACIONES FINALES

El crimen organizado es una de las amenazas más importantes del nuevo milenio en todo el orbe. Las naciones se ven amenazadas en sus cimientos democráticos por las estructuras criminales que se han ido extendiendo significativamente, producto de la "globalización", el avance de la tecnología, la apertura de los mercados, el incentivo de la inversión extranjera y nacional, entre otros factores.

No puede decirse que sea un fenómeno nuevo, sino que ha adquirido dimensiones transnacionales, lo que genera la necesidad de articular respuestas concertadas entre los países para hacerle frente. Esta política criminal internacional se va proyectando en las normativas nacionales conforme a las definiciones recogidas en los convenios y tratados internacionales sobre la materia; empero, finalmente cada país acoge las conceptualizaciones que mejor se acomodan a su realidad criminológica.

Esto no significa que la legislación peruana no regule instituciones jurídico-penales que

⁶⁹ Véase PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Derecho Penal. Parte especial*. Tomo IV, pp. 439-440.

se le parezcan, sin embargo, la necesidad de desplegar efectos comunicativos simbólicos a la colectividad⁷⁰, ha determinado el uso de terminologías portentosas en el contexto de coyunturas sociopolíticas que así lo demandan, por parte de un legislador proclive a incidir en un estado perceptivo (subjetivo) de seguridad “cognitiva”.

Sin duda, la regulación de una ley especial de lucha contra el “crimen organizado” manifiesta una expansión del Derecho Penal, no en relación con el objeto jurídico de tutela, sino más bien con la respuesta punitiva, prueba de lo cual son las reformas efectuadas en la parte especial, donde se ha realizado un agravamiento del marco penal⁷¹ 72, que se hubiera podido también alcanzar sin tener que acudir a la laboriosa técnica legislativa de una ley penal especial. Lo peligroso, en todo caso, es que la remisión a determinados conceptos implique apelar a definiciones más criminológicas que punitivas, basadas en las posiciones personales del agente en las estructuras organizacionales delincuenciales,

lo que puede anclar en el llamado “Derecho Penal del enemigo”.

No olvidemos, que la Ley Nº 30077 viene secundada por todo un arsenal de medidas procesales⁷³ y otras de ejecución penal⁷⁴, realizando un tratamiento procedimental particularizado, empezando por la aplicación del CPP de 2004, tal como lo indica su artículo 1: “La presente Ley tiene por objeto fijar las reglas y procedimientos relativos a la investigación, juzgamiento y sanción de los delitos cometidos por organizaciones criminales”.

Cuestión importante es que cuando hablamos de “crimen organizado”, no solo estamos ante estructuras criminales que en su accionar emplean violencia extrema⁷⁵; v. gr. las mafias o los cárteles de la droga, sino también ante la criminalidad económica y a la corrupción política, que utilizan métodos más sofisticados y complejos, y no por ello menos lesivos a los bienes jurídicos protegidos. En este ámbito se encuentran, por ejemplo, las organizaciones delictivas que se dedican al lavado de activos, que mueven ingentes sumas de dinero, o la

70 Así, Silva Sánchez sostiene que la función simbólica o retórica de las normas penales se caracteriza por dar lugar, más que a la resolución directa del problema jurídico-penal (a la protección de bienes jurídicos), a la producción en la opinión pública de la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Ob. cit., p. 482.

71 De repercusión también en el ámbito de la prescripción de la acción penal, en tanto el artículo 80 del Código Penal, luego de la modificación realizada por la Ley Nº 30077, ha implicado extender la duplicitad de los plazos prescriptivos.

72 Aparejado a un factor a tomar en cuenta al momento de la determinación e individualización de la pena por parte del juzgador: hasta en una tercera parte por encima del máximo legal fijado por el delito cometido, sin que pueda exceder los 35 años de pena privativa de libertad; lo cual podría haberse conseguido también con una inclusión en la parte general, como es el caso de la calidad especial (funcional) del agente, o las instituciones de la reincidencia y la habitualidad.

73 Incautación, decomiso y consecuencias jurídicas (similares al artículo 105 del Código Penal).

74 Prohibición de beneficios penitenciarios.

75 Las cuales han colocado en vilo, en un estado de zozobra y pánico a la población nacional, sobre todo en el norte del país, como en las ciudades de Trujillo y de Chiclayo, donde operan numerosas organizaciones criminales, sostenidas y articuladas sobre sólidas estructuras fundacionales, que no dudan en extorsionar a comerciantes, empresarios y todo aquel que revele signos de riqueza; ni en asaltar a cualquier ciudadano para apoderarse desde infimas hasta cuantiosas sumas de dinero. A ello debe añadirse el sicariato, que opera en muchos lugares del territorio nacional, y los asaltos a mano armada que se producen en las carreteras. Esta situación pone al desnudo la denominada “sociedad del riesgo”, que hemos analizado en otro trabajo sobre esa materia; PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Los procesos penales especiales y el Derecho Penal frente al terrorismo*, pp. 467-473.

criminalidad informática, que hace uso de la tecnología para perpetrar sus planes delictivos con mayor facilidad sin ser descubiertos⁷⁶.

Nuestra postura dogmática es, como se ha indicado, apelar a una u otra institución⁷⁷: sea acudiendo a la fórmula de los subtipos agravados, en cuanto agravan los marcos penales, como de cierta forma se expresa con la Ley N° 30077; o al tipo penal de "organización para delinquir", teniendo en cuenta que el primero requiere para su aplicación verificar la comisión concreta de un hecho punible, mientras el segundo solo constatar la pertenencia del agente a la organización delictiva.

Esta situación muestra la justificación ponderativa de que la opción por la circunstancia de agravación defina una penalidad más intensa, sin perjuicio de destacar que la opción por el artículo 317 del Código Penal en concurso

delictivo con el tipo base del delito específico, puede desencadenar también una penalidad más enérgica, de acuerdo con la regla concursal prevista en el artículo 48 del Código Penal. Entonces, a diferencia de otras constelaciones legislativas, nuestra normativa se decanta por la "doble vía", cuya particularidad estriba en que en la aplicación de los subtipos agravados requiere una remisión al concepto contenido en el artículo 2 de la Ley N° 30077.

Este, en todo caso, es el panorama de política penal, pues dicha portentosa legislación de nada va a servir⁷⁸ si es que no se dan medidas políticas concretas, en el sentido de extirpar del seno de las instituciones públicas comprometidas con la lucha contra el crimen todo viso de corrupción, así como de cultivar en las nuevas generaciones los valores más importantes de todo sistema democrático de Derecho.

76 Véase al respecto DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. Ob. cit., p. 150.

77 González Rus indica que la opción político-criminal más adecuada para castigar la participación en la criminalidad organizada es a través de la previsión de tipos agravados en áreas delictivas concretas, o a través del delito de organización criminal. Utilizar solo la vía de los subtipos agravados en razón de la participación en una organización criminal, incluso transitoria, permitiría dar un tratamiento particularizado a determinados delitos, que tome en cuenta las circunstancias peculiares de cada uno, lo que no puede lograrse con una previsión de carácter general; GONZÁLEZ RUS, Juan José. Ob. cit., pp. 37-38.

78 A decir de De la Cuesta Arzamendi, la actuación del Derecho Penal que se extiende ya en todos los planos, al erigirse las organizaciones criminales en un problema internacional, transfronterizo y multidisciplinar, no ha de ser el único instrumento, sino la cadena final, sin perder el "referente comunitario", de una serie de medidas y estrategias preventivas, un ámbito donde el concepto de criminalidad organizada encuentra mayor juego; DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. Ob. cit., p. 123.

UNIDAD III: ASPECTOS DE DISTINCION DEL CRIMEN ORGANIZADO CON OTRAS INSTITUCIONES – PROBLEMAS INTERPRETATIVOS

2. Víctor Pardo Saldarriaga. La criminalidad organizada y Lavado de Activos. Editorial Idemsa. Págs. 31-59

Lectura obligatoria a Modulo III-2

VÍCTOR PRADO SALDARRIAGA

CRIMINALIDAD ORGANIZADA Y LAVADO DE ACTIVOS

Prólogo
Javier A. Zaragoza Aguado

31-59


IDEMSA
Lima - Perú

1. UN NUEVO PROBLEMA CRIMINAL

Es indudable, como alegan DE LA CORTE IBAÑEZ y GÍMENEZ-SALINAS, que *“la criminalidad organizada no es, ni mucho menos, un fenómeno reciente. Su repercusión en la historia social y política de varios países ha sido realmente profunda, en algunos casos con secuelas que se prolongan hasta su realidad presente”* (Luis de la Corte Ibañez y Andrea Giménez-Salinas Framis. Crimen.Org. Ariel. Barcelona. 2010, p. 8). Pero también deviene en incuestionable, lo sostenido por LAMAS PUCCIO, en torno a que *“el fenómeno criminal ha venido cambiando en la medida en que el mundo ha evolucionado”* (Luis LAMAS PUCCIO. Criminalidad Organizada, Seguridad Ciudadana y Reforma Penal. Revista Peruana de Ciencias Penales N° 23. 2012, p. 311). En ese contexto, pues, las ventajas y desventajas de procesos como la sociedad post industrial, la globalización y la era del conocimiento, que identifican el desarrollo social, político, económico y científico de nuestra época, no sólo influyen con sus transformaciones en el modo de pensar, actuar y vivir de las personas, sino que ellas repercuten también en otros componentes colectivos o estructurales como el medio ambiente, la seguridad interna e internacional, las comunicaciones sociales y, obviamente, las tendencias de la ilegalidad y el crimen. En este último escenario como destaca GARLAND, los costos de la asimilación y adaptación a estos cambios e innovaciones de los sistemas estatales de control de la criminalidad, son en diferentes planos como el psicosocial, el político o el cultural muy significativos. Según el citado autor: *“Los nuevos esquemas de control del delito implican, sin embargo, ciertos costos sociales que son, a largo plazo, más difíciles de afrontar. El recrudescimiento de las divisiones sociales y raciales; el reforzamiento de los procesos criminogénicos; la alienación de grandes grupos sociales; el desprestigio de la autoridad legal; una reducción de la tolerancia cívica; una tendencia hacia el autoritarismo; estos son la clase de resultados que pueden emanar de descansar en los mecanismos penales para mantener el*

orden social" (David Garland. La Cultura del Control: Crimen y Orden Social en la Sociedad Contemporánea. Gedisa Editorial. Barcelona. 2005, p. 329).

Evidencia contrastable de esta interrelación es que en los últimos 30 años se han detectado modificaciones importantes en la dinámica operativa, en las manifestaciones cualitativas y cuantitativas, así como en la percepción y el tratamiento de la criminalidad. Por ejemplo, se ha verificado el surgimiento y rápido desarrollo de nuevas formas de delincuencia no convencional, que operan, alternativa o sucesivamente, en varios escenarios como la actividad económica, el ejercicio del poder político y la experimentación de nuevas tecnologías. Paralelamente se han construido sistemas internacionales de control del delito y se ha intensificado la aplicación de nuevas metodologías para la prevención de la criminalidad. Esta constatación ha sido interpretada por la doctrina penal como un efecto sustitución previsible de la globalización y de la integración de los mercados. Pero, además, en ese inédito y dinámico espacio, la geopolítica de la criminalidad como advierte Jean-François GAYRAUD, se desplaza y desenvuelve de modo discreto a la vez que expansivo, *"el fenómeno mafia implica una interesante paradoja que se puede formular en los siguientes términos: crimen de muy alta intensidad y muy baja visibilidad"* (Jean-François GAYRAUD. El G9 de las Mafias en el Mundo. Geopolítica del Crimen Organizado. Tendencias Editores. Barcelona. 2007, p. 27). Igualmente, la Internet coadyuva a la inclusión de una ciberdelincuencia que *"se aprovecha de la dificultad que tiene la persecución de los delitos en este medio y del anonimato que le ofrece el miso"* (Covadonga Mellada Fernández. El uso de las nuevas tecnologías como método del blanqueo de capitales. Revista Penal N° 31. 2013, p. 162).

Al respecto SILVA SÁNCHEZ ha señalado que todo ello no es más que un sistema de consecuencias funcionales a tales procesos. En tal sentido, *"los fenómenos económicos de la globalización y de la integración económica dan lugar a la conformación de modalidades nuevas de delitos clásicos, así como a la aparición de nuevas formas delictivas. Así, la integración genera una delincuencia contra los intereses financieros de la comunidad producto de la integración (fraude al presupuesto -criminalidad arancelaria-, fraude de subvenciones), al mismo tiempo que contempla la corrupción de funcionarios de las instituciones de la integración. Por lo demás, generan la aparición de una nueva concepción de lo delictivo, centrada en elementos tradicionalmente ajenos a la idea de delincuencia como fenómeno marginal; en particular, los elementos de organización, transnacionalidad y poder económico. Criminalidad organizada, criminalidad internacional y criminalidad de los poderosos son, probablemente, las expresiones que mejor definen los*

ra:
SIL
19:

rist
sar
cap
dac
ingi
tos,
terc
org
crin
obs
tiva,
Se t
en c
acti
hasi
proc
chez
Unic
la pa
de la
Jan-
com
near
occio
para
la cri
actua

A
renov
de or
ubica
y el tr
nucle
y mer
tro de

rasgos generales de la delincuencia de la globalización" (Cfr. Jesús María SILVA SÁNCHEZ. La Expansión del Derecho Penal. Cuadernos Civitas. Madrid. 1999, p. 69 y ss.).

La presencia, pues, en este período, de delitos inéditos cuyas características esenciales radican en provenir de estructuras organizadas empresarialmente, que aplican un *modus operandi* sofisticado e internacional, con capacidad suficiente para proveerse de eficientes mecanismos de impunidad, a la vez que asegurar una incesante acumulación ilícita de millonarios ingresos, ha merecido la atención y preocupación de los especialistas. Estos, desde distintas perspectivas y enfoques, han coincidido en admitir que el tercer milenio transcurrirá vinculado a formas innovadas de **criminalidad organizada**. Como precisan BLANCO Y SÁNCHEZ: "*Frente a las actividades criminales clásicas, llevadas a cabo básicamente de manera individual, se observa en la actualidad una evolución hacia una criminalidad más corporativa, hacia el crimen como empresa: es el denominado crimen organizado. Se trata de grupos de delincuentes organizados, que se encuentran además en condiciones de actuar tanto en la vertiente legal como en la ilegal de la actividad política y económica, cuya influencia en estos ámbitos se extiende hasta poder, incluso, condicionar negativamente sectores enteros de la vida productiva, social e institucional*" (Cfr. Isidoro Blanco Cordero e Isabel Sánchez García de Paz. Principales Instrumentos Internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: La definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio, Revista Penal Nº 6. 2000, p.3). Al respecto, Jan-Michael SIMON ha llegado a interpretar que "*la criminalidad organizada como problema actual del Derecho penal es particularmente apta para delinear a nivel transnacional las mutaciones en la estructura del Derecho penal occidental a lo largo de un periodo prolongado y señalar las consecuencias para el sistema punitivo*" (Jan-Michael Simon. Temas para el debate sobre la criminalidad, evolución del Derecho Penal y crítica al Derecho penal en la actualidad. Editores del Puerto. Buenos Aires. 2009, p.399)

Ahora bien, el catálogo de infracciones penales que se atribuye a esta renovada delincuencia es bastante amplio. Es así que junto a típicos delitos de organización como el tráfico ilícito de drogas o la trata de personas, se ubican también otras conductas ilícitas inicialmente atípicas como el hurto y el tráfico del genoma vegetal o tan insólitas como la venta de tecnología nuclear, las cuales han permitido en la actualidad activar rentables industrias y mercados transnacionales dedicadas a la medicina naturista o al suministro de sofisticada tecnología de defensa y seguridad. Según LÓPEZ BARJA DE

QUIROGA la nueva criminalidad organizada está relacionada con la realización de los siguientes delitos:

- Delitos financieros.
- El blanqueo de capitales.
- La trata de personas con fines de explotación sexual u otros fines.
- El tráfico de drogas.
- El tráfico de armas y explosivos.
- El tráfico de bienes procedentes de sustracción (como por ejemplo, obras de arte, vehículos, etc.).
- La corrupción (cohechos a funcionarios públicos, fraude de subvenciones, etc.).
- La falsificación de moneda.
- La inmigración ilegal.
- Los delitos basados en alta tecnología (como la delincuencia informática).
- Los delitos contra el medio ambiente de carácter grave.

Sobre las características particulares de la operatividad de estos delitos de criminalidad organizada son ilustrativos los comentarios y datos aportados por MONTROYA (Cfr. Mario D. Montoya. *Mafia y crimen organizado*. Ad Hoc. Buenos Aires. 2004, p. 335 y ss.)

La Ley Penal Contra el Crimen Organizado (Ley 30077), promulgada el 19 de agosto de 2013, en su artículo 3° hace también un largo enunciado que comprende 21 modalidades delictivas a las que el legislador nacional asimila a la criminalidad organizada y entre las cuales se incluye a la mayoría de las tipologías delictivas mencionadas, pero se excluye al delito de terrorismo.

Ahora bien, sobre la base de estudios publicados el 2007 por Jaan VAN DIJK y que comprenden la elaboración de un Índice Compuesto del Crimen Organizado, el cual incorpora también la presencia del lavado de activos, DE LA CORTE IBAÑEZ y GIMENEZ-SALINAS han elaborado los cuadros que a continuación reproducimos (Tomados de Luis De la Corte Ibáñez y Andrea Giménez-Salinas Framis. *Crimen. Org. Ob. Cit*, ps. 40 a 42). En todos ellos se identifican los espacios geográficos de influencia hemisférica, así como los mercados ilícitos y las principales actividades delictivas que corresponden a la criminalidad organizada contemporánea.

Cuadro I

Zonas Geográficas	Países	Origen / Tránsito o Destino	Mercados Criminales	
América del Norte	Estados Unidos	Destino y tránsito	- Blanqueo de capitales - Trata de personas - Tráfico de inmigrantes - Tráfico de drogas	- Juegos - Robos - Secuestros - Fraudes
	Canadá	Destino Origen	Blanqueo de capitales Trata de personas Tráfico de armas Contrabando de especies protegidas Tráfico de drogas de síntesis para EE.UU., Australia y Japón	Tráfico de drogas Fraudes informáticos y financieros
		Origen	Producción de drogas de síntesis para América	Contrabando de tabaco
	México	Origen y Tránsito	Tráfico de cocaína y drogas sintéticas Trata de personas	Secuestros Tráficos de inmigrantes Tráfico de armas

Cuadro II

Zonas Geográficas	Países	Origen / Tránsito o Destino	Mercados Criminales	
América del Sur	Colombia	Productor	Cocaína	Tráfico de drogas Trata de personas
	Bolivia	Productor	Cocaína	Tráfico de drogas
	Perú	Productor	cocaína	Tráfico de drogas
	Zona triple frontera	Origen y tránsito	Blanqueo de capitales Tráfico de armas	Trata de personas
	Brasil	Origen y tránsito	Tráfico de drogas Trata de personas	Tráfico de inmigrantes

Cuadro III

Zonas Geográficas	Países	Origen / Tránsito o Destino	Mercados Criminales	
Europa Occidental	Países de la Antigua UE	Destino	Tráfico de drogas Trata de personas Tráfico de inmigrantes Robos organizados	Tráfico de armas Tráfico de especies protegidas Tráfico de vehículos robados
	Países Bajos y Bélgica	Productor	Tráfico de drogas sintéticas para el resto del mundo	
Zonas Geográficas	Países	Origen / Tránsito o Destino	Mercados Criminales	
Europa Oriental	Rumania	Origen	Blanqueo de capitales Trata de personas Tráfico de personas Tráfico de inmigrantes	Falsificación de medios de pago e identidad Falsificación de moneda
	Polonia	Origen y destino	Drogas sintéticas Trata de personas	
	Turquía	Origen y tránsito	Tráfico de drogas	
	Bulgaria	Origen y tránsito	Tráfico de Drogas, Blanqueo de capitales Falsificación de moneda y documentos	
	Países Bajos	Origen y tránsito	Tráfico de Drogas Trata de personas	Tráfico de inmigrantes Tráfico de armas
	Rusia	Origen y destino	Blanqueo de capitales Trata de personas	Tráfico de drogas Tráfico de armas

Cuadro IV

Zonas Geográficas	Países	Origen / Tránsito o Destino	Mercados Criminales	
Asia	Afganistán	Productor	Heroína	
	Pakistán	Tránsito y destino	Heroína	
	India	Tránsito y destino	Tráfico de drogas Tráfico de personas (mujeres y niñas)	
	China	Origen Destino	Tráfico de inmigrantes Delitos contra la propiedad intelectual Trata de personas Tráfico de drogas	Productos para la fabricación de drogas sintéticas
	Asia Central	Origen y tránsito	Tráfico de drogas Tráfico de piedras preciosas	Trata de personas Tráfico de armas
	Rumania	Origen	Tráfico de anfetaminas	
	Tailandia	Origen	Trata de mujeres y niños	
	Japón	Destino	Tráfico de drogas Trata de personas	

ter
col
les
de
de
"ot
po
vid
ces
de
p.
al
ten
cor
cor
prc
cat
del
Eu
tos
II-2

Cuadro V

Zonas Geográficas	Países	Origen / Tránsito o Destino	Mercados Criminales
África	Marruecos	Origen y tránsito	Tráfico de hachís Tráfico de vehículos Tráfico de personas
	Nigeria	Origen Tránsito y destino	Trata de personas Fraudes informáticos Tráfico de drogas
	Zambia	Origen	Trata de personas
	Ghana	Tránsito	Tráfico de drogas
	Senegal	Origen	Tráfico de armas
	Kenia	Origen	Trata de personas
Zonas Geográficas	Países	Origen / Tránsito o Destino	Mercados Criminales
Oceanía	Australia	Destino	Trata de personas Trata de personas

Si bien llama la atención la no inclusión en estos listados y cuadros del terrorismo internacional, tal omisión se suele justificar precisando que aquél conserva rasgos de autonomía en función a notables diferencias estructurales y finales que lo distinguen frente al conjunto de las manifestaciones de delincuencia organizada incluidas, principalmente por carecer el terrorismo de una motivación lucrativa. En efecto, con frecuencia se sostiene que los "objetivos que suelen perseguir las organizaciones terroristas son de tipo político, religioso o ideológico. En consecuencia, lo habitual es que las actividades predatorias y los negocios en los que se implican respondan a necesidades logísticas, de financiación de atentados y de supervivencia" (López Barja de Quiroga y Ibáñez y Andrea Giménez-Salinas Framis. Crimen.Org. Ob. Cit. p. 28). Lo cual es ratificado también por el mismo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA al señalar que: "Una de las primeras cuestiones que surgen al acercarse al tema de la criminalidad organizada es la de determinar el alcance de este concepto. Pudiera en una primera aproximación pensarse que con dicho concepto se pretende abarcar a los problemas del terrorismo y, aunque tales problemas pertenecen al ámbito del crimen organizado, sin embargo, esta categoría en otros países de la Unión Europea se utiliza para referirse a otros delitos distintos" (Cfr. Jacobo López Barja de Quiroga. Posición de la Unión Europea sobre el Crimen Organizado. La Criminalidad Organizada. Aspectos Sustantivos, Procesales y Orgánicos. Cuadernos de Derecho Judicial II-2001. Madrid, 2001, p. 116 y ss.). No obstante, la presencia verificada

actividades mixtas como el narcoterrorismo o de nuevas modalidades de **financiación del terrorismo**, han motivado que se les conceda también a estas un espacio propio en el espectro global de la criminalidad organizada. Sobre todo porque a partir de estas tipologías delictivas se ha ido configurando un eficiente circuito de desplazamiento de capital para fines ilegales, el cual, en algunos aspectos, se asemeja, aunque también expresa marcadas diferencias logísticas y operativas, con el correspondiente al lavado de activos (Sobre la evolución internacional de la financiación del terrorismo véase: Víctor Roberto Prado Saldarriaga. *Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo*. Grijley. Lima. 2007, p.191 y ss). Cabe reiterar, al respecto, que en la Ley peruana Contra el Crimen Organizado el artículo 3° excluye al delito de terrorismo como una modalidad de criminalidad organizada.

Igualmente, se debe destacar, en torno a la criminalidad organizada, que la verificación criminológica y criminalística de sus notables dimensiones así como de su dañosa influencia en la sociedad contemporánea, han impulsado reformas significativas en los procedimientos y en las estrategias de política criminal de los Estados, así como en las que corresponde diseñar a los organismos internacionales vinculados con la prevención y control global del delito. Los cambios operados en este dominio han afectado los esquemas tradicionales de investigación y juzgamiento. Lo cual ha dado lugar al surgimiento de novedosas, sofisticadas e ingeniosas técnicas de pesquisa como las operaciones encubiertas orientadas a la infiltración de las organizaciones criminales, la inteligencia y la acción financiera sobre los capitales emergentes y sospechosos, o las ofertas premiales para propiciar la disociación de los integrantes de las organizaciones criminales y desestabilizar con ello su capacidad operativa. En algunos casos, los excesos en este tipo de proceder de las agencias de prevención y control del crimen han motivado agudas polémicas. En estos debates se ha puesto en discusión razones garantistas con cuestiones de eficiencia. Al respecto, por ejemplo, se ha sostenido que la criminalidad organizada requiere un derecho penal diferente y con flexibilización de garantías: *"El paradigma del Derecho penal de la globalización es el delito económico organizado tanto en su modalidad empresarial convencional, como en las modalidades de la llamada macro-criminalidad: terrorismo, narcotráfico o criminalidad organizada (tráfico de armas, mujeres o niños). La delincuencia de la globalización es delincuencia económica, a la que se tiende a asignar menos garantías por la menor gravedad de las sanciones, o es criminalidad perteneciente al ámbito de la clásicamente denominada legislación excepcional, a la que se tiende a asignar menos garantías por el enorme potencial peligroso que contiene"* (Cfr. Jesús María Silva Sánchez. *La Expansión del Derecho Penal*. Ob. Cit., p.85 y ss.).

Esta reacción política contra la también denominada **macrocriminalidad**, ha incentivado, igualmente, la recuperación de renovados discursos de legitimación de una situación de guerra contra la delincuencia o de emergencia penal, tan contradictorios como los expuestos a través de las políticas de control de daños y de un derecho penal del enemigo. Como comenta ZUÑIGA RODRIGUEZ: *"La fundamentación de las guerras asimétricas vendría a legitimar un tratamiento de las organizaciones criminales de signo terrorista y de las mafias internacionales dedicadas a tráficos ilegales como **enemigos del Estado** y, por tanto, agentes pasibles de la respuesta del mismo por medios **no convencionales**, como combates en los que no se enfrentan dos Estados determinados y en los que las poblaciones civiles son las principales damnificadas, fuerzas especiales y, en definitiva, desregulación de los principios de intervención del Estado de Derecho y del Derecho Internacional"* (Cfr. Laura Zúñiga Rodríguez. Redes Internacionales y Criminalidad: A propósito del modelo de participación en organización criminal. El Derecho Penal ante la Globalización. Colex. Madrid. 2002, p.53).

En consecuencia, pues, lo notoriamente distinto del problema social y político que representa la criminalidad organizada, así como las inéditas características de los instrumentos de reacción configurados para hacerle frente, permiten sostener que en el presente nos movemos dentro de un novísimo pero conflictivo paradigma de las ciencias penales, cuyos contornos empíricos y sustantivos todavía no han sido claramente delineados. De allí, pues, que epistemológicamente aún sea muy poco lo que se ha logrado aportar y construir como metodología para su estudio y explicación dogmática. En este dominio, como reconoce MEDINA ARIZA, los objetivos de información e hipótesis de trabajo que deben contrastarse sobre esta problemática a través de la investigación científica son todavía múltiples. Ellos en lo esencial implican: *"decir lo que crimen organizado es y qué tipo de actividades envuelve, una explicación de por qué ocurre y cuándo y dónde lo hace, así como algunas sugerencias sobre lo que se puede hacer para controlarlo ... la literatura criminológica sólo se ha tomado seriamente el primer objetivo, ha empezado a adentrarse en el segundo y casi sólo de manera retórica ha intentado analizar el control de este fenómeno"* (Cfr. Juan Medina Ariza. Una Introducción al Estudio Criminológico del Crimen Organizado. Juan Carlos Ferré Olivé y Enrique Anarte Borrallo. Delincuencia Organizada. Aspectos Penales, Procesales y Criminológicos. Universidad de Huelva. Huelva. 1999, p. 110).

También las diferencias, pluralidad de perspectivas, debates o enfoques sobre el significado y trascendencia de la criminalidad organizada en el siglo

XXI, se vislumbran en el ámbito de lo psicosocial. A este nivel, importantes sondeos de opinión aplicados en países de la región como México, Guatemala, República Dominicana, Costa Rica, Panamá y los Estados Unidos, por SOLIS y FOGLESON, dan muestras representativas de ello. En efecto, luego de entrevistar a más de treinta expertos, en esos seis países, se han podido identificar distintas formas de ver, entender y asimilar el problema y el control de la criminalidad organizada. Para un sector "el crimen organizado tiende a verse como un colectivo de criminales organizados". Para otros se trata sólo de "una desviación o perversión de las normas socialmente aceptadas que tiene su propia racionalidad y causalidad y por lo tanto se encuentra asociado a factores tan abstractos como los propios de la cultura política". Para los investigadores este tipo de hallazgos tienen un efecto directo sobre las posibilidades de acción política o de políticas públicas contra el crimen organizado: "Estos matices son importantes. Revelan que para algunas personas el crimen organizado no es más que la expresión un poco más exagerada de un tipo específico de delincuencia cuyo control no requiere de un tratamiento especial sino de una dosis mayor de las medidas ya conocidas, especialmente de tipo represivo y policial. En el otro extremo del espectro, están quienes piensan que el crimen organizado es la expresión de un deterioro estructural que sólo puede atenderse mediante medidas radicales y complejas de largo plazo" (Luis Guillermo Solís y Todd Foglesong, El Crimen Organizado y su Impacto en las Sociedades Democráticas: Reflexiones sobre México, Centroamérica y la República Dominicana. Crimen Organizado en América Latina y el Caribe. Luis Guillermo Solís y Francisco Rojas Aravena, editores. FLACSO. Santiago de Chile. 2008, p.21). En el Perú una encuesta revela también que para el 86% de los encuestados la criminalidad organizada suele identificarse como la más grave expresión de inseguridad ciudadana y violencia. Esto es, como manifestaciones de delincuencia colectiva y violenta que practica delitos graves. De allí que "El 36% de los encuestados cree que la delincuencia organizada – secuestros o asaltos con armas de fuego- es la que impera en el país" (Cfr. Lourdes Fernández. El Comercio en campaña por un Perú seguro. Diario El Comercio. Edición del 30 de marzo de 2013, p. A14).

En conclusión, de momento, todo parece indicar que aún es tarea inconclusa la reflexión integral sobre las variables políticas, psicosociales, económicas o jurídicas que sustentan, a la vez que reproducen, la imagen actual que tiene la criminalidad organizada para el colectivo social y para la clase política. Se requiere, pues, a partir de un raciocinio conjunto de todos estos aspectos, identificar el impacto real que tiene la delincuencia organizada en la sociedad contemporánea y sobre todo en su futuro. Esta necesidad se

torna trascendente para cualquier visión política sobre dicho fenómeno, ya que, como bien lo hace notar LAMAS PUCCIO, la criminalidad organizada en nuestro tiempo parece tener la paradójica capacidad de hacer plenamente compatibles el alto nivel de desarrollo tecnológico propio de las sociedades post industriales, con las altas cuotas de exclusión, miseria y violencia estructural que han padecido y padecen millones de personas en el mundo: *"El tráfico de drogas a gran escala, la subversión, el terrorismo, la venta ilegal de armas, la trata de blancas, el lavado de activos, el soborno, los delitos contra la función pública, el robo, el secuestro, los delitos contra la propiedad industrial, etc., constituyen una gran gama de actividades que son llevadas a cabo por parte de grupos organizados, cobrando mayor relevancia en los últimos años gracias a las facilidades dadas por los avances tecnológicos, el transporte, la transnacionalidad de las actividades comerciales, el transporte aéreo y marítimo, los procesos migratorios. A lo que se suma el empobrecimiento de millones de seres humanos que no pueden satisfacer sus necesidades básicas de educación, salud, vivienda o que en todo caso se ven obligados a emigrar a otros países con todo lo que ello implica"* (Luis Lamas Puccio. Criminalidad Organizada, Seguridad Ciudadana y Reforma Penal. Ob. Cit., p. 315). La criminalidad organizada expresa, pues, un perverso mensaje de poder, carencias y contradicciones tanto sociales como políticas, que deben ser esclarecidas y superadas de manera conjunta por el Estado y la ciudadanía a fin de controlar el riesgo de que aquella pueda penetrarlos o absorberlos. Al respecto, la crítica situación que se experimenta en países de nuestra América Latina como México es una seria y cruda advertencia.

2. LA BÚSQUEDA DE UN CONCEPTO OPERATIVO

El término criminalidad organizada comenzó a emplearse sólo con carácter oficial, por las agencias especializadas en la prevención y control del delito, a partir de la segunda mitad del siglo veinte. Sin embargo, con posterioridad a este periodo el uso de esta expresión o sus equivalentes (crimen organizado, mafias, delincuencia grupal, etc.) se han socializado tanto que han ido perdiendo o distorsionado su significado inicial. En la actualidad, pues, a la expresión criminalidad organizada se le ha convertido en un vocablo polisémico o coloquial que no siempre representa la magnitud y características del fenómeno delictivo que pretende describir. Como bien señala ZUÑIGA RODRIGUEZ: *"En realidad la concepción de criminalidad organizada es de tipo sociológico o criminológica y traducirla a las reglas de la legislación penal plantea serias dificultades porque las herramientas conceptuales del*

Derecho Penal no pueden descifrar todos los códigos que la realidad fenomenológica de la misma posee". (Cfr. Laura Zúñiga Rodríguez. Criminalidad Organizada y Sistema de Derecho Penal. Editorial Comares. Granada 2009, p. 217). Sin embargo, el problema terminológico, como destaca MONTROYA se desplaza con facilidad de lo social a lo jurídico: "El principal problema con el término crimen organizado es la interpretación que del concepto realiza el público por un lado, y los funcionarios por el otro, sin olvidar que la aludida expresión pueden tener distintos significados en diversos países. Este tipo de actividad criminal puede ser perseguida en una jurisdicción y no ser reconocida legalmente en otra" (Mario Montoya. Ob. Cit., p. 237). Esto es, la criminalidad organizada puede y no puede ser entendida como tal, lo cual es muy riesgoso para la construcción de estrategias y políticas públicas de prevención y control que requieren internalizarse como prioritarias en la conciencia colectiva de una sociedad.

No obstante, es evidente que en todo contexto, sea este técnico o profano, donde se hace cualquier clase de referencia a la criminalidad organizada se detectan siempre actitudes sociales o políticas de inseguridad y preocupación. Estas reacciones demuestran que la criminalidad organizada y sus manifestaciones más conocidas o sensibles, si bien no alcanzan a ser abarcadas por un concepto o significado consensual, son entendidas y visualizadas como un fenómeno delictivo dañoso, de contornos graves y de características inusuales. Al cual, además, se le asimila como muy próximo al entorno cotidiano de los individuos y de las instituciones, reconociéndosele una inquietante capacidad de infiltración e influencia en todos esos dominios. Esta visión de la criminalidad organizada se agudiza cuando se verifica empíricamente la amplitud de espacios lícitos y formales donde ella ha logrado posesionarse (actividad empresarial, financiera, comercial o administración pública) e irradiar la influencia negativa de su encubierta presencia. Al respecto Rafael RONCAGLIOLO, cuando ejerció como Ministro de Relaciones Exteriores del Perú, advertía en el marco de la UNASUR que "una de las principales amenazas a la vida democrática hoy día proviene del poder del crimen organizado que establece o trata de establecer, en algunos lugares, una suerte de poder paralelo y trata de controlar porciones del Estado... El crimen organizado no sólo representa un gran poder económico transnacional sino que, además, es una amenaza a los Estados" (Crimen Organizado es una amenaza para los Estados. Declaraciones publicadas en el diario oficial El Peruano. Edición del 4 de mayo de 2012, p.7).

Partiendo, pues, de todas estas constataciones y actitudes resulta fácil comprender que la búsqueda de un concepto, cuando menos operativo, de

cr
m
cc
rr
fre
cu
ca
es
for
mu
ma
da
una
que
tua.
ter
son
nati
des
Mur

com
disc
en u
com
que
autori
denc
"no e
una r
desc
preci
nalida
el seq
conte
realm
dad C
p. 481
RONI C
zación

criminalidad organizada constituye todavía un problema epistemológico sumamente complejo. Sobre todo cuando se pretende diferenciar o aislar los componentes criminológicos, criminalísticos, políticos o jurídicos que concurren en ella. Por tal razón, no resulta del todo sorprendente encontrar, con frecuencia, que en las monografías sobre esta materia los expertos procuran construir una noción de criminalidad organizada partiendo, paradójicamente, de señalar todo aquello que ella no es y no hace. En tal sentido, es correcta la apreciación crítica que a dicho proceder epistemológico le formula Jean-François GAYRAUD al sostener que tal *"complejidad explica la multitud de paradigmas con los que se ha intentado identificar la esencia mafiosa: empresa ilegal, industria de protección, parentesco ficticio (fraternidad), burocracia, subcultura, etc. Estos modelos de interpretación merecen una buena reflexión y confrontación. A menudo, estas aproximaciones, más que contradecirse, se complementan. Sin embargo, la producción intelectual, sobre los fenómenos mafiosos es escasa y, por lo general, aborda el tema desde una perspectiva descriptiva e histórica. Los estudios realizados son poco explicativos y muy retrospectivos, y parecen participar de la misma naturaleza del objeto: oculto y opaco, se escapa al análisis y se presta a desviaciones folklóricas"* (Jean-François Gayraud. El G9 de las Mafias en el Mundo. Geopolítica del Crimen Organizado. Ob. Cit., p. 32).

Es más, en ese dialéctico proceso de búsqueda de una definición omnicompreensiva de criminalidad organizada también ha sido común encontrar discursos frustrados que concluyen anunciando que no es posible abarcar en una definición lo que esta categoría criminal en su amplitud óptica debe comprender. Esta pragmática actitud suele ser más frecuente en los juristas que incursionan en el análisis de la criminalidad organizada. Por ejemplo, autores alemanes como ROXIN o DENCKER ponen muy de manifiesto esta tendencia. Así el primero concluye reconociendo que en la actualidad todavía *"no existe un concepto de criminalidad organizada jurídicamente claro con una mínima capacidad de consenso. Tan sólo disponemos de heterogéneas descripciones de un fenómeno que hasta ahora no ha sido abarcado con precisión"* (Claus Roxin. Problemas de Autoría y Participación en la Criminalidad Organizada. Revista Penal N° 2. 1998, p. 65 y ss.). Por su parte, el segundo con una afirmación más radical acepta que en relación con el contenido conceptual de la criminalidad organizada: *"finalmente, nadie sabe realmente qué es el crimen organizado"* (Cfr. Friedrich Dencker. Criminalidad Organizada y Procedimiento Penal, en Nueva Doctrina Penal 1998/B, p. 481). Con similares planteamientos autores latinoamericanos como ZAFFARONI califican a esta expresión delictiva como el resultado de una categorización frustrada (Cfr. Eugenio Raúl Zaffaroni. El Crimen Organizado. Una

Categorización Frustrada. Segunda Edición. Editorial Leyes. Santa fe de Bogotá. 1996, p.14 y ss.). Este último autor alude a que ella representa un pseudoconcepto "es decir, una suerte de bolsa que nadie sabe qué contiene y, lo que es peor, en la que cada uno coloca dentro todo lo que le parece o conviene" Eugenio Raúl ZAFFARONI. La Cuestión Criminal. 3 ed. Planeta. Buenos Aires. 2012, p. 358). Lo que es ratificado por ZUÑIGA RODRIGUEZ: "Prueba de ello es que hasta ahora no existe un concepto jurídico-penal de criminalidad organizada que haya encontrado consenso en las legislaciones o en la doctrina". (Cfr. Laura Zúñiga Rodríguez. Criminalidad Organizada y Sistema de Derecho Penal. Ob. Cit., 9, p. 217). Sin embargo, en el razonamiento y frustración que expresan los autores citados subyace siempre una línea de consenso implícito que admite que la criminalidad organizada es siempre algo distinto de aquella convencional y socialmente tolerable. Al respecto, es trascendente lo señalado, en línea de resumen, por DE LA CORTE IBAÑEZ Y GIMENEZ-SALINAS quienes destacan que "lo que hasta ahora hemos sacado en claro es que el crimen organizado no es un tipo de delito en particular, sino una forma de cometer delitos en plural caracterizada por dos condiciones: cierto nivel de planificación, y la participación conjunta y coordinada de varios individuos"(Luis de la Corte Ibáñez y Andrea Giménez-Salinas Framis. Crimen. Org. Ob. Cit., p.19).

No obstante, otros especialistas parecen satisfacer su interés epistemológico conceptualizando a la criminalidad organizada a partir de una descripción de su presencia funcional. Ellos coinciden en sostener que la criminalidad organizada es una delincuencia innovadora, diferente de la convencional, pero adaptada a las características políticas, económicas, tecnológicas y culturales de nuestro tiempo. Por lo que debe asignársele una identificación propia. Esta clase de esfuerzos definitorios suelen concluir con el mero enunciado de diferentes modalidades delictivas a las que se atribuye la calidad de criminalidad organizada o con un señalamiento exhaustivo de las características que estiman les son más peculiares y representativas. Como señala CHOCLÁN MONTALVO, mayormente recurren a esta metodología los expertos de los organismos internacionales dedicados a la investigación o formulación de políticas globales o regionales contra la criminalidad organizada. (José Antonio Choclán Montalvo. Criminalidad Organizada. Concepto. La Asociación Ilícita. Problemas de Autoría y Participación. La Criminalidad Organizada. Aspectos Sustantivos, Procesales y Orgánicos. Ob. Cit. p. 242). Como ejemplo este autor se refiere a los grupos especializados de la Unión Europea que identifican como criminalidad organizada toda actividad delictiva en la cual se verifique la presencia concurrente de once indicadores, entre los cuales los tres primeros tienen la condición de

im
niz
y s
1.
2.
3.
4.
5.
6.
7.
8.
9.
10.
11.
300
indi
ción
de L
ficac
cons
bres
impr
que
LLO:
un c
sient
el ex
ra ne
misr
ganiz
el de
acep
orgar

imprescindibles. Tales indicadores o características de la criminalidad organizada aluden a aspectos como estructura, composición, motivaciones, etc., y son los siguientes:

1. La concurrencia de más de dos personas.
2. La comisión de delitos graves.
3. El ánimo de lucro.
4. La distribución de tareas.
5. La permanencia.
6. El control interno.
7. Actividad internacional.
8. Empleo de violencia.
9. Uso de estructuras comerciales o de negocios.
10. Blanqueo de dinero.
11. Presión sobre el poder político.

Cabe señalar que en la legislación peruana, el artículo 2° de la Ley 30077 o Ley Contra el Crimen Organizado también procura señalar algunos indicadores o "*cráterios para determinar la existencia de una organización criminal*", mencionando, entre otros, la integración plural, la existencia de una estructura organizacional y la operatividad estable, continua y planificada de sus acciones y proyectos delictivos.

Ahora bien, esta variada pluralidad de opciones conceptuales genera consecuencias negativas que trascienden con sus limitaciones, incertidumbres y sesgos el debate teórico, para convertirse en un riesgo latente de imprecisión a la hora de la selección de las decisiones de política criminal que deben adoptar los Estados. Como lo pone de relieve Anarte BORRALLO: "*No es de extrañar, por ello, que se juzgue del todo imposible alcanzar un concepto o que por la generalidad y ambigüedad con que este termina siendo configurado, se estime de escasa utilidad y que se plantee sustituir el expediente conceptual por la fijación de los límites. Aún así, se considera necesaria la tarea conceptual, en especial, porque de ella dependerá la misma eficacia del control. Con todo, resulta claro que la criminalidad organizada no es el par opuesto de la manifestación criminal por excelencia, el delincuente individual. En efecto y a pesar de que el término consiente acepciones amplias, la delincuencia de grupo no se agota en la criminalidad organizada*" (Cfr. Enrique Anarte Borrallo. Conjeturas sobre la Criminalidad

Organizada, Juan Carlos Ferré Olivé y Enrique Anarte Borrallo. *Delincuencia Organizada. Aspectos Penales, Procesales y Criminológicos*. Universidad de Huelva. Huelva. 1999, p. 20 y ss.).

Partiendo, pues, del marco y requerimientos que formula el autor citado, queda claro considerar que un concepto, cuando menos operativo, deberá comenzar desde una premisa dual, sobre la cual, por lo demás, se observa en la literatura especializada un consolidado consenso: **la criminalidad organizada no es en ningún caso delincuencia individual y no siempre es sólo delincuencia colectiva**. Sobre lo primero, cabe señalar que los diferentes documentos internacionales suelen exigir que en toda imagen de la delincuencia organizada se destaque un mínimo plural de integrantes que constituyen una estructura de operatividad más o menos prolongada. Ese es el caso de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional del año 2000, cuyo artículo 2º al definir el alcance de la expresión **grupo delictivo organizado** señala que se entenderá como tal *"un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo..."*. En el derecho interno de los Estados se suele admitir también una noción similar. Por ejemplo, en el párrafo primero, del artículo 1º de la Ley Contra la Criminalidad Organizada de Costa Rica del año 2009 (Ley 8754) se precisa lo siguiente: *"Entiéndase por delincuencia organizada, un grupo estructurado de dos o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves"*. El antes citado artículo 2º de la Ley peruana Contra el Crimen Organizado desarrolla una visión similar: *"Para efectos de la presente Ley, se considera organización criminal a cualquier agrupación de tres o más personas que se reparten diversas tareas o funciones ... con la finalidad de cometer uno o más delitos graves señalados en el artículo 3 de la presente Ley"*.

En torno a lo segundo, surge como necesidad la de establecer claras diferencias entre delincuencia colectiva y criminalidad organizada. Y ello es posible si se distingue con precisión la noción dogmática de coautoría funcional que sólo representa la imagen efímera de un concierto criminal, de la de integración permanente y en base a un proyecto criminal continuo del crimen organizado. Al respecto la doctrina especializada también ha destacado la distancia que existe entre aquellas modalidades de integración delictiva: *"Debe establecerse adecuadamente la distinción entre el crimen organizado y la mera coautoría para la comisión de un delito concreto. En efecto, el concepto de organización no puede ser equiparado al de simple coautoría, esto es, a la mera participación en el hecho de una pluralidad de personas que se distribuyen funcionalmente los respectivos cometidos"* (Cfr. José Antonio Choclán Montalvo. *Criminalidad Organizada... Ob. Cit.*, p. 243).

Pero, además, es también pertinente destacar que la criminalidad organizada contemporánea exige que se le diferencie, o cuando menos delimite, frente a formas ancestrales y precarias de integración criminal como las denominadas asociaciones de malhechores o asociaciones para delinquir. Sobre esta necesaria distinción también se ha pronunciado la doctrina: "En temas más cercanos al que nos ocupa ahora...se generalizó el concepto jurídico penal de asociación ilícita o asociación de malhechores o para delinquir, que es hoy un tipo convencional en los códigos penales de tradición europea continental, cuya constitucionalidad puede ser puesta en duda, pero que poco tiene que ver con la categoría de crimen organizado tal como se pretende en la actualidad ... es claro que quien habla de crimen organizado, no se está refiriendo a cualquier pluralidad de agentes ni a cualquier asociación ilícita, sino a un fenómeno distinto, que es inconcebible en el mundo precapitalista, donde no había empresa ni mercado en la forma que la conocemos hoy. Remontarse a estas organizaciones delictivas no sería más que mencionar formas anteriores de pluralidad de agentes o de asociaciones criminales que no son útiles para precisar el pretendido concepto que se busca" (Eugenio Raúl Zaffaroni. *El Crimen Organizado. Una Categorización Frustrada*. Ob. Cit., ps.15 y 16).

Ahora bien, la confusión y ambigüedad terminológica también aporta efectos de sustitución no deseados o encubiertos en la formulación y recepción social de la política criminal contra la criminalidad organizada. Efectivamente, si bien aquella se diseña y comunica como dirigida al control de innovadas modalidades de estructura y operatividad criminal como el lavado de activos o el suministro ilegal de tecnología nuclear; sus enunciados, estrategias y medidas penales radicales son, luego, desviadas y asimiladas como medios idóneos para reprimir las manifestaciones violentas y tradicionales de la delincuencia organizada común (robos, secuestros, extorsiones o tráfico ilícitos). Al respecto, es ilustrativo lo denunciado por Díez Ripollés: "El cuadro de lo que significa, hoy en día, la delincuencia organizada, se completa con la obligada referencia a la devaluación que el concepto está sufriendo y que puede conducir, como ya lo hemos señalado, a que pase a ser una categoría delictiva cada vez más enfocada y aplicada sobre asociaciones delictivas propias de la delincuencia común" (José Luis Díez Ripollés. *La política criminal en la encrucijada*. Editorial B de F. Montevideo – Buenos Aires. 2007, p. 161). En el mismo sentido, luego de evaluar las propuestas legales brasileñas para la tipificación y sanción de la criminalidad organizada, CALLEGARI Y DEZORDI concluyen en la necesidad de mantener claras diferencias conceptuales y político criminales entre asociación ilícita y crimen organizado, a fin de evitar despropósitos simbólicos en la aplicación del plus

represivo que correspondiendo sólo al segundo, termina aplicándose sólo a la primera: "Así, a pesar de que tanto la formación de cuadrilla como el crimen organizado exijan, para su configuración, la participación de cierto número de personas y la estabilidad de la asociación jamás deben ser confundidos. Mientras uno exige toda una estructura, jerarquizada, con una división de tareas, como si fuese una empresa, y se destina, principalmente, a la práctica de delitos complejos que necesitan de esa estructura, el otro no guarda esta edificación organizacional y es destinado, normalmente al cometimiento de crímenes comunes" (André Luis Callegari - Maiquel Angelo Dezodi Wermuth. La expansión del Derecho penal, Sociedad del riesgo y crimen organizado. Revista Peruana de Ciencias Penales N° 24. 2012, p. 118). También, en un contexto internacional, luego de más de una década de vigencia de la Convención de Palermo, la experiencia adquirida por los organismos técnicos y de monitoreo de sus políticas y estrategias, destaca, justamente, que el componente organizado del *modus operandi* adquiere preeminencia para la identificación de la criminalidad organizada incluso por encima de modalidades delictivas concretas y específicas sean estas convencionales o no. Al respecto, un reciente estudio de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito-UNODOC pone de relieve ello en los términos siguientes: "Las Naciones Unidas concibieron la Convención de Palermo como un medio para reforzar las capacidades nacionales y la cooperación mundial contra delitos, cualquiera sea su descripción, en los que participen grupos delictivos. El eje central del instrumento es el concepto de grupo delictivo organizado per se y no comportamientos delictivos definidos o intereses separados a proteger" (UNODOC. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Compendio de Casos de Delincuencia Organizada. Recopilación Comentada de Casos y Experiencias Adquiridas. Naciones Unidas. Nueva York. 2012, p. 13)

Persiste, entonces, la necesidad de construir provisionalmente un concepto operativo de criminalidad organizada. El cual, si bien no reflejará toda la magnitud y variedad que definitivamente encierra este fenómeno criminal, servirá, cuando menos, para distinguir mejor sus características más constantes y así diferenciar a la criminalidad organizada de cualquier otra estructura delictiva semejante. Además, a pesar de su condición aproximativa, la existencia de un concepto operativo de criminalidad organizada otorgará un referente consensual más sólido para la formulación, implementación y evaluación de la respectiva política criminal.

No obstante, al intentar el diseño de ese concepto operativo, sobre todo a partir de las características que se le asignan a la criminalidad organizada

en la literatura especializada, también se detecta que ello no será una tarea fácil. En efecto, las dificultades comienzan cuando se identifica que los enfoques utilizados para adjetivar y describir tales rasgos de la criminalidad organizada adolecen de notorios sesgos. Lo cual parece ser una ineludible consecuencia de la influencia que sobre la percepción del problema del crimen organizado, ejercen los objetivos concretos que se asignan a los estudios criminológicos, criminalísticos o jurídico-penales realizados en esa materia. En este contexto, por ejemplo, es desalentador descubrir que estos tres canales de aproximación a la morfología de la criminalidad organizada aportan visiones y conclusiones distintas al momento de describirla. Ello ha ratificado las dudas y motivado la crítica aguda de los expertos, quienes han cuestionado la escasa utilidad de tales estudios ya que sólo han obtenido datos y resultados parciales.

Es así, que el **enfoque criminológico** al perseguir como objetivo la descripción analítica y pormenorizada de las organizaciones criminales no ha podido evitar un sobredimensionamiento de la esfera individual del integrante en desmedro de lo colectivo y estructurado de la organización. En ese nivel, ha sido atinada la crítica formulada por McINTOSCH al cuestionar la configuración de tipologías sobre sistemas de conducta criminal. Dicha autora, ha cuestionado que con el empleo de las tipologías sólo se consigue *"clasificar cierto número de reseñas descriptivas de comportamiento y organización criminal conforme a determinado orden. Pero el resultado no es sistemático como base para el análisis de la organización criminal, porque las teorías implícitas sobre las cuales se basa no son teorías sobre la organización, sino sobre cómo los individuos llegan a cometer delitos"* (Cfr. Mary McIntosch. La Organización del Crimen. Siglo XXI Editores. México. 1977, p.9).

En otros estudios el interés de los criminólogos se ha centrado en identificar dentro de una organización criminal, un conjunto complejo de variables e indicadores que luego han resultado difíciles de convalidar o contrastar con otras organizaciones criminales. Por ejemplo, en estas investigaciones se ha privilegiado el conocimiento del origen de la organización; identificar su etiología y motivación; hacer tipologías de sus estructuras e integrantes; así como destacar en lo posible su subcultura y ritos. También ha interesado al enfoque criminológico el balance histórico de sus actores más destacados como lo pone de relieve los datos aportados por FOLLAIN en torno a la mafia siciliana (John Follain. Los últimos mafiosos. Ascenso y ocaso de la Mafia. Mosaico. Barcelona. 2009, p. 47 y ss). El resultado de la sistematización de todos estos datos sólo ha servido para delinear características específicas

y muy propias del grupo criminal estudiado. De allí que estas investigaciones aporten muy poco a la posibilidad de reproducir marcos de referencia o patrones comunes, que hagan posible un análisis comparativo de organizaciones tan diferentes como las terroristas, las mafiosas, o las dedicadas al tráfico de tecnología nuclear, a no ser que se introduzcan conceptos y categorías que por su excesiva flexibilidad adolecen de vaguedad o incongruencia. Al respecto, por ejemplo, algunos criminólogos como HERRERO HERRERO se han visto en la necesidad de habilitar un hilo conductor que les permita una clasificación aceptable de estructuras criminales muy diferentes entre sí. Ese rol, el autor citado, lo asigna a una discutible categoría de **organización mafiosa**. En ese sentido *"Distingue los siguientes grupos: a) Organizaciones criminales de naturaleza mafiosa, situando en este grupo a las mafias italianas, las triadas chinas y las Boryokudan japonesas. Dentro de las mafias italianas, la camorra, la 'Ndrangheta y la mafia siciliana, en particular la Cosa Nostra; b) Organizaciones criminales flexiblemente mafiosas, como los Cárteles colombianos; c) Organizaciones criminales funcionalmente mafiosas, situando en este grupo, por ejemplo, al GRAPO y al Ejército Rojo Alemán; d) Organizaciones criminales ambiguamente constituidas que fundamentalmente persiguen fines económicos"* (Cfr. C. Herrero Herrero. Criminología. Parte General y Especial. Madrid. 1997, p. 484 y ss. Citado por José Antonio Choclán Montalvo. Ob. Cit. p.232, nota 18).

Sin embargo, también en el plano criminológico se ha resaltado y puesto de manifiesto la condición de criminalidad de servicios y de motivación lucrativa que caracteriza a las organizaciones criminales como a sus proyectos delictivos. Lo cual, sin lugar a dudas, es su mejor signo definitorio. En efecto, la criminalidad organizada se dirige siempre a producir y proveer bienes y servicios prohibidos, fiscalizados o de circulación restringida, para aproximarlos y colocarlos en un mercado cautivo que requiere drogas, armas, prostitución, bienes culturales, etc. Ello es también resaltado por estudios recientes como los realizados por DE LA CORTE IBAÑEZ y GIMENEZ-SALINAS, quienes precisan que *"La mayor parte de los ingresos ilícitos del crimen organizado son consecuencia de la explotación de mercados prohibidos, es decir, de actividades relacionadas con la provisión y el suministro de productos y servicios ilegales en respuesta a una cierta demanda....Este aspecto señala una diferencia fundamental con los delitos económicos vinculados a la criminalidad común, cuyas consecuencias económicas consisten en una mera redistribución de la riqueza, mientras que la orientación comercial o transaccional de muchas actividades ilícitas promovidas por el crimen organizado lleva aparejada la producción de un cierto valor añadido"* (Luis de la Corte Ibañez y Andrea Giménez-Salinas Framis. Crimen. Org. Ob. Cit., p.24).

ne
lei
sa
tai
fro
de
De
de
aci
qui
a s
ing
din
es,
abu
lida
cap
side
por
la n
exp
caci
su s
lenc
Ibañ

la cr
nece
las a
enfre
infor
indag
cual
curer
tión y
logist
to, ob
esta r
las or

En esa misma orientación cabe destacar la visión de BOTTKE: *"la criminalidad que produce beneficios es la criminalidad organizada "industrial"; su lema es, delinquir merece la pena en el mercado. Así como el mercado rebasa progresivamente las fronteras del Estado nacional e incluso se globaliza, también el elemento de la criminalidad organizada es la trasgresión de las fronteras de los Estados nacionales. Teóricamente, los sectores comerciales de la criminalidad organizada son todos los ámbitos de la actividad lucrativa. Donde en el mercado exista demanda de bienes y servicios hay oferta. Donde la demanda reclama a la oferta con dinero, la disposición a ofertar hace acto de presencia fácilmente. También la demanda de bienes y servicios, que son ilegales o desacreditados socialmente, encuentran predisposición a ser ofertada, si prometen grandes beneficios según la relación gastos-ingresos"* (Wilfred BOTTKE. Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania. Revista Penal N° 2. 1998, p.2). La visión económica no es, pues, una exclusividad de la delincuencia típicamente económica o de abuso de posición en el mercado. Ella también es compartida por la criminalidad organizada que busca crecer y alcanzar un posicionamiento sólido con capacidad de dominar e influenciar a través de su poder expansivo o diversidad de ofertas el mercado de lo ilegal. Esto último, es igualmente admitido por otros expertos que demandan que en lo fundamental debe asimilarse a la noción de crimen organizado *"toda organización creada con el propósito expreso de obtener y acumular beneficios económicos a través de su implicación continuada en actividades predominantemente ilícitas y que asegure su supervivencia, funcionamiento y protección mediante el recurso a la violencia y la corrupción o la confusión con empresas legales"* (Luis De la Corte Ibáñez y Andrea Giménez-Salinas Framis. Crimen.Org. Ob. Cit., p.21).

No ha sido muy diferente lo ocurrido con el **enfoque criminalístico** de la criminalidad organizada. En él, el objetivo se ha circunscrito a satisfacer necesidades tácticas y estratégicas propias de las acciones operativas de las agencias policiales o fiscales que están dedicadas a la investigación y enfrentamiento de esta modalidad delictiva. En consecuencia, las fuentes de información que han aplicado este tipo de enfoque se han preocupado por indagar y descubrir las fortalezas y debilidades de su eventual oponente. Lo cual determina que las imágenes que reproducen este tipo de estudios procuren destacar la composición orgánica de la organización criminal; la gestión y liderazgo de sus órganos centrales; sus fuentes de apoyo financiero o logístico; sus áreas de influencia; sus alianzas; sus rutas de desplazamiento, obviando otros aspectos no menos importantes. Un logrado ejemplo de esta modalidad de enfoque es el reciente estudio sobre el estado actual de las organizaciones mafiosas italianas realizado por FORGIONE (Cfr. Francesco

Forgione. *Mafia Export. Como la 'Ndrangheta, la Cosa Nostra y la Camorra han colonizado el mundo*. Editorial ANAGRAMA. Barcelona. 2012, p. 40 y ss).

Si bien los estudios criminalísticos, al igual que los criminológicos, insertan en sus definiciones una amplitud de variables e indicadores, su pragmatismo permite que las construcciones conceptuales que aportan resulten más estandarizables. Además, sus descripciones pormenorizadas de la criminalidad organizada brindan una radiografía muy útil para la planificación de las acciones o investigaciones policiales. Un ejemplo de las ventajas que otorga esta clase de enfoques y características, para la elaboración de un concepto operativo de criminalidad organizada, lo pone de relieve PRIETO PALMA cuando afirma que: *"Las organizaciones criminales necesariamente deberán contar con cuatro elementos: el primero es la cúpula o dirigentes que son aquellas personas encargadas de la dirección, coordinación y supervisión de las diversas actividades criminales; los otros tres elementos soportan a este y se convierten en tres pilares fundamentales e indispensables ya que si falta alguno de ellos, no podemos hablar de delincuencia organizada; el primero es el pilar de la realización de los actos ilícitos o actividades primarias de la organización criminal; el segundo pilar está compuesto por las redes de protección de la organización criminal que aseguran la permanencia y funcionamiento de ésta y el tercer pilar es el financiero o económico que es en esencia el objetivo mismo de la organización criminal"* (Cfr. César Prieto Palma. Proyecto sobre la Falcone Check List. Separata del Seminario sobre la Lucha contra la Delincuencia Organizada y la Corrupción. Contenido en CD ROM del Centro para la Prevención Internacional del Delito -Oficina contra la Droga y el Delito de las Naciones Unidas. Editado por la Academia de la Magistratura. Lima. Agosto 2003, p. 5 y ss.).

Ahora bien, el percibir la criminalidad organizada a partir de esos cuatro componentes aclara bastante el panorama aunque no agota las imágenes. Es por esa limitación táctica, que los esfuerzos criminalísticos se han orientado en los últimos años a proveer de instrumentos detallados pero sencillos, que orienten y faciliten el reconocimiento de los grupos criminales a partir de indicadores comunes como los que se detallan en la **Falcone Check List**. Este documento elaborado por las Naciones Unidas *"es en realidad un cuestionario temático sobre los puntos imprescindibles que deben ser explorados en una investigación sobre delincuencia organizada"*. Es por ello que en él se incorporan cinco aspectos esenciales de la criminalidad organizada, que comprenden, a su vez, más de 30 variables con sus respectivos indicadores sobre la **estructura, modus operandi, ambiente ilícito, ambiente legíti-**

mo)
(Cfr.

F
sus ii
una s
cuya
cial. l
cer p
integ
ha de
"delit
¿Peri
crimit
to. Es
Valen
el fer
orien
Migue
Lima.
remol
das y
tando
dogm
se inc
vos. A
no ge
no es
ocurre
culos
o el tr
ser re
impon
so, y t
desen
miemb
cambi
las ba.
cuales
tambi
nizativ

mo y oportunidades para la prevención de la delincuencia organizada (Cfr. César Prieto Palma. Ob. cit. p. 4).

Finalmente, en el enfoque jurídico-penal la finalidad que ha guiado sus investigaciones y desarrollos normativos ha sido proveer al legislador de una selección de conductas propias o conexas a la criminalidad organizada, cuya concreción o amplitud posibiliten su adecuada tipificación legal y judicial. En coherencia con ello, los conceptos jurídicos han procurado establecer patrones simples de criminalización primaria basados en la constitución, integración y en la actuación concreta de las organizaciones criminales. Se ha dado lugar a lo que algunos actores como SILVA SÁNCHEZ identifican como "delitos de organización o de asociación" (Cfr. Jesús María Silva Sánchez. ¿Pertinencia o intervención? Del delito de pertenencia a una organización criminal a la figura de la participación a través de la organización en el delito. Estudios penales en recuerdo de Profesor Ruíz Antón. Tirant lo Blanch. Valencia. 2004, p. 1070 y ss.) De allí que generalmente se opte por definir el fenómeno como la **mera incorporación en una estructura funcional orientada a la realización de un proyecto delictivo** (Cfr. Günther Jakobs – Miguel Polaino – Orts. Delitos de organización: un desafío al Estado. Grijley. Lima. 2009, p. 79). Esta tendencia legislativa tiene sus antecedentes más remotos en la descripción legal de la asociación para delinquir o de las bandas y es por tal razón que en el presente tiende a confundirse con ellos, restando flexibilidad a sus modelos de tipificación o limitando su comprensión dogmática o jurisprudencial. Sin embargo, los especialistas cuestionan que se incluya en la categoría de criminalidad organizada a tales grupos delictivos. Al respecto se afirma, por ejemplo, que *"hay diferencias claras, aunque no geométricas, entre las bandas y la criminalidad organizada: a) en ésta, no es el autor el que determina primaria y fundamentalmente el delito como ocurre en las bandas, sino el cliente (por ejemplo el robo de grandes vehículos en países desarrollados para su venta en países en vías de desarrollo o el tráfico de obras de arte); b) en las bandas el círculo de personas suele ser reducido y asequible, de forma que las relaciones personales juegan un importante papel. En las organizaciones criminales eso no ocurre. Si acaso, y en determinados grupos mafiosos esto es un dato constitutivo, puede desempeñar un papel trascendental la estirpe, raza, credo, o la cuna de los miembros. Por lo general, es mucho más fácil en los grandes grupos el intercambio y la sustitución de los integrantes que en los grupos organizados; c) las bandas tienen una vida más breve que las organizaciones criminales, las cuales se establecen con independencia de la dirección, a cuyos cambios también sobreviven; d) la estructura, jerarquía, cohesión y estabilidad organizativas, así como el grado de planificación y logística de la criminalidad*

organizada, no tiene parangón en las bandas; e) las bandas suelen tener un ámbito local, mientras que la internacionalización es hoy una de las notas características de los grupos criminales organizados" (Cfr. Enrique Anarte Borrallo. Conjeturas sobre la Criminalidad Organizada. Ob. Cit., p. 21 y ss.).

Un ejemplo de esta inadecuada y disfuncional asimilación normativa, lo encontramos en el Código Penal peruano. En efecto, el artículo 317°, con una mejor redacción introducida por la Primera Disposición Complementaria y Modificatoria de la Ley 30077, no alude a ninguna modalidad clásica de asociación delictiva. Como se aprecia de su actual texto legal esta disposición se refiere siempre a una organización criminal: "El que constituya, promueva o integre una organización de dos o más personas destinada a cometer delitos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años...". Pese a ello, en la sumilla que el legislador asignó a dicho artículo mediante el Decreto Legislativo 982 de 2007, y que no ha sido suprimida o modificada por la Ley 30077 de 2013, así como en las referencias y hermenéutica que sobre dicha norma y contenidos típicos se hacen en la doctrina y jurisprudencia nacionales, se designa todavía a este delito como de **asociación ilícita o asociación para delinquir** (Cfr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga. Nuevo Proceso Penal. Reforma y Política Criminal. IDEMSA. Lima. 2009, p.495 y ss.; César Eugenio San Martín CASTRO y otros autores. Delitos de Tráfico de Influencias, Enriquecimiento Ilícito y Asociación para Delinquir. Jurista Editores. Lima. 2000, p.279 y ss.). Es más, en coherencia con esta errada identificación de estructuras criminales que son diferentes cualitativa y cuantitativamente entre sí, en el texto original de un Anteproyecto legislativo que elaboró a inicios de 2012 una Comisión de Expertos del Poder Judicial del Perú, se propuso reemplazar la flexible y versátil redacción del citado artículo 317° por otra que aludía a las organizaciones criminales con la anacrónica referencia a **asociaciones**. El contenido literal de esta frustrada norma era el siguiente:

"Artículo 317° Asociación Ilícita

El que forma parte de una asociación de dos o más personas destinada a cometer uno o más delitos será reprimido, por el sólo hecho, de ser miembro de la misma con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

Cuando la asociación está destinada a cometer los delitos previstos en los artículos 152° al 153°-A, 181°, 181°-A, 200°, 252°, 253°, 254°, 255°, 273° al 279°-D, 296°, 303°-A, 303°-B, 315°, 318°-A, 319°, 320°, 321°, 325° al 333°, 346° al 350°, 376°-A, 384°, 387°, 393°, 393°-A, 394° o la Ley N° 27765 (Ley Penal contra el lavado de Activos) o cuando actúan en más de una región o tienen conexiones con otras asociaciones delictivas en el país o

es
pe
ca
is
d.
pe
Ca
remítid
2012, s
asociac
el Crim
milar a
"Orgar
modelc
tenor e:
una org
reprimi
de liber
1833/21
de 201;

En
con org
matividi
artículo
estructu
objeto c
sión". L:
que al n
entre m
nizada,
ello, sie
ilícita de
probabl
persona
condicic
plus de
Antonio
actual re
superar,

en el extranjero o cuentan con uno o más extranjeros entre sus miembros; la pena será no menor de ocho ni mayor de quince años, de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36° incisos 1, 2 y 4, imponiéndose además, de ser el caso, las consecuencias jurídicas del artículo 105°, debiéndose dictar las medidas cautelares que correspondan para garantizar dicho fin”.

Cabe señalar que en la versión final del citado Anteproyecto, y que fuera remitida al Congreso de la República hacia finales del mes de octubre de 2012, se enmendó tal desarmonía técnica eliminando toda referencia a la asociación ilícita. Igualmente, en el Proyecto original de Ley Penal Contra el Crimen Organizado, de diciembre de 2012, se adoptó una posición similar al proponer el cambio de la actual sumilla del artículo 317° por la de “**Organización Ilícita**”. Además, este documento pre legislativo recogía un modelo de tipificación parecido al ahora adoptado por la Ley 30077 y cuyo tenor era el siguiente: “El que constituye, organiza, fomenta o forma parte de una **organización** de tres o más personas destinada a cometer delitos será reprimido por el sólo hecho de ser miembro de la misma, con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis...” (Cfr. Proyecto de Ley N° 1833/2012.PE presentado al Congreso de la República el 14 de diciembre de 2012. Véase Primera Disposición Complementaria y Modificatoria).

En la legislación comparada la tendencia a confundir asociación ilícita con organización criminal ha sido también frecuente. Por ejemplo, en la normatividad española, anterior a la reforma de junio de 2010, el inciso 1° del artículo 515° del Código Penal asumía tal posición calificando, entre otras estructuras delictivas, como **asociaciones ilícitas** a “*Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión*”. La principal limitación de este tipo de fórmulas legislativas radicaba en que al no incorporar otras exigencias típicas, no hacían mayores distinciones entre meras conspiraciones o asociaciones delictivas y la criminalidad organizada, proveyendo a todas ellas del mismo tratamiento penal. En razón de ello, siempre se cuestionó por la doctrina ibérica que “*el delito de asociación ilícita definido en el artículo 515. 1.° CP presenta una amplitud excesiva y probablemente debería limitarse a los casos en los que la agrupación de personas, presente la estructura organizativa a la que hemos aludido como condiciones de la empresa criminal, pues sólo en ese caso se justificaría un plus de desvalor respecto de la mera conspiración para delinquir*” (Cfr. José Antonio Choclan Montalvo. Criminalidad Organizada. Ob. Cit., p. 256). La actual redacción del artículo 570° bis del Código Penal español ha permitido superar, en gran medida, tales defectos y disfunciones, pues la norma citada

alude ahora sólo a una "*organización criminal*" construyendo, además, circunstancias agravantes específicas de diferente grado o nivel que están referidas al elevado número de personas que la integran, a la especial gravedad de los delitos que ha de realizar, o a lo sofisticado del armamento o medios de comunicación que posea (Cfr. Nicolás García Rivas. Organizaciones y Grupos Criminales. Francisco Javier Álvarez García-José Luis González Cussac (Directores). Comentarios a la Reforma Penal de 2010. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2010, p. 505 y ss).

Ahora bien, buscando hacer distinciones y mayor concreción, otras legislaciones han adicionado adjetivaciones al tipo general de la asociación ilícita, para con ellas incluir algunos componentes criminológicos y criminalísticos atribuidos a la criminalidad organizada. Ese es el caso del Código Penal Italiano que en su artículo 416° *bis* describe tal conducta delictiva en los siguientes términos: "*La asociación es de tipo mafioso cuando quienes forman parte de ella se valgan de la fuerza de intimidación que supone el vínculo asociativo y de la condición de sometimiento o de obligación de silencio que de ellos deriva para la comisión de delitos, para adquirir de forma directa o indirecta la gestión o el control de actividades económicas, concesiones, autorizaciones, contratos de obras y servicios públicos o para obtener provechos o ventajas injustas para sí o para otros o con el fin de impedir u obstaculizar el libre ejercicio del voto o procurar votos para sí o para otros con ocasión de consultas electorales*".

Algo similar ocurre con el artículo 260° del Código Penal suizo, con la notable diferencia de que esta norma alude más bien a la participación en una *organización criminal* "*que mantiene su estructura y miembros en secreto y que persigue el objetivo de cometer actos de violencia criminales o de lucrarse con medios criminales*" (Cfr. Enrique Anarte BORRALLO. Conjeturas sobre la Criminalidad Organizada. Ob. Cit., p. 26 nota 42). Sin embargo, esta técnica legislativa es también objetada porque obscurece, las más de las veces, la configuración típica del acto incriminado tomándola en innecesaria o poco práctica para la actividad judicial. Al respecto Carla DEL PONTE ha sostenido: "*Me cuesta trabajo ver la utilidad práctica de este elemento constitutivo. En efecto, es evidente que ningún grupo de personas, formado para cometer infracciones, se propone dar explicaciones acerca de su estructura y de los miembros que la componen*" (Carla DEL PONTE. Crimen Organizado y Lavado de Dinero. Narcotráfico, Política y Corrupción. Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá. 1997, p. 168).

un
ca
cri
mc
y c
op
cia
soc
des
lo 1
del
se i
pon
orgi
orgi
quie
tierr
mar.
570°
en ti
hern
prec
tend
Sánc
87, n

C
conce
temol
los m
fiesto

E
natur
crimin
minal,
proce
crimin
tiende
clán M

En la actualidad, sin embargo, es sensible la necesidad de apartarse de un referente legal basado en la clásica definición de asociación ilícita y buscar, más bien, la afirmación, desde las normas legales, de una organización criminal de corte moderno similar a la descrita por la Convención de Palermo. Esto es, "*de una institución criminal dinámica, existente en la sociedad, y contraria a los fines de ésta; una institución, una empresa criminal que se opone sistemáticamente, y en un peligro cuya latencia y actualidad es especialmente desestabilizadora y peligrosa para la composición y la estructura social*" (Günther Jakobs – Miguel Polaino- Orts. Delito de organización. Un desafío al Estado. Ob. Cit. p. 116). Ello se advierte, por ejemplo, en el artículo 1° de la Ley Contra la Criminalidad Organizada de Costa Rica (Ley 8754 del 22 de julio de 2009). En el Perú, la Ley Contra el Crimen Organizado, se afilia también a esta tendencia, por lo que el inciso 1 de su artículo 2°, pone énfasis en la composición funcional y en la estructura flexible de las organizaciones criminales contemporáneas, razón por la cual "*... considera organización criminal a cualquier agrupación de tres o más personas, cualquiera sea su estructura y ámbito de acción, que con carácter estable o por tiempo indefinido, se crea, existe o funciona, inequívoca y directamente, de manera concertada y coordinada...*". Es evidente la influencia del artículo 570° bis español en la redacción de la fórmula peruana. Cabe agregar que, en tal contexto, igual posición es admitida por la doctrina como una opción hermenéutica englobante: "*los conceptos legales de organización tienden, precisamente, a ser cada vez más laxos, lo que condiciona el modo de entender los delitos de asociación*" (Manuel Cancio Meliá – Jesús María Silva Sánchez. Delitos de Organización. Editorial B de F. Buenos Aires. 2008, p. 87, nota de pie de página 141).

Como se puede deducir, de todo lo expuesto, al parecer la búsqueda del concepto operativo de criminalidad organizada sólo concretará su metas epistemológicas y prácticas en la medida que se puedan fusionar, selectivamente, los más relevantes aspectos que de este fenómeno criminal ponen de manifiesto y suelen destacar los tres predominantes enfoques examinados.

En efecto, del **enfoque criminológico** resulta indispensable rescatar la naturaleza grupal y de servicios ilícitos a gran escala que caracterizan a la criminalidad organizada contemporánea y la convierten en una empresa criminal, con proyecciones y estructuras más complejas que las que definen el proceder de las tradicionales asociaciones ilícitas o bandas. Además, "*esta criminalidad empresarial o industrial, que persigue actividades lucrativas, tiende a globalizarse paralelamente a los mercados*" (Cfr. José Antonio Choclán Montalvo. Ob. Cit., p. 235).

Del **enfoque criminalístico** estimamos pertinente integrar, por ser este su principal aporte, la detallada delimitación que hace de las funciones y actividades que despliegan los distintos niveles de la organización criminal. Esta constatación permite descartar por inconsistentes o relativizar las imágenes que pretendan relacionar criminalidad organizada con un número tan reducido de integrantes que haría imposibles o muy limitados sus proyectos y acciones. Se debe rechazar, pues, la alusión frecuente a un mínimo de **dos o tres integrantes** como sugieren la Convención de Palermo y la mayoría de tipos penales que se refieren a la asociación para delinquir o a la integración en una organización criminal. Por el contrario, adquieren consistencia empírica las nociones de criminalidad organizada utilizadas por el FBI o la INTERPOL. Esta última, por ejemplo, califica como tal "*cualquier empresa o grupos de individuos que participan engajados en una continua actividad ilegal que tiene como objetivo principal generar lucro, más allá de las fronteras nacionales*" (Cfr. Mario D. Montoya. *Mafia y Crimen Organizado*. Ob. Cit, p. 241 y ss.)

Por último, el **enfoque jurídico-penal** ofrece como dato esencial la autonomía típica y la calificación de delito de peligro abstracto que concede a la integración en organizaciones criminales. Si bien cabe mejorar la descripción típica que comúnmente se formula para describir la criminalidad organizada, tal opción legislativa debe incidir en lo pertinente, evitando transformarse en un exagerado uso de elementos normativos que la hagan inaplicable o riesgosamente discrecional.

Ahora bien, consideramos oportuno adoptar también algunos conceptos propios de la teoría administrativa, en especial aquellos relacionados con la configuración, diseño y estructuración de organizaciones. Sobre todo, porque como precisa SANCHEZ ROCHA, desde un análisis estructural ellos hacen posible reconocer el "*patrón establecido de relaciones entre los componentes o partes de la organización*" (Ezequiel Ernesto Sánchez Rocha. *Diseño y Rediseño de Organizaciones*. Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Lima, s/d, p.78). Por tanto, este residual y complementario **enfoque administrativo** también aporta notas diferenciales que nos permiten identificar a una organización criminal. En ese sentido estimamos correcta la posición asumida por DE LA CORTE IBAÑEZ Y GIMENEZ-SALINAS al precisar que "*los atributos fundamentales de una organización son los siguientes*:"

1. *Un conjunto de individuos o de grupos de individuos.*
2. *Asociados entre sí para conseguir ciertos fines y objetivos.*

3. C
c
4. C
5. G
y.
Ig
to ope
los da
"herra
nales"
tica de
ayuda
que ad
esta no
por Jea
autor co
ta que e
laciones
al interio
pone de
localizar
caracter
identifica
geopolít
la neces
dualista.
las respu
motivo, h
yas dime
la geopol
geografía
cial" (Jea
del Crime

Partie
que el cor
borarse er

3. *Que asumen y desempeñan una variedad de funciones o tareas diferenciadas.*
4. *Que operan de forma coordinada y conforme a ciertas reglas.*
5. *Que actúan con una cierta continuidad temporal"* (Luis De la Corte Ibáñez y Andrea Giménez-Salinas Framis. Crimen.Org. Ob. Cit., ps. 19 y 20).

Igualmente, en esta línea complementaria y de refuerzo para un concepto operativo sobre la criminalidad organizada, nos son también funcionales los datos de la geopolítica, esto es, de una disciplina que se define como *"herramienta de comprensión e interpretación de las relaciones internacionales"* (Jean- François Gayraud. El G9 de las Mafias en el Mundo. Geopolítica del Crimen Organizado. Ob. Cit., p. 34). Fundamentalmente porque nos ayuda a situar y dimensionar el poder expansivo y la estratégica distribución que adquiere la criminalidad organizada en un mundo globalizado. Desde esta novedosa perspectiva son muy trascendentes los estudios realizados por Jean-François GAYRAUD en torno a la presencia actual de las mafias. Este autor con claridad nos advierte sobre la capacidad de penetración encubierta que ejerce la criminalidad organizada en el modelo general de las interrelaciones geográficas, sociales, políticas, económicas y culturales que se dan al interior de las sociedades y modelos estatales contemporáneos. Además, pone de relieve las limitaciones de los enfoques criminológicos clásicos para localizar la etiología de las tendencias de desplazamiento y movilidad que caracterizan a la criminalidad organizada moderna, lo que que si puede ser identificado en sus distintas correlaciones y proyecciones por un **enfoque geopolítico:** *"la criminología clásica, incluso multidisciplinar, no responde a la necesidad de comprensión de las mafias debido a su orientación individualista. Esta ciencia se interesa ante todo por el individuo criminal y por las respuestas de la sociedad ante el delito (prevención-represión). Por este motivo, le resulta difícil explicar un fenómeno esencialmente colectivo, cuyas dimensiones geográficas e históricas son determinantes. Sin embargo, la geopolítica aporta una mayor riqueza de recursos pues permite (junto a la geografía), un análisis físico y espacial de un fenómeno eminentemente social"* (Jean- François Gayraud. El G9 de las Mafias en el Mundo. Geopolítica del Crimen Organizado. Ob. Cit., p. 32).

Partiendo, pues, de todos estos enfoques y componentes, estimamos que el concepto operativo de criminalidad organizada debe buscarse y elaborarse en base a la integración de estas cuatro premisas:

UNIDAD IV: ASPECTOS SUSTANTIVOS DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

1. **Miriam Elsa Contreras López. Análisis de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional. Pág. 1-11**

Lectura obligatoria N° 4 - 1

Análisis de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional

Miriam Elsa Contreras López *

RESUMEN: La delincuencia organizada es un problema que atañe a todos los Estados y que los vincula, ya que su actuación y consecuencias se presentan, no sólo dentro de los límites nacionales de algún país, sino en varios de ellos a la vez o consecutivamente; de ahí el concepto de delincuencia organizada transnacional. A nivel de ordenamiento jurídico, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional señala los lineamientos que los Estados Parte deben considerar para hacer coherente su derecho interno con las disposiciones de la Convención, con la finalidad de combatir eficazmente la actividad de los grupos delictivos organizados. Esta Convención contempla varios rubros importantes, como son su objetivo, las definiciones básicas para comprender este ordenamiento, disposiciones procesales, las medidas para promover la cooperación internacional y algunos aspectos que podrían considerarse administrativos. El objetivo de esta colaboración es plantear un primer acercamiento al análisis de esta Convención, ya que representa el ordenamiento internacional específico

ABSTRACT: Organized delinquency is a problem that concerns and binds every State, because their performances and consequences are present, not only within the national boundaries of a country, but in several at once or consecutively; from this the concept of transnational organized delinquency. At a legal ordering level, the United Nations Convention against Transnational Organized Delinquency points out the guidelines that States party must consider to make their internal law coherent with the Convention's dispositions, with the means of efficiently fighting the activity of organized delinquent groups. This Convention contemplates several important sections, such as their objective, the basic definitions to understand this ordering, process disposition, the measures to promote international cooperation and some aspects that can be considered administrative. The objective of this paper is to raise a first approach to the analysis of this Convention, because it represents the specific international ordering relative to transnational organized delinquency, which is fundamental to understand the

* Doctora en Derecho Público. Académica de tiempo completo de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana. Investigadora Nacional en el Sistema Nacional de Investigadores.

Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas; o en el artículo 11, numeral 2 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (que en adelante mencionaré como la Convención), que señala que “cada Estado Parte velará por que (sic.) se ejerzan cualesquiera facultades legales discrecionales de que disponga conforme a su derecho interno en relación con el enjuiciamiento de personas por los delitos comprendidos en la presente Convención...”

También se aprecia la tendencia hacia la negación de los beneficios penitenciarios y hacia la prisión de máxima seguridad, lo que indudablemente segrega al individuo del contexto social. Basta leer lo señalado en el artículo 3, numeral 7 de la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas o en el Artículo 11, numeral 4 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional que dispone que los Estados Parte deben velar porque las autoridades correspondientes tengan presente la naturaleza grave de los delitos señalados en la Convención, “al considerar la eventualidad de conceder la libertad anticipada o la libertad condicional a personas que hayan sido declaradas culpables de tales delitos”.

En este artículo presento un primer análisis de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y, en algunos aspectos, la relaciono con disposiciones de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada (LFDO), cuyo acercamiento analítico ya fue motivo de una anterior colaboración.¹

1. Objetivo de la Convención

En el ámbito internacional, o global, la lucha contra la delincuencia organizada, o al menos la preocupación por su existencia, ha originado el surgimiento de algunas disposiciones jurídicas importantes, tales como la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional o la LFDO en México, por mencionar las de mayor interés en este momento.

La Convención deriva de la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas número A/55/25, aprobada en sesión plenaria, del 15 de noviembre del año 2000 y abierta a la firma en la Conferencia de Palermo (Italia) celebrada en diciembre del año 2000; de ahí que se le conozca como la Convención de Palermo. Contiene 41 artículos con sus respectivos numerales, sin división en títulos o capítulos; señala lineamientos relativos a aspectos sustantivos y adjetivos que, pide a los Estados Parte, consideren y apliquen.

La finalidad de la Convención (art. 1), es “promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional”. En la parte considerativa indica que la Asamblea General está convencida de que la Convención “constituirá un instrumento eficaz y el marco jurídico necesario para la cooperación internacional” para combatir actividades delictivas como el blanqueo de dinero, la corrupción, el tráfico de flora y fauna silvestre en peligro de extinción, las que atentan contra el patrimonio cultural o el terrorismo. Como dice González de la Vega, “este nuevo

¹ Al respecto, ver Miriam Elsa Contreras López, “La Ley Federal contra la Delincuencia Organizada en el contexto global (análisis exploratorio)”, en *Letras Jurídicas*, Revista de los Investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana, Año 6, número 11, Enero-Junio 2005, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Xalapa, Veracruz, pp. 221-236

exista acuerdo entre sus miembros y que su propósito sea la comisión de delitos. Sin embargo, en el caso del *grupo delictivo organizado* se establece como finalidad, además, la obtención de un beneficio económico u otro de orden material. En tal sentido, cabe preguntarse si el caso del terrorismo siempre puede actualizar este supuesto, ya que su finalidad puede ser, sin que necesariamente excluya el beneficio económico o material, también de naturaleza ideológica. Por su parte, el concepto de *grupo estructurado* es diferente, además de ser poco claro en cuanto a su finalidad.

El artículo 3 de la Convención señala que ésta se aplicará a la prevención, la investigación y el enjuiciamiento de los delitos tipificados con arreglo a los artículos: 5, 6, 8 y 23 de la misma Convención y los delitos graves que se definen en el artículo 2, cuando sean de carácter transnacional y en ellos participe un grupo delictivo organizado.

En cuanto a la tipificación de los delitos, el artículo 5 dispone que cada Estado Parte adopte las medidas para tipificar como delito, cuando se realice intencionalmente, el acuerdo con una o más personas de cometer un delito grave con el propósito de obtener un beneficio económico u otro de orden material, que conlleve un acto de alguno de los participantes para continuar ese acuerdo, o cuando participe un grupo delictivo organizado; o bien, la participación en las actividades del grupo a sabiendas de su finalidad o de que contribuirá al logro de sus objetivos. Por su parte, el artículo 6 se refiere a la penalización del blanqueo del producto del delito y señala diversas hipótesis que los Estados Parte deben procurar tipificar, entre otras, la conversión o transferencia de bienes, ocultación o disimulación de la naturaleza u origen, la adquisición, posesión o utilización de bienes o la participación en estas actividades, a sabiendas de que esos bienes son producto del delito. En consonancia, el siguiente numeral señala medidas para combatir el blanqueo de dinero.

El artículo 8 aborda la penalización de la corrupción y establece que se deben tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, supuestos tales como la promesa, ofrecimiento o concesión a un funcionario público de un beneficio por actuar u omitir en el cumplimiento de sus funciones, así como la solicitud o aceptación por un funcionario del beneficio relativo; o bien, otras formas de corrupción. Complementa esta disposición, el artículo 9 de la Convención, al referirse a las medidas contra la corrupción. Finalmente, el artículo 23 de la Convención, prevé la penalización de la obstrucción de la justicia, donde igualmente señala que se deben tipificar como delitos ciertas conductas **cuando se cometan intencionalmente**, por ejemplo, la inducción al falso testimonio u obstaculizar la prestación de testimonio o el cumplimiento de las funciones oficiales.

En resumen, las conductas a que se refiere la convención y que deberán tipificar los Estados Parte son, en general y siempre que se cometan dolosamente: el acuerdo para cometer un delito grave para obtener beneficio y con la intervención de un grupo delictivo organizado; el blanqueo del producto del delito; la corrupción y la obstrucción de la justicia.

En contraste, el artículo 2 de la LFDO tipifica la delincuencia organizada respecto al acuerdo para organizarse o la organización para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas autónomas o relacionadas con otras, que tengan como fin o resultado cometer delitos específicos como: terrorismo, contra la salud, falsificación o alteración de moneda, operaciones con recursos de procedencia ilícita, acopio y tráfico de armas, tráfico de indocumentados, tráfico de órganos, asalto, secuestro, tráfico de menores, robo de vehículos, piratería de obras protegidas por la Ley Federal de Derechos de Autor.

posibilidad de conceder la libertad provisional, se garantice que el acusado comparezca ante la autoridad cuando se requiera; igualmente, al “considerar la eventualidad de conceder la libertad anticipada o la libertad condicional...” debe tenerse en cuenta “la naturaleza grave de los delitos comprendidos en la presente Convención”; aquí se advierte, aunque no se diga explícitamente, una tendencia a prolongar la privación de libertad, al señalar como eventualidad conceder esos beneficios y sobre todo, hacer énfasis en la gravedad de los delitos, los cuales para la Convención, son los que tengan una pena máxima de al menos cuatro años de prisión. Así como que se establezca un plazo de prescripción prolongado y mayor, si el presunto delincuente eludió la administración de justicia.

Otras reglas se refieren a la autorización del decomiso y sobre qué bienes o productos, aún documentos bancarios, financieros o comerciales, sin que pueda argumentarse el secreto bancario para incumplir esta disposición; inclusive, la posibilidad de exigir al *delincuente* que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito u otros bienes expuestos al decomiso (art.12). Aquí se arroja la carga de la prueba al sujeto activo e indirectamente se libera al Ministerio Público de la obligación de justificar que esos bienes tienen un origen ilícito. El artículo 13 describe cómo deben actuar los Estados cuando reciban una solicitud de otro que tenga jurisdicción para conocer de un delito, con miras al decomiso.

Para la disposición del producto del delito o de los bienes decomisados (art. 14), se da prioridad a la devolución de éstos al Estado Parte requirente, para la indemnización a las víctimas del delito o devolverlos a sus propietarios; aportar el valor de la venta a organismos intergubernamentales; o bien repartirlos con otros Estados.

En cuanto a la Jurisdicción (art. 15), cada Estado Parte adoptará medidas para establecer su jurisdicción respecto a los delitos que se cometan en su territorio; a bordo de un buque o aeronave nacional; se cometa contra uno de sus nacionales; o se cometa por persona nacional o apátrida pero con residencia habitual en su territorio. Asimismo, cuando el delito este tipificado de conformidad con el párrafo I del artículo 5 de la Convención, se cometa fuera de su territorio pero con miras a cometer un delito dentro de éste. Sin embargo, existen casos más rigurosos en cuanto al establecimiento de la jurisdicción, que no se basan, como en las anteriores hipótesis, ni en la nacionalidad de las personas involucradas, ni en el lugar de comisión o efectos del delito, sino en que el presunto delincuente se encuentre en su territorio y el Estado Parte no lo extradite por ser uno de sus nacionales o por cualquiera otra causa. Los Estados Parte deberán consultarse y coordinarse cuando realicen una investigación, proceso o actuación por los mismos hechos.

Establece (art. 16), los casos y requisitos para que proceda la extradición de una persona; así como la posibilidad de celebrar acuerdos o tratados para el traslado, de un Estado a otro, de personas condenadas a pena privativa de libertad (art. 17). Promueve la asistencia judicial recíproca (art. 18) respecto de investigaciones, procesos y actuaciones judiciales, así como cuando se sospeche que el delito es de carácter transnacional; o cuando las víctimas, los testigos, el producto, los instrumentos o las pruebas de un delito se encuentren en el Estado Parte requerido y la investigación o proceso se realice en el Estado Parte requirente; sobre todo, para efectos procesales, como recibir testimonios o declaraciones, desahogar pruebas, entregar documentación, entre otros; respetando el carácter confidencial de las pruebas o elementos que se proporcionen, cuando así se haya

4. Medidas de cooperación internacional para procurar el cumplimiento de la Convención y el combate a la delincuencia organizada

Algunas medidas relativas a la cooperación entre los Estados Parte para cumplir los ordenamientos legales y la propia Convención se indican en los artículos 27 a 32, 34 y 35. Colaborar (art. 27) para aumentar la eficacia de las medidas de cumplimiento de la ley para combatir los delitos que refiere la Convención, facilitando el intercambio de información; apoyando a otros Estados para realizar indagaciones; intercambiar personal, celebrar acuerdos; y hacer frente a los delitos cometidos a través de elementos tecnológicos.

La colaboración con científicos y académicos para analizar las tendencias de la delincuencia organizada (art. 28); lo que es relevante ya que en la mayoría de los casos los esfuerzos académicos y de investigación científica no son tomados en cuenta, por lo cual quedan exclusivamente en el ámbito de las ideas pero sin reportar beneficios tangibles.

Formular y desarrollar programas de capacitación para el personal y autoridades involucradas en la prevención, detección, vigilancia, acopio de pruebas, protección a víctimas, etc. (art. 29). Promueve (art. 30) la cooperación de los Estados Parte para fortalecer sus capacidades para prevenir y combatir a la delincuencia organizada transnacional y apoyarse financiera y materialmente. Establecer y promover prácticas y políticas óptimas para la prevención de la delincuencia organizada transnacional y reducir sus posibilidades de actuación (art. 31); elaborar normas y procedimientos al respecto; prevenir la utilización indebida de personas jurídicas a través, entre otros mecanismos, del establecimiento de registros públicos de personas jurídicas y naturales involucradas en la constitución, gestión y financiación de personas jurídicas, o de registros nacionales de personas inhabilitadas para actuar como directores de personas jurídicas.

Dispone (art. 32) que se establezca una Conferencia de las Partes en la Convención para mejorar la capacidad de los Estados Parte para combatir la delincuencia organizada transnacional, y promover y examinar la aplicación de la Convención; señalando las funciones básicas de la Conferencia. Cada Estado Parte deberá tomar las medidas para garantizar el cumplimiento de las obligaciones emanadas de la Convención (art. 34).

En el artículo 35 se establece que las controversias que puedan derivar de la interpretación o aplicación de la Convención, deberá resolverse a través de la negociación, o en su caso, someterse a arbitraje u oportunamente a la Corte Internacional de Justicia.

5. Disposiciones administrativas de la Convención

Otras disposiciones pueden considerarse administrativas y no son de particular interés, por lo que sólo señalo que se refieren a los servicios de secretaría que prestará el Secretario General de las Naciones Unidas a la Conferencia de Partes (art. 33); fechas y reglas para la firma, ratificación, aceptación, aprobación y adhesión (art. 36); la relación con los protocolos que la puedan complementar (art. 37); el plazo y condiciones para su entrada en vigor (art. 38); los requisitos para proponer enmiendas (art. 39); el procedimiento, plazos y efectos de la denuncia de la Convención (art. 40); y, la designación del Secretario General de las Naciones Unidas como depositario de la Convención, así

Bibliografía

- CONTRERAS LÓPEZ, Miriam Elsa, “La Ley Federal contra la Delincuencia Organizada en el contexto global (análisis exploratorio)”, en *Letras Jurídicas*, Revista de los Investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana, Año 6, número 11, Enero-Junio 2005, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Xalapa, Veracruz.
- Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, Viena Austria, 20 de diciembre de 1988, ratificado por México 11 de Abril de 1990. Diario Oficial de la Federación, 5 de septiembre de 1990.
- Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas número A/55/25, 62ª Sesión plenaria, 15 de noviembre del año 2000.
- CRUZ GÓMEZ, María Concepción, “Instrumentos de Investigación Penal”, en *Delincuencia Organizada*, Rafael Macedo de la Concha (Coord.), Instituto Nacional de Ciencias Penales, México.
- GONZÁLEZ DE LA VEGA, René *Política Criminológica Mexicana*, 2ª. ed., Ed. Porrúa, México, 2000.
- Ley Federal contra la Delincuencia Organizada
- SÁNCHEZ SANDOVAL, Augusto, “La política criminal transnacional posmoderna como terrorismo jurídico y de hecho de los Estados”, en *Política criminal: La reducción del Estado nacional y las Políticas transnacionales de Seguridad*, UNAM posgrado de Derecho, México, 2003.
- SHIVA, Vandana, “Derecho a la alimentación, libre comercio y fascismo”, en *La globalización de los derechos humanos*, Matthew J. Gibney (editor), Tr. Helena Recassens Pons, Ed. Crítica, Barcelona, 2004.

UNIDAD IV: ASPECTOS SUSTANTIVOS DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

2. **Diego Sebastián Luciani. Criminalidad Organizada y Trata de Personas. Rubinsal-Culzoni Editores. Pág. 34-57**

Lectura Modelo 4 - 2

DIEGO SEBASTIÁN LUCIANI

**CRIMINALIDAD
ORGANIZADA
Y
TRATA DE PERSONAS**



**RUBINZAL - CULZONI
EDITORES**

dad de la actividad; la estructura piramidal y jerárquica similar a la de una empresa comercial —sobre lo cual profundizaré más adelante—, y, finalmente, la búsqueda de un beneficio económico o material.

Entonces, como una primera aproximación, puede afirmarse que delincuencia organizada es la que se realiza a través de un grupo o asociación criminal revestido de las siguientes características: *finalidad de cometer delitos graves, estructura, organización, subordinación respecto de los líderes que lo integran, permanencia, capacidad de actuar más allá de los límites territoriales del país y finalidad de obtener beneficio económico o material.*

Para referirnos a la delincuencia organizada no hay necesidad de llegar a lo que se ha entendido como delincuencia institucionalizada, como sucede en el caso de las grandes mafias. Basta entonces con pasar de una criminalidad individual o grupal a otra más corporativa, organizada, dirigida a la obtención de mayores beneficios económicos o materiales. Así, valiéndose de su afán lucrativo y de las oportunidades que ofrece el mercado global, las organizaciones criminales actuarán a nivel internacional o local de la forma enunciada.

IV. Convención Internacional de la Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo de 2000)

En el año 2000 fue diseñada en la ciudad de Palermo, Italia, la Convención Internacional de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Esta Convención constituye uno de los instrumentos internacionales de mayor relevancia en la materia.

Sus cuarenta y un artículos y protocolos complementarios —uno de ellos referidos específicamente a la trata de personas— evidencian el firme propósito de prevenir y combatir con mayor eficiencia la delincuencia organizada transnacional⁴⁷. Para nuestro país, este documento también es de suma trascendencia por cuanto fue incorporado al Derecho interno mediante la sanción de la ley 25.632⁴⁸.

⁴⁷ Art. 1° de la Convención.

⁴⁸ Sancionada el 1-8-2002, promulgada el 29-8-2002, publicada en el Boletín Oficial el 30-8-2002.

Tal vez uno de los grandes méritos de este instrumento es que ha brindado claridad acerca de conceptos que no son de sencilla comprensión, a saber: "grupo delictivo organizado", "delito grave", "grupo estructurado", "delito determinante", "organización regional de integración económica", etcétera⁴⁹.

La Convención sugiere la adopción de las medidas necesarias para la penalización del "acuerdo con una o más personas de cometer un delito grave con un propósito que guarde relación directa o indirecta con la obtención de un beneficio económico u otro beneficio de orden material y, cuando así lo prescriba el Derecho interno, que entrañe un acto perpetrado por uno de los participantes para llevar adelante ese acuerdo o que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado"⁵⁰.

De la misma manera, insta a la sanción de la acción de toda persona que a sabiendas de la finalidad y actividad delictiva general de un grupo delictivo organizado o de su intención de cometer los delitos en cuestión, participe activamente en: "a) Actividades ilícitas del grupo delictivo organizado; b) otras actividades del grupo delictivo organizado, a sabiendas de que su participación contribuirá al logro de la finalidad delictiva antes descrita"; como así también en la "organización, dirección, ayuda, incitación, facilitación o asesoramiento en aras de la comisión de un delito grave que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado"⁵¹.

Ahora bien, el interrogante que se abre ante tales recomendaciones es si realmente tendrá un verdadero sentido práctico tipificar en cada ordenamiento interno estas conductas, cuando, en definitiva, las acciones que cometen esas agrupaciones ya se encuentran contempladas en los distintos tipos penales que conforman el plexo represivo de cada Estado.

Para ser más claro, si los bienes jurídicos particulares ya están amparados por otras normas, ¿cuál sería la razón de penalizar el hecho de pertenecer a una "organización delictiva"? ¿Acaso no se estaría sancionando dos veces una única conducta?

⁴⁹ Art. 2° de la Convención.

⁵⁰ Art. 5°, inc. 1°, acápite a, apartado i, de la Convención.

⁵¹ Art. 5°, inc. 1°, acápite a, apartado ii, y acápite b, respectivamente, de la Convención.

Pienso que la segunda sanción se debe a la falta de eficacia del sistema a la hora de prevenir y reprimir los comportamientos principales. Es decir, la falla de la primera barrera represiva del Derecho Penal obliga a crear una segunda barrera de contención que funciona como reforzadora o como "rueda de auxilio" de la anterior.

No creo que la mera tipificación de conductas relacionadas con el crimen organizado alcance para una lucha eficaz contra esta modalidad delictiva. Esto, en cierta forma, fue reconocido por la Convención de Palermo al admitir los serios y profundos inconvenientes probatorios que se presentan al momento de investigar y juzgar delitos como los allí contemplados.

No obstante, sí aparecen apropiadas las proposiciones acerca de instar la penalización del blanqueo del producto del delito procedente de hechos relacionados con grupos delictivos organizados⁵².

Como así también establecer medidas concretas para combatir el lavado de dinero, tales como: implementar un amplio régimen interno de reglamentación y supervisión de los bancos y las instituciones financieras no bancarias u otros entes que puedan ser utilizados para el blanqueo de dinero; garantizar que las autoridades de administración, reglamentación y cumplimiento de la ley y demás autoridades encargadas de combatir el blanqueo de dinero sean capaces de cooperar e intercambiar información a nivel nacional e internacional; establecer una dependencia de inteligencia financiera que sirva de centro nacional de recopilación, análisis y difusión de información sobre posibles actividades de blanqueo de dinero, y ejecutar toda medida para promover la cooperación a escala mundial, regional, subregional y bilateral entre las autoridades judiciales, de cumplimiento de la ley y de reglamentación financiera a fin de combatir el blanqueo de dinero⁵³.

Del mismo modo, es sumamente interesante la promoción de medidas legislativas de los Estados partes con el fin de penalizar la corrupción, en todas sus formas de manifestación, fijar pautas y medidas contra la corrupción e instaurar la responsabilidad de las personas jurídicas que participen en delitos vinculados al lavado de dinero y

⁵² Art. 6° de la Convención.

⁵³ Art. 7° de la Convención.

al crimen organizado⁵⁴. Como se observa, el espíritu que ha guiado dicho instrumento es el de lograr máxima eficacia en la lucha contra el crimen organizado y para ello se ocupa de diversos aspectos estrechamente ligados a esta problemática.

Pero también propone el decomiso, el embargo y la incautación del producto de los delitos comprendidos en la Convención o de bienes cuyo valor corresponda al de su producto, con la clara intención de quitarle al grupo delictivo organizado el incentivo por el que fue conformado, su fuente de inspiración, o sea, los bienes y el dinero⁵⁵.

Para lograr el máximo de eficacia en la investigación sugiere la utilización de técnicas especiales de investigación, como la del agente encubierto⁵⁶, instituto que se encuentra seriamente controvertido, ya sea en cuanto a la dudosa legalidad de la prueba que el mismo pueda obtener o por la posible violación de principios y garantías constitucionales⁵⁷.

Finalmente, la Convención propone "sensibilizar a la opinión pública con respecto a la existencia, las causas y la gravedad de la delincuencia organizada transnacional y la amenaza que representa"⁵⁸, como medio de alertar a la sociedad acerca del modo y funcionamiento de estas organizaciones.

V. Crimen organizado y empresa. Características comunes

La relación entre el crimen organizado y la economía ocupa un lugar central en cualquier análisis actual de los fenómenos de la macrocriminalidad. Como vimos, en países europeos como Italia hace tiempo se ha aprendido a convivir con manifestaciones endémicas de criminalidad organizada con fuerte raigambre sociocultural.

Si bien la cuestión de la importancia económica de la criminalidad organizada constituye un tema apasionante, el objeto de observación

⁵⁴ Arts. 8º, 9º y 10 de la Convención.

⁵⁵ Art. 12 de la Convención.

⁵⁶ Art. 20 de la Convención.

⁵⁷ LUCIANI, *La figura del agente encubierto en el sistema penal argentino: su relación con el narcotráfico y lavado de dinero* cit.

⁵⁸ Art. 31, inc. 5º de la Convención de Palermo.

en este acápite no se circunscribirá al análisis económico de la misma ni a las posibles interferencias entre la criminalidad organizada y la actividad económica, sino a exhibir las notables semejanzas que se presentan entre una organización criminal y una empresa comercial.

Como se ha venido señalando, la criminalidad organizada es un fenómeno dinámico, su gama de producción y sus actividades delictivas son cada vez más fructíferas y novedosas. Tanto es así que se puede sostener que funciona de forma empresarial, no sólo por las fabulosas fortunas que maneja, sino por la forma en que se estructura.

Ya se afirmó que la organización criminal reclama cierto grado de orden, consistente en una distribución de roles, jerarquías y tareas dentro de la estructura. Además, debe tender a la comisión de delitos graves y poseer la clara intención de obtener una ventaja económica o de orden material.

El beneficio económico constituye un aspecto que se ha señalado repetidamente como una característica saliente del crimen organizado. Por ello se suele hablar de criterios de organización empresarial dentro de la asociación criminal. Si bien se desconocen las cifras exactas del dinero que blanquean las organizaciones criminales, las estimaciones señalan que alcanzan varios centenares de millones de dólares al año, superando incluso el Producto Bruto Interno de la mayoría de los países del mundo.

Si no fuese por el marcado proyecto delictivo, podría decirse, sin temor a equivocarse, que la forma de actuación que persigue una agrupación criminal no se diferencia demasiado de la de cualquier empresa comercial.

En la misma definición de empresa encontramos patrones comunes con la organización criminal, puesto que se ha identificado a la primera como una organización que prevé la realización de una actividad económica, con un riesgo, para intermediar en la producción o el cambio de bienes y servicios⁵⁹. Por su parte, la Ley de Sociedades Comerciales considera que habrá sociedad comercial cuando dos o más personas en forma organizada se obliguen a realizar aportes para aplicarlos a

⁵⁹ ETCHEVERRY, Raúl A., *Derecho Comercial y Económico. Parte general*, Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 83.

la producción o intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas⁶⁰.

Como se observará, las semejanzas entre una y otra son notorias. Por ello Bottke⁶¹ ha definido la criminalidad organizada como la criminalidad de varios miembros de la sociedad, que se asocian generalmente por tiempo indeterminado y organizan su actividad criminal como si fuera un proyecto empresarial.

Una rápida comparación permitirá apreciar cómo una organización criminal se asemeja a la estructura y organización de una empresa. Veamos.

a) *Identificación*

Una empresa puede anclar su identidad en diversos fenómenos: una marca, una misión o una forma particular de negocio. La criminalidad organizada debe necesariamente delinear y seleccionar las actividades delictivas a las que se dedicará —tráfico y comercialización ilícita de estupefacientes, contrabando de armas, trata de personas, actos de terrorismo o su financiación, etcétera—. Este primer paso es ineludible tanto en el empresario como en el delincuente, porque constituye la idea y el medio con el cual proyectarán obtener ganancias.

Claro que de acuerdo con los resultados que se vayan obteniendo —sean éstos ventajosos o infructuosos—, se tendrá que decidir continuar con el negocio, abandonarlo o empezar a incursionar en otras áreas diferentes que reporten mayores *beneficios*, entendidos como ganancias o menores riesgos empresariales.

Un ejemplo emblemático de mutación de actividades es el de la mafia, que ha manejado porciones significativas de acciones ilícitas, controlando el juego clandestino, la prostitución, la trata de blancas, el préstamo usurario, entre otras. Pero su actividad, como se señalara, no se limitó a ello exclusivamente.

Ciertamente, en el caso de la Camorra napolitana, cuyos orígenes

⁶⁰ Según art. 1º de la ley 19.550.

⁶¹ BOTTKÉ, Wilfried, *Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania*, en *Revista Penal*, N° 2, Praxis, Barcelona, julio de 1998.

se remontan a comienzos de 1800, se señala que su permanencia se debió, en gran medida, a la adaptación a las nuevas circunstancias que se iban planteando. En el plano económico, desde su inicio se destacaron los negocios ilegales, como el chantaje, el robo, el contrabando, los juegos de azar y la prostitución. De suma importancia ha sido también el hecho de que esta organización se involucrara en el narcotráfico, lo cual dio nueva forma a la tradicional inserción económica, potenciada por el enorme volumen de dinero generado por esta actividad⁶².

b) *Versatilidad*

Como se dijo, la capacidad de virar el timón hacia otro ámbito más propicio cuando las condiciones no son las adecuadas o cuando el campo de actuación se transforma en menos favorable es otra de las características que se reiteran en ambos supuestos.

Es lógico suponer que el crimen organizado no lleve a cabo acciones criminales que no resultan redituables, y cuando esto suceda, extenderán sus contactos y su estructura para buscar nuevas alternativas.

En el mismo sentido, tarde o temprano todas las empresas se enfrentan a la necesidad de un cambio, ya sea a raíz de una caída abrupta de la rentabilidad, la conquista de clientes en mercados distantes o hasta la amenaza de competidores más ágiles.

c) *División de tareas*

Ésta es otra semejanza que puede encontrarse en la forma en que se halla estructurada tanto la empresa como la organización criminal. Se trata en ambos casos de un grupo de personas, con objetivos comunes que, para lograrlos, deben necesariamente dividir sus quehaceres. De este modo cada cual tendrá un rol que cumplir —en el caso de una empresa: presidente, vicepresidente, gerentes y empleados— y responderá en forma vertical de acuerdo a la jerarquía que ostente.

En el supuesto del narcotráfico —una de las modalidades de la delin-

⁶² ORSI, *Sistema penal y crimen organizado* cit., ps. 22/23.

cuencia organizada—, habrá que pensar en una larga cadena de eslabones: siembra, producción, elaboración, transporte, acopio, distribución y venta.

Con sólo imaginar la cantidad de personas que deben intervenir en cada una de las etapas de esta actividad y los factores que en ellas influyen, no parece haber ninguna discusión acerca de la necesidad de poseer una estructura fraccionada de acuerdo a las funciones específicas, y que sea claramente piramidal.

En ella existen cargos cuidadosamente seleccionados, un orden jerárquico con líneas bien delimitadas de autoridad y responsabilidades, una selección de personal sobre la base de cualidades técnicas, profesionales y personales, y reglas celosamente controladas para lograr un óptimo funcionamiento.

En este aspecto se ha considerado que en materia de narcotráfico se reúnen las siguientes características: se trata de una organización poblada de un significativo número de personas; tiene una estructura organizativa compleja y eficaz; genera explotación ilegal en el mercado de bienes y servicios; tiene carácter transnacional; persigue el soborno de personajes de la vida pública; se posiciona políticamente en busca de la conquista del poder e intenta tener una fuerza de impacto similar o superior a las fuerzas regulares⁶³.

La determinación exacta del volumen de dinero del narcotráfico en la economía mundial es de difícil —si no imposible— comprobación, debido sobre todo a la clandestinidad de las operaciones delictivas que generan tales ganancias. Por ello, aunque desde hace algunos años se hable de beneficios globales de una cantidad próxima a los 500.000 millones de dólares, los cálculos son meramente estimativos y no tienen el suficiente grado de fiabilidad, pero ello no impide imaginar las enormes sumas de dinero que el narcotráfico moviliza.

d) *Transnacionalidad*

La concentración de poder económico tanto en una empresa como

⁶³ TAMINI, Adolfo L., *El narcotráfico: fenómeno de la delincuencia organizada. Respuesta del sistema penal*, citado por CORNEJO, Abel, *Estupefacientes*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 340.

en cualquier organización criminal provoca que se intente extender e impulsar la actividad hacia otros puntos del mundo.

La liberalización del comercio, la existencia de un mercado global y el desarrollo de las comunicaciones han favorecido, de un lado, las relaciones entre organizaciones criminales, y de otro, la internacionalización de concretos grupos organizados. El presupuesto inicial de las sinergias entre organizaciones viene determinado por la no competitividad, de modo que serán los grupos criminales con actividades delictivas heterogéneas los idóneos para articular redes corporativas, con el objeto de prestarse mutua ayuda. Pero además, las grandes organizaciones han extendido su actuación ilícita fuera de las fronteras del país donde inicialmente estaban ubicadas, hasta el punto de que la actual dimensión de la delincuencia organizada puede desembocar en una internacionalización del crimen⁶⁴.

Por esa razón, la Convención de Palermo ha establecido que un delito puede considerarse transnacional cuando se comete en más de un Estado; o dentro de un solo Estado pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado; o se comete dentro de un solo Estado pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado; o se comete en un solo Estado pero tiene efectos sustanciales en otro Estado⁶⁵.

La expansión de los grupos criminales organizados desde un ámbito local o regional hasta uno internacional es un rasgo que se destaca en esta forma de criminalidad en las últimas décadas. Se trata de una de las características más preocupantes y que ha motivado la atención creciente de las organizaciones internacionales ante la convicción de que sólo puede ser combatida —con alguna eficacia— mediante una acción coordinada de los Estados tanto en el campo de la prevención como en el de la represión.

Al igual que en una empresa, la venta del producto, cualquiera

⁶⁴ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, *Criminalidad organizada...* cit., p. 54.

⁶⁵ Ver art. 3º, ap. 2.

sea, puede efectuarse en diferentes países. La globalización de la economía es el factor más importante que ha influido en el desarrollo y la expansión transnacional de la criminalidad. La forma característica que adoptan las empresas comerciales es la multinacional, que proyecta su actividad en sectores diversos y opera en todo el mundo. Estos parámetros se repiten en el mercado ilegal en el que se mueven las organizaciones criminales.

Las mafias rusas son un buen ejemplo de organización transnacional de delincuencia, a menudo mejor organizadas y financiadas que la policía. Sus actividades, como se señalara, atraviesan tantas fronteras que la coordinación intergubernamental resulta complicada. Es que están menos limitadas por la burocracia, cuentan con más dinero y tienen acceso a la mejor tecnología⁶⁶.

e) *Especialización de la actividad para la obtención de mayores ganancias*

A medida que se desarrolla la actividad, el número de integrantes deberá ser mayor y esto exigirá la necesidad de especializar y capacitar a los componentes del grupo para hacer más efectivos los resultados.

Esto es así porque, según se ha dicho, la organización criminal se trata de una entidad colectiva ordenada en función de estrictos criterios de racionalidad, donde cada uno de sus miembros desempeña un determinado cometido para el que se encuentra especialmente capacitado en función de sus aptitudes o posibilidades personales. De este modo, la corporación alcanza los rasgos propios de una sociedad de profesionales del delito⁶⁷.

f) *Beneficio económico o material*

Cuando se habla de eficiencia y eficacia es imperativo, indefectiblemente, hacer referencia al rédito económico o material que, obviamente, es perseguido por las dos estructuras en análisis. Por supuesto, al discurrir en torno a qué es lo que se proyecta con ese beneficio en

⁶⁶ ARQUILLA y RONFELDT, *Redes y guerras en red...* cit., p. 136.

⁶⁷ CAPARRÓS, Eduardo F., *El delito de blanqueo de capitales*, Colex, Madrid, 1998, p. 37.

cada caso, hallamos alguna divergencia, pues la empresa buscará re-invertir ese capital para seguir creciendo como tal, mientras que la organización criminal lo hará para aumentar su estructura, perdurar en el tiempo, consolidar su poder, de manera de persistir en su faena delictiva y obtener mayores beneficios.

Así, en las organizaciones criminales el delito aparece como el medio idóneo y adecuado para la obtención del beneficio deseado, y, por ende, el hecho ilícito carece, por sí mismo, de relevancia.

g) *Conclusión*

Las semejanzas estructurales anotadas entre una organización criminal y una empresa comercial muestran que comparten principios de actuación.

Así la moderna delincuencia organizada, distinta y distante de la delincuencia tradicional en planteamientos, formas de actuación, objetivos y fines, desarrolla a gran escala, con criterios empresariales y en un ámbito de actuación supranacional, todo un catálogo de múltiples actividades delictivas generadoras de unos fabulosos beneficios económicos que, obviamente, necesitan ser reciclados e introducidos en los circuitos comerciales y financieros para continuar existiendo como tal.

Es más, en ocasiones, las empresas comerciales terminan siendo funcionales al crimen organizado, no sólo para desplegar negocios lícitos en el marco de empresas de su propiedad, sino también para lavar el dinero ilícitamente obtenido, por lo cual es necesario prestar especial atención a estas relaciones.

VI. Aspectos del fenómeno

La actividad del crimen organizado constituye una *práctica social* que es provocada y llevada a cabo por sujetos sociales en el seno de una sociedad. Como tal, su complejo tratamiento se erige en un verdadero desafío no sólo a la estructura tradicional del sistema penal, sino también a todo el esquema fundamental del poder político, administrativo, económico y social.

Esto permite apreciar que el suceso tendrá múltiples enfoques y

acarreará diversas consecuencias. Es por ese motivo que se habla de las diferentes dimensiones del fenómeno.

a) *Dimensión económica*

Ya he expresado que la criminalidad organizada puede definirse como una empresa económica de carácter delictivo que posee la clara intención de obtener una ventaja económica u otro beneficio material. La actividad que desarrolla conforma un negocio altamente redituable, provocando que muchos individuos en los distintos niveles de la cadena de la asociación (desde los más bajos hasta los jefes y organizadores) asuman los riesgos que implica incurrir en este tipo de ilícito.

Pero también es innegable la relación existente entre la criminalidad organizada y un campo sumamente conflictivo como es la criminalidad económica. Es claro que toda comunidad política tiene un orden económico, y las normas de Derecho Penal Económico –más precisamente, los llamados delitos económicos– vienen a cumplir la función de incriminar comportamientos que lesionan o ponen en peligro ese orden.

La doctrina penal dominante defiende aún la teoría de los bienes jurídicos y el principio de lesividad. Para ello ha tratado tradicionalmente de adaptar categorías y principios penales; por ejemplo: el reconocimiento de bienes jurídicos “colectivos” o “supraindividuales”, entre los cuales se encuentra, lógicamente, el Derecho Penal Económico, que ha sido abordado desde una doble perspectiva: una *estricta* y otra *amplia*.

El primer punto de vista (estricto) lo concibe como un conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía. La intervención del Estado y de su Derecho en zonas antes abandonadas a la libre iniciativa va a denominarse Derecho Económico. En definitiva, lo que caracteriza al Derecho Penal Económico es el grado más intenso de intervención estatal en la economía, mediante el ejercicio del *ius puniendi*.

Por su parte, Derecho Penal Económico en sentido *amplio* es el conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica de la producción, distribución y

consumo de bienes y servicios. Ya no se trata aquí de la protección del nuevo intervencionismo estatal, sino de la actividad económica dentro de la economía de mercado. En esta concepción *amplia* se ensanchan notablemente los límites del Derecho Penal Económico, presentándose el orden económico, en oposición a la concepción estricta, como un bien jurídico de segundo orden atrás de los intereses patrimoniales individuales⁶⁸.

Bottke⁶⁹ ha entendido que el delito económico en sentido amplio es el comportamiento delictivo de personas que en las unidades económicas de producción o distribución de bienes o prestación de otros servicios poseen posiciones que facilitan la delincuencia en relación con estas unidades económicas, mientras que el delito económico en sentido restringido pretende la protección de las condiciones esenciales de funcionamiento del sistema económico.

Establecido ello, cabe aclarar que el Derecho Penal Económico suele definirse con relación a un objeto de carácter político-criminal: la prevención de la criminalidad económica. Hoy en día se considera a la criminalidad económica como la criminalidad de la empresa, entendida ésta como la célula esencial en la estructura y el desarrollo económico. Sin perjuicio de que con carácter general existe una gran dificultad a la hora de elaborar un concepto de delito económico y de conseguir una clara delimitación de cuáles deben ser considerados delitos económicos⁷⁰.

A partir de las investigaciones de Edwin H. Sutherland⁷¹ en su conocido estudio sobre el delito de cuello blanco, se estableció que el delito económico no guardaba vinculación con la pobreza o la marginalidad, sino que, por el contrario, se concluyó que las personas

⁶⁸ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Derecho Penal Económico aplicado a la actividad empresarial*, Civitas, Madrid, 1978, p. 37 en adelante.

⁶⁹ BOTTKE, Wilfried, *Sobre la legitimidad del Derecho Penal Económico en sentido estricto y sus descripciones típicas específicas*, en *Hacia un Derecho Penal Económico europeo*, Jornadas en honor al profesor Klaus Tiedemann, Estudios Jurídicos, 1992, p. 637.

⁷⁰ BORINSKY, Mariano, *Derecho Penal Económico y de la empresa*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, p. 29.

⁷¹ *White Collar Crime*, 2nd ed., New York, 1961.

incurtas en estas prácticas eran, por lo general, individuos de una posición social acomodada y respetable. Concretamente, el autor definió el delito económico como la violación de la ley penal por personas de alto nivel socioeconómico en el desarrollo de su actividad profesional, y puso el acento fundamentalmente en la posición social del autor, siendo la referencia a la ley penal nada más que consecuencia de la interdependencia de la criminología con el Derecho Penal, sin intentar de ningún modo dar un concepto jurídico de delito económico⁷².

De lo expuesto se deriva que, en principio, los delitos económicos sólo vulneran bienes colectivos o "supraindividuales", lo que supone distinguirlos de los que tutelan delitos individuales, es decir, aquellos que se denominan patrimoniales, como pueden ser el hurto, la usura, etcétera. Digo *en principio* porque respecto de esta aseveración se han levantado opiniones en contrario.

Así, se ha dicho que de la afirmación de que el delito económico ampara bienes supraindividuales no se concluye que no pueda además quedar protegido el bien jurídico de un particular. Por ejemplo, las normas de defensa de la competencia, que naturalmente están orientadas a proteger la libre concurrencia de una economía de mercado —bien supraindividual— preservan también intereses individuales de los consumidores y de los competidores del autor de la infracción⁷³.

Como vemos, la amplitud de criterios y la falta de especificación acerca de la noción de delito económico han generado una confusión conceptual. Sin embargo, esa imprecisión no constituye una barrera para apreciar la vinculación que existe entre la actividad que desarrolla la criminalidad organizada y los delitos económicos. Es más, en muchas ocasiones, detrás de un delito económico —como puede ser la elusión tributaria— existen grandes organizaciones que posibilitan la perpetración de ese evento criminal.

Si nos remitimos a los sorprendentes datos estadísticos sobre los efectos de la delincuencia económica, se podría afirmar que los daños materiales que produce son inimaginables en la delincuencia violenta.

⁷² BAJO FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 41.

⁷³ RIGHI, Esteban, *Los delitos económicos*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 96.

Es que los efectos lesivos de la delincuencia económica repercuten seriamente sobre la vida y la integridad física de las personas. A modo de ejemplo, en Alemania los daños económicos superan la totalidad de los causados por el resto de la delincuencia⁷⁴.

Si a lo expuesto se adunan los daños que la pérdida de confianza por la repetición de hechos de este tipo de delincuencia puede ocasionar al mercado, que podrían llegar hasta el quiebre del sistema, podremos tomar dimensión de la seriedad del problema. De allí, entonces, la grave afectación que produce la actividad de la criminalidad organizada en el mercado, al poner en peligro el orden socioeconómico tutelado por la Constitución Nacional.

Este orden socioeconómico, que si bien no aparece en nuestra Constitución como un derecho expresamente mencionado, no impide concebirlo y reconocerlo, tanto implícitamente⁷⁵ como de la armónica exégesis de sus normas.

Es más: puede asegurarse que desde el preámbulo emanan principios del orden socioeconómico, tales como el objetivo de afianzar la justicia, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad. Estos ideales, plasmados en diferentes artículos de nuestra Constitución, fueron delineando —si bien en forma desordenada— el contorno del orden social y económico.

Con relación a ello ha sostenido Alberdi⁷⁶ que la Constitución federal argentina contiene un sistema completo de política económica, en cuanto garantiza la libre acción del trabajo, del capital y de la tierra como principales agentes de la producción, ratifica la ley natural de equilibrio que preside el fenómeno de la distribución de la riqueza, y encierra en límites discretos y justos los actos que tienen relación con el fenómeno de los consumos públicos.

Este reconocimiento se tornó aún más plausible a partir de la reforma del año 1994. En efecto, existen distintos principios fun-

⁷⁴ BAJO FERNÁNDEZ, ob. cit., ps. 50/51.

⁷⁵ Art. 33 de la Const. Nac.

⁷⁶ ALBERDI, Juan Bautista, *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*, Escuela de Educación Económica y Filosofía de la Libertad, Buenos Aires, 1976, p. 1.

damentales que demuestran claramente que el orden socioeconómico se encuentra contemplado en nuestra Carta Magna y en los tratados internacionales incorporados a ella, a saber: principio de libertad y de derechos humanos; principio de igualdad real de oportunidades y trato; principio de desarrollo integral (social, económico y humano). Además, las palabras “progreso”, “adelanto”, “bienestar”, “prosperidad”, “crecimiento” y “desarrollo”, tienen un claro sustrato socioeconómico⁷⁷.

Excedería el marco del presente detenerme en el análisis circunstanciado del contenido de cada uno de los artículos de la Constitución Nacional que, en forma directa o indirecta, hacen alusión al orden socioeconómico, pero es clara la estrecha vinculación de nuestra Constitución con el mismo.

De lo precedentemente expuesto se infiere que la Carta Magna se encuentra integrada por principios, criterios, valores y reglas fundamentales que presiden la vida económica y social del país, y por eso puede afirmarse que el orden socioeconómico goza de reconocimiento constitucional⁷⁸.

Si esto es así, también debemos reconocer que las normas de Derecho Penal Económico —más precisamente los llamados delitos económicos— cumplen la función de incriminar comportamientos que lesionan o ponen en peligro ese orden.

Nuestro Código Penal no poseía, hasta la creación de la ley 26.683⁷⁹, ningún título ni capítulo que específicamente hiciera alusión al orden socioeconómico, no obstante existir diferentes tipos penales relacionados con él, como el lavado de dinero.

La norma aludida derogó el artículo 278 del Código Penal, renumeró los artículos 303, 304 y 305 del Código Penal, como artículos 306, 307 y 308, respectivamente, e incorporó el título XIII

⁷⁷ BIDART CAMPOS, Germán J., *El orden socioeconómico en la Constitución*, Ediar, Buenos Aires, 1999, ps. 83/84 y 404.

⁷⁸ Un análisis más completo de la cuestión ha sido presentada en el artículo de mi autoría denominado *El modelo socioeconómico en la Constitución Nacional y en el Código Penal*, en E. D., mayo de 2008, N° 5, ps. 17/25.

⁷⁹ Sancionada el 1-6-2011, promulgada parcialmente el 17-6-2011 y publicada en el Boletín Oficial el 21-6-2011.

al Código Penal, el que pasó a denominarse *Delitos contra el orden económico y financiero*⁸⁰.

Dentro de este título incorporó un nuevo tipo penal de lavado de dinero⁸¹, que se aproxima a los postulados emanados de diferentes instrumentos internacionales y se enmarca en lo prescripto en las legislaciones internas de los países más avanzados en la materia, en cuanto reconocen al lavado de dinero como una actividad criminal autónoma e independiente del delito del cual proceden los bienes.

Para ello, tal como indicara en un artículo de mi autoría⁸², que fuera publicado con antelación a la sanción de la ley, fue necesario dejar de concebir el delito de lavado de dinero como una especie de encubrimiento y comenzar a considerarlo una acción que afecta un bien jurídico distinto del de la administración de justicia, como podría ser el orden socioeconómico.

⁸⁰ Ver arts. 2º, 4º y 5º de la ley 26.683.

⁸¹ "Artículo 303: 1) Será reprimido con prisión de tres (3) a diez (10) años y multa de dos (2) a diez (10) veces del monto de la operación, el que convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, grabare, disimulare o de cualquier otro modo pusiere en circulación en el mercado, bienes provenientes de un ilícito penal, con la consecuencia posible de que el origen de los bienes originarios o los subrogantes adquirieran la apariencia de un origen lícito, y siempre que su valor supere la suma de pesos trescientos mil (\$ 300.000), sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí. 2) La pena prevista en el inciso 1 será aumentada en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo, en los siguientes casos: a) Cuando el autor realizare el hecho con habitualidad o como miembro de una asociación o banda formada para la comisión continuada de hechos de esta naturaleza; b) cuando el autor fuera funcionario público que hubiera cometido el hecho en ejercicio u ocasión de sus funciones. En este caso, sufrirá además pena de inhabilitación especial de tres (3) a diez (10) años. La misma pena sufrirá el que hubiere actuado en ejercicio de una profesión u oficio que requirieran habilitación especial. 3) El recibiere dinero u otros bienes provenientes de un ilícito penal, con el fin de hacerlos aplicar en una operación de las previstas en el inciso 1, que les dé la apariencia posible de un origen lícito, será reprimido con la pena de prisión de seis (6) meses a tres (3) años. 4) Si el valor de los bienes no superare la suma indicada en el inciso 1, el autor será reprimido con la pena de prisión de seis (6) meses a tres (3) años. 5) Las disposiciones de este artículo regirán aún cuando el ilícito penal precedente hubiera sido cometido fuera del ámbito de aplicación espacial de este Código, en tanto el hecho que lo tipificara también hubiera estado sancionado con pena en el lugar de su comisión".

⁸² LUCIANI, Diego Sebastián, *Un nuevo tipo penal de lavado de dinero*, en L. L., Año LXXV, N° 64, el 6-4-2011 (t. L. L. 2011-B).

Es que el avance de la criminalidad organizada en delitos de estructura financiera ha puesto de manifiesto la insuficiencia del tipo penal de lavado de dinero para hacer frente eficazmente a esta clase de delincuencia en nuestro país. El blanqueo de capitales es una actividad criminal compleja, que se vale de un inagotable catálogo de procedimientos que se van transformando y perfeccionando en forma vertiginosa, obligando a los ordenamientos jurídicos a su actualización.

En este sentido, la nueva reforma es auspiciosa, ya que con más claridad reprime ciertas formas de criminalidad organizada y desalienta la ulterior actividad de estos grupos, tendiente a aumentar su poderío, vulnerando manifestaciones básicas del sistema económico plasmado en ciertas normas de la Constitución Nacional, a las que se hizo alusión.

No debe perderse de vista que los procesos de blanqueo inciden muy negativamente sobre el modelo económico plasmado en la Constitución y, en especial, sobre la ordenación del mercado que de él deriva. Es que un mercado en el que se lavan y reinvierten capitales sucios se convierte poco a poco en un núcleo de relación dominado por unos pocos, en el que los operadores económicos pierden la confianza. El consumidor ve cómo se reduce su capacidad de elegir y el empresario advierte cómo su margen de actuación disminuye progresivamente presionado por quienes se suman al mercado despreciando las reglas de la honesta competencia⁸³.

Asimismo el conjunto de conductas destinadas a la normalización de los ingresos sucios pone a prueba el correcto funcionamiento del mercado y tiende a minar la credibilidad de los sujetos que en él intervienen. Los blanqueadores se valen de las herramientas y procedimientos que el sistema ofrece a los agentes económicos para la realización de operaciones lícitas —utilización de entidades financieras, instrumentalización de contratos, participación de profesionales de los más diversos sectores—. De este modo, el reciclaje de fondos procedente de diferentes delitos cometidos por el crimen organizado pervierte su estructura, provocando el desconcierto entre los diversos operadores⁸⁴.

⁸³ CAPARRÓS, Eduardo Fabián, *El delito de blanqueo de capitales*, Colex, Madrid, 1998, ps. 224 y ss.

⁸⁴ CAPARRÓS, Eduardo Fabián, *Consideraciones de urgencia sobre la Ley Or-*

Blanco Cordero⁸⁵, en línea con la Convención de Viena, se inclinó por un bien jurídico de carácter económico, puesto que los vínculos existentes entre el narcotráfico y otras actividades delictivas de las organizaciones criminales relacionados con él socavan las economías lícitas. De esta forma, el blanqueo de dinero es un delito económico con el que se pretende proteger el orden socioeconómico —un bien jurídico de carácter supraindividual—, siendo su titular o sujeto pasivo la comunidad en general, por las profundas alteraciones del sistema económico y financiero que distorsionan los presupuestos básicos de la convivencia social.

Se colige así que las grandes cantidades de dinero que son capaces de movilizar las organizaciones criminales como producto de su actividad pueden provocar consecuencias nefastas para los mercados financieros.

A modo de ejemplo, en 1980, la DEA había detectado fugas de capitales hacia cuentas bancarias fuera de los Estados Unidos de América por más de dos mil millones de dólares, debidos, solamente, a negocio de venta de estupefacientes. Buen número de esos bancos que facilitaron la fuga de capitales, estaban en Miami. Una investigación realizada en esa ciudad reveló que la mayor parte del dinero que allí circulaba tenía origen ilícito y se admitió que si se retirase abruptamente ese dinero, el Estado se vería afectado por un colapso económico⁸⁶.

La cuestión del blanqueo de capitales en nuestros días ya dejó de ser el problema de un país o un Estado en particular, pues sus consecuencias se verifican transnacionalmente. Las organizaciones delictivas que lo generan hacen sentir el efecto de su accionar convirtiendo a numerosas economías, especialmente las emergentes, en cada vez más dependientes de esos capitales ilícitos, en tanto que en las má

gánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, t. XLVI, fasc. II, mayo-agosto, MCMXCIII, ps. 611/612.

⁸⁵ BLANCO CORDERO, Isidro, en *El delito de blanqueo de capitales cit.*, p. 186/187.

⁸⁶ NEUMAN, Elías, *La legalización de las drogas*, 3ª ed. reestruc. y simpl. Universidad, Buenos Aires, 2005, p. 203.

desarrolladas llegan incluso a conmover diversos sectores, como, por ejemplo, el financiero. La globalización de la economía también produjo la globalización de las actitudes delictivas⁸⁷.

Lo hasta aquí expuesto exhibe la estrecha relación existente entre el crimen organizado y sus derivaciones en el plano económico de un país y hasta de una región, todo lo cual debe ser conocido y considerado a la hora de idear o desplegar estrategias para luchar contra esta forma de delincuencia.

b) *Dimensión social*

Una circunstancia característica de los violentos delitos que comete el crimen organizado es que generalmente atacan contra "configuraciones sociales esenciales". Así se ha vislumbrado repetidamente que para lograr su plan, el grupo criminal se vale de los sectores más desprotegidos y vulnerables de la sociedad.

Obsérvese que el circuito que atañe a las drogas supone, en muchos casos, un *medio de subsistencia* para determinados sectores de la población, y tal vez una buena oportunidad de obtener ingresos para satisfacer necesidades básicas.

La marginalidad compele, de alguna manera, a que los más necesitados presten su consentimiento para ingresar en el peligroso circuito del tráfico ilícito de drogas que encuentra mayor fluidez y dinamismo (para todas sus etapas) en un cuadro social con sectores vulnerables, ya sea por la falta de trabajo digno o la inexistencia de redes de asistencia y contención.

Un ejemplo claro es la actividad que realizan los denominados "capsuleros", quienes por poco dinero transportan la droga dentro de su propio organismo. Estos sujetos pueden trasladar alrededor de ochocientos gramos a un kilo doscientos gramos de droga y su trabajo comienza con la ingesta de las *cápsulas* recubiertas de látex o algún otro envoltorio que soporte la corrosión del jugo gástrico en el estómago, aunque es cada vez más usual la observación de casos de cápsulas consistentes en simples preservativos amarrados en la punta, rellenos en su interior con cocaína.

⁸⁷ PÉREZ LAMELA, Héctor D. y REARTES, Roberto O., *Lavado de dinero. Un enfoque operativo*, Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 13.

La peligrosidad de la actividad que desarrollan, en comparación con la exigua suma de dinero que obtienen a cambio, de ninguna manera justifica la maniobra si no es por una extrema necesidad económica del sujeto activo, máxime si se considera que de producirse la rotura de algunas de las cápsulas, el individuo que las transporta tiene grandes posibilidades de sufrir una muerte altamente dolorosa.

La especial situación de vulnerabilidad de una persona —extrema pobreza, falta de trabajo, escasa educación y edad, etcétera—, también es aprovechada mediante el empleo de una metodología de sujeción del cuerpo y la psiquis por parte de las agrupaciones que se dedican al negocio de la trata de personas.

Esta actividad, que, como se verá, representa la negación de los derechos humanos más esenciales y preciados por cualquier ser humano —entre ellos: el derecho a la libertad, la integridad y la seguridad de las personas, el derecho a no ser sometido a torturas ni a otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, el derecho a la libertad de circulación, el derecho a fundar un hogar y una familia, el derecho al mayor nivel posible de salud y el derecho a la educación— y que es considerada como la esclavitud del siglo XXI, obtiene su materia prima de los sectores más desprotegidos, puesto que —como dije— se nutre de la pobreza, la falta de trabajo, el subdesarrollo, la ignorancia, la discriminación a la mujer, la indefensión de los niños, las guerras y los desastres naturales.

Por esa razón el grupo delictivo evaluará, previo a afinar su negocio en determinados países o regiones, aspectos estructurales de la sociedad, y en caso de avizorar una situación proclive para su “negocio”, montará su estructura en el lugar.

Lamentablemente en nuestro país este fenómeno se viene desarrollando desde, al menos, principios del siglo XX, y se ha transformado en una práctica socialmente tolerada. Hasta se podría decir que existe una cultura de “no reconocimiento”, lo que dificulta la visualización de la real dimensión del problema y del costo social que implica —especialmente con relación a la explotación de niños, niñas, adolescentes y mujeres—.

Es común que el explotador justifique falsamente sus acciones en la circunstancia de haber ayudado económicamente a la subsistencia de la persona y como consecuencia de ello la sociedad deja de cuestionar y percibir como aberrante su comportamiento.

Tomar conciencia de la gravedad del problema llevará, sin dudas, a producir un cambio social y cultural trascendental y a no tolerar esta práctica. No en vano la Convención de Palermo insta a la concienciación de la sociedad y al perfeccionamiento de programas de capacitación, específicamente orientados a los encargados de hacer cumplir la ley –incluidos fiscales, jueces de instrucción y personal de aduanas–, así como al personal responsable de la prevención, la detección y el control de los delitos comprendidos en la Convención.

c) *Dimensión política*

La criminalidad organizada constituye un *tema de agenda política* que impone esfuerzos mancomunados de política social y de *política criminal*.

Últimamente se ha generalizado la idea de entender a la comunidad como una sociedad en riesgo, ocupando la política criminal un lugar de preponderancia a los fines de discernir esquemas orientados a la protección de la sociedad y de conjurar los peligros que la acechan.

Una de las cuestiones fundamentales de la política criminal pasa por la selección de conductas dignas de consecuencias penales. Es inevitable que la política criminal se encuentre estrechamente relacionada con la determinación de comportamientos ilícitos, siendo para ello necesaria la valoración de relaciones sociales, sus preocupaciones y conflictos.

En esta línea, se ha dicho que el género común de la noción de crimen organizado viene dado por comportamientos que de manera intensiva ponen en crisis la potestad política de orden público –nacional, regional, internacional o global–, lo cual lo convierte en un concepto sumamente abierto, y, como tal, impone un estricto análisis a la hora de elegir la respuesta legislativa frente a la situación de peligro que plantea⁸⁸.

Esa respuesta legislativa no es unilateral, sino que viene dada por la política internacional en la materia, pues, como he señalado,

⁸⁸ YACOBUCCI, Guillermo J., *Política criminal y delincuencia organizada*, en *El crimen organizado. Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización*, Ábaco, Buenos Aires, 2005, p. 69.

la actividad muchas veces traspasa las fronteras de una nación, lo que requiere de una "lucha" mancomunada y unificada con otros Estados. De nada sirve la adopción de medidas si las mismas no se entrelazan con las escogidas como adecuadas por la comunidad internacional.

En este sentido, recordemos que la Convención de Palermo también exhorta a los Estados a que adopten medidas de política criminal para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada. Entre ellas, la creación de diversos tipos penales, la supervisión de bancos y entidades financieras, la adopción de medidas administrativas para detectar la corrupción de funcionarios, el establecimiento de un sistema de responsabilidad de las personas jurídicas, la adopción de medidas tendientes al decomiso y a la incautación de bienes provenientes de un delito, la cooperación internacional con fines de decomiso, la formulación y evaluación de cuestiones de política criminal eficientes para la prevención y represión de la delincuencia organizada, etcétera.

Así, la política criminal es un ámbito propicio para el desarrollo de propuestas tendientes a sitiar la acción del crimen organizado.

d) *Dimensión legal*

Finalmente, una herramienta esencial para materializar la acción política es la que realiza el aparato legal vigente en una determinada sociedad. La estructura jurídico-legal que detente un Estado influirá decisivamente a la hora de confeccionar e implementar políticas públicas y acciones concretas en la esfera de la lucha contra esta modalidad delictiva.

El hecho de que los títulos de algunas leyes contengan el término "lucha" con referencia a determinado grupo de delitos (en Alemania: tráfico de drogas, terrorismo, delitos económicos, delitos sexuales y otros delitos graves), o que en distintos pasajes de esta obra se emplee ese vocablo, no obliga a interpretar que se ha optado por un Derecho Penal del enemigo. Por el contrario, lo que se quiere significar es que el Estado admite que existen conductas que, debido

a la complejidad de la vida moderna, son especialmente peligrosas, de difícil persecución y comprobación⁸⁹.

De otro plano, la circunstancia de que algunos gobiernos —como consecuencia de la presión pública o política ejercida sobre ellos— hayan decidido adoptar medidas legislativas penales que dan preponderancia a la seguridad ciudadana, no implica que las mismas sean efectivas. Tampoco significa que el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal no deban reaccionar ante los cambios que periódicamente el crimen organizado ofrece para lograr su impunidad y ser más efectivo a la hora de ejecutar su faena delictiva.

Ante ello, una medida acertada la constituye la modernización de la regulación legal. Un Estado presente y vigente utiliza la ley para brindar las herramientas fundamentales para luchar contra la violencia, la fuerza y la resistencia del crimen organizado, lo que en modo alguno implica vulnerar o poner en riesgo las garantías constitucionales y los derechos del hombre.

Por medio de un Derecho Penal garantista es posible combatir las grandes organizaciones criminales. Una ley lo suficientemente clara y concisa no admite interpretaciones erradas, ambiguas o discordantes con el espíritu del legislador y permite respetar el principio de estricta legalidad.

En este sentido, si bien la corriente internacional sugiere que los Estados establezcan en sus respectivas legislaciones un tipo penal autónomo del crimen organizado —lo cual constituiría un claro adelantamiento de las barreras de punibilidad respecto de la lesión de determinados bienes— y recomienda la penalización de comportamientos graves —lavado de dinero, terrorismo, etcétera—, la incorporación de tales conductas en el plexo represivo deberá realizarse con suma prudencia y analizando la real utilidad y pertinencia, pues en ocasiones puede resultar inútil para avanzar contra el delito.

⁸⁹ ABANTO VÁZQUEZ, Manuel A., *El llamado Derecho Penal del enemigo. Especial referencia al Derecho Penal Económico*, en *Derecho Penal del enemigo. El discurso de la exclusión* cit., p. 19.

UNIDAD V: ASPECTOS SUSTANTIVOS DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

1. ISIDORO BLANCO CORDERO. Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la Ley Penal en el espacio. Pág. 17-53.

Lectura Obligatoria Modalidad 5-7

Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la Ley Penal en el espacio

Isidoro Bianco Cordero
Doctor en Derecho
Universidad del País Vasco

I. INTRODUCCIÓN

La presente contribución se ocupa de los principales instrumentos relativos al crimen organizado desarrollados en el ámbito del Derecho Internacional Penal, con particular atención a los consensuados en el marco de las Naciones Unidas y de la Unión Europea. Ambos organismos internacionales han abordado recientemente este fenómeno criminal mediante diversas iniciativas, entre las que se incluyen la elaboración de instrumentos jurídicos que permitan hacerle frente de una manera eficaz. Los cambios que el Derecho Internacional en materia penal experimenta para luchar contra el crimen organizado transnacional plantean numerosos problemas de gran calado que precisan de un análisis pormenorizado. De entre ellos nos ocupamos en este estudio, en particular, de la exigencia de sancionar penalmente la participación en una organización

teros de la vida productiva, social e institucional².

Tradicionalmente el crimen organizado ha sido considerado como un mero problema de orden público interno propio de los Estados³. Es claro que las organizaciones criminales tienen normalmente su origen en un sólo Estado y desarrollan sus actividades a nivel estatal⁴. Sin embargo, se han producido en las últimas décadas cambios en su contexto de actuación. El crimen organizado presenta ahora una dimensión internacional que dificulta enormemente una actuación eficaz contra él. ¿Cuáles son los factores que han propiciado esta dimensión internacional?

La moderna criminalidad no es ajena a los grandes procesos y cambios contemporáneos. La globalización de la economía es el factor más importante que ha influido en el desarrollo y expansión de la criminalidad a nivel mundial. Las grandes organizaciones criminales tienen una gran habilidad para aprovechar las ventajas que ofrece el nuevo espacio mundial, con la creación de zonas de libre comercio en algunas regiones del mundo, en las que se produce una permeabilización económica de las fronteras nacionales y se reducen los

² Cfr. ampliamente ARLACCI, P. "Tendencias de la criminalidad organizada y de los mercados ilegales en el mundo actual", en *Poder Judicial*, n.º 16, septiembre de 1985, trad. de P. Andrés Ibáñez, pgs. 83 ss. (83).

³ Cfr. World Ministerial Conference on Organized Transnational Crime (Naples, Italy, 21-23 November 1994) the Naples Political Declaration and Global Action Plan, G. A. Res. 159, U. N. GAOR 49th Sess., U.N. Doc. A/49/748 (1994), pg. 25.

⁴ Cfr. al respecto BLANCO CORDERO, I. *El delito de blanqueo de capitales*, Pamplona 1997, pg. 38.

que se carece a nivel individual. Es necesaria, por tanto, una cierta organización. En este contexto se han desarrollado las organizaciones criminales internacionales.

Estas, para gestionar este vasto mercado de bienes ilícitos, adoptan la estructura de las empresas. La expansión de los mercados ilegales a nivel mundial ha influido profundamente en la estructura de las organizaciones criminales, de modo éstas tienen ahora una orientación empresarial y capitalista, trabajan según criterios económicos, esto es, con una planificación de sus actividades, orientadas por la demanda de bienes y servicios ilegales, con división del trabajo y con la finalidad de obtener ganancias. El delincuente organizado es un empresario, y la organización actúa como una auténtica empresa criminal, que asume los modelos y estructuras propias del mundo de la industria y de los negocios. Se habla de la "industria del crimen", de "empresas criminales" y, dado su carácter transnacional, de "multinacionales del crimen".

Podemos afirmar sin riesgo a equivocarnos que el fenómeno de la globalización de los mercados, de la demanda de productos ilegales y del sistema financiero, es el elemento clave que ha atraído a las organizaciones criminales a superar el marco nacional y a realizar actividades a nivel internacional o transnacional. Es cierto que sólo algunos grupos criminales operan a nivel internacional, aunque también es evidente que existen conexiones entre los grupos que operan a nivel nacional con aquellos con lo hacen a nivel internacional. En efecto, las

d) La posibilidad de canalizar los beneficios de origen delictivo mediante un sistema financiero global que, con la eliminación de controles, hace cada vez más difícil seguir el rastro de los mismos.

e) El acceso a países denominados paraísos fiscales en los que es posible ocultar e invertir los fondos de origen delictivo⁷, esto es, de "blanquearlos" para preparar su retorno a la economía legal.

Es evidente que los sistemas penales de los Estados individuales son incapaces de hacer frente a las actividades del crimen organizado, especialmente cuando éste alcanza una dimensión internacional. Por ello, la respuesta más adecuada es la cooperación internacional en materia penal. En definitiva, podemos concluir que el crimen organizado es un fenómeno internacional, que requiere acudir a medidas de carácter internacional para enfrentarse a él.

III. LAS ACTIVIDADES CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO DE NACIONES UNIDAS

Las Naciones Unidas reconocen que el incremento de la sofisticación y globalización del crimen organizado convierten a la cooperación internacional en un elemento crucial para combatir este fenómeno. Por esta razón se encuentran sumidas en un proceso de elabo-

⁷ Cfr. BASSIQUINI, M. C. / VETERE, E. *Organized Crime. A compilation of U. N. Documents 1975- 1998*, op. cit., pg. XXXIII.

modo general el crimen organizado, y que recientemente han cristalizado en un "*Proyecto de Convención de Naciones Unidas contra la criminalidad transnacional organizada*", cuyo último texto revisado es de marzo de 1999. El objeto de la misma, de acuerdo con el artículo 1, es promover la cooperación entre los Estados para mejorar la eficacia en la lucha contra el crimen organizado de dimensión internacional. Para ello se establecen en su articulado obligaciones para los Estados de adoptar legislativa y administrativamente determinadas medidas tendentes a ese fin (art. 1. 1).

En particular, nos interesa destacar aquí la definición de "grupo criminal organizado" manejada por la Convención, así como las obligaciones de criminalización a que se comprometerán los Estados parte. La expresión "grupo criminal organizado" designa, de acuerdo con el artículo 2 bis a), "a un grupo estructurado de tres personas o más existente desde hace un cierto tiempo y que tiene por fin la comisión de infracciones graves para obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero o material de otro tipo". Por infracción grave se entiende aquel comportamiento punible con una pena privativa de libertad superior a una determinada cuantía sobre la que aún no hay acuerdo (art. 2 bis b)).

Se indican asimismo los crímenes que, entre otros, debe englobar la expresión "infracción grave", son el trá-

⁶ El "Comité especial sobre la elaboración de una Convención de Naciones Unidas contra la criminalidad transnacional organizada".

materia de extradición (art. 10), cooperación judicial (art. 14), técnicas de investigación especial (art. 15), protección de testigos y víctimas (art. 18), cooperación de los órganos encargados de la aplicación de la ley (art. 19), recogida e intercambio de información (art. 20), formación y asistencia técnica (art. 21) etc.

La Unión Europea ha apoyado recientemente la elaboración de la futura Convención y sus Protocolos a través de la *Posición común definida por el Consejo sobre la base del artículo k. 3 del Tratado de la Unión Europea*, de 29 de marzo de 1999, *relativa a la Propuesta de Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada* (cfr. art. 1)⁹.

IV. LA LUCHA CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO EN LA UNIÓN EUROPEA

La Unión Europea se ha mostrado tremendamente activa en la elaboración de instrumentos de lucha contra el crimen organizado. Es evidente que en esta región del mundo, la vigencia de los principios de libre movimiento de personas y de capitales despliega efectos beneficiosos no sólo respecto de los ciudadanos normales, sino también respecto de los criminales organizados, quienes hacen uso de ellos con el objetivo de maximizar sus beneficios y disminuir el riesgo de ser descubiertos.

⁹ Cfr. en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, n.º L 87/ 1.

Pues bien, en materia de crimen organizado han sido básicamente instrumentos de esta índole los que han sido elaborados. Por otra parte, con carácter específico, existen numerosos instrumentos -bien Reglamentos de aplicación directa, bien Convenios- que abordan materias como el fraude contra el presupuesto de la UE, una forma particular de crimen organizado en la Unión Europea¹².

En relación con el crimen organizado en general, podemos encontrar algunas referencias en el *Convenio de Europol* de 1995, adoptado en el seno de UE (Convenio de 26 de julio de 1995, basado en el artículo K. 3 del Tratado de la Unión Europea por el que se crea una oficina europea de policía)¹³. El artículo 2. 1 del mismo, al definir los objetivos de la Policía europea, señala el de "... mejorar ... la eficacia de los servicios competentes de los Estados miembros y la cooperación entre los mismos con vistas a la prevención y lucha contra el terrorismo, el tráfico ilícito de estupefacientes y otras formas

¹² Como el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, cfr. el Acto del Consejo de 26 de julio de 1995 por el que se establece en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* n.º C 316/ 48, de 27 de noviembre de 1995; o el Reglamento del Consejo n.º 2988/ 95, de 18 de diciembre de 1995 relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, cfr. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* n.º L 312/ 1, de 23 de diciembre de 1995, etc.

¹³ *Acto del Consejo de 26 de julio de 1995 relativo al establecimiento del Convenio por el que se crea una Oficina Europea de Policía (Convenio Europol)*, cfr. en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, n.º C 316/ 1 de 27 de noviembre de 1995. El Convenio Europol ha sido ya ratificado por nuestro país, cfr. B.O.E. de 28 de septiembre de 1998.

En efecto, las dificultades que presenta la regulación de esta materia mediante Tratados, que para su entrada en vigor exigen la ratificación de los parlamentos de los quince miembros, han provocado el recurso como sustitutivo a las Acciones Comunes en materia judicial previstas en el artículo K. 3 - en particular en la letra b) del apartado 2 (viene a corresponderse con el art. 31, e) del Tratado de Amsterdam) del Tratado constitutivo de la Unión Europea. Las Acciones Comunes no se encuentran sometidas a esa exigencia y, sin embargo, vienen a ser *de facto* vinculantes para los Estados miembros¹⁶. Uno de los instrumentos más importantes sobre crimen organizado es la reciente "Acción común de 21 de diciembre de 1998, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K. 3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la

¹⁶ No queremos dejar de advertir, sin embargo, del carácter indeterminado que presenta la naturaleza jurídica y la vinculatoriedad de las acciones comunes previstas en el art. K.3 del Tratado de la Unión Europea. Este precepto viene a ser sustituido en el Tratado de Amsterdam por el art. 31, aunque su contenido no es coincidente; en este último se amplían las competencias en materia judicial, en el marco de lo que se conoce como el "Tercer Pilar" de la Unión Europea, con el fin de "adoptar progresivamente las medidas necesarias para establecer las reglas mínimas aplicables a los elementos constitutivos de la infracción penal y a las sanciones en lo referente al crimen organizado, al terrorismo y al tráfico de drogas". Cfr. PALAZZO, F. "La legalidad penal en la Europa de Amsterdam", en *Revista Penal*, n.º 3, 1999, pgs. 36 ss. (39). Cfr. asimismo de MIGUEL ZARAGOZA, J. "Las competencias internacionales penales de los Estados: desarrollo del artículo 31, apartado d) del Tratado de Amsterdam", en *Actualidad Penal*, 1999, pgs. 119 ss.

zación, bien de la intención de la organización de cometer los delitos en cuestión, participe activamente.

– en las actividades delictivas de la organización contempladas en el artículo 1, aun cuando esta persona no participe en la ejecución propiamente dicha de los delitos de que se trate y, sin perjuicio de los principios generales del Derecho Penal del Estado miembro, incluso cuando no tenga lugar dicha ejecución.

– en las demás actividades de la organización, teniendo, además, conocimiento de que su participación contribuye a la ejecución de las actividades delictivas de la organización contemplada en el artículo 1:

b) el comportamiento de toda persona consistente en concertarse con una o varias personas para llevar a cabo una actividad que, en caso de materializarse, equivalga a la comisión de los delitos contemplados en el artículo 1, aunque dicha persona no participe en la ejecución propiamente dicha de la actividad.

En cuando a la puesta en marcha de los acuerdos contenidos en la Acción Común, dispone el artículo 6 de la misma que los Estados miembros deben presentar durante el año siguiente a la entrada en vigor de la misma -el 29 de diciembre de 1998- propuestas adecuadas encaminadas a su aplicación, para que las autoridades competentes las estudien con vistas a su aplicación.

sometidos fuertes límites. De entre ellos consideramos a continuación, teniendo en cuenta su trascendencia, los de doble incriminación y *ne bis in idem*, por ser los que con más frecuencia aparecen comprometidos en los intentos a nivel nacional e internacional de extender la competencia territorial en materia de crimen organizado.

V.1. EL PRINCIPIO DE DOBLE INCRIMINACIÓN

El principio de doble incriminación, en lo que respecta a la aplicación de la ley penal en el espacio, es fundamental en dos ámbitos:

1. En primer lugar, en la determinación de la competencia de la jurisdicción penal del Estado, en particular de su competencia extraterritorial, esto es, de aplicación de su ley penal a delitos cometidos fuera del territorio del Estado. Así, por ejemplo, en nuestro país el requisito de doble incriminación es exigido para la aplicación del principio de personalidad (activa) (aplicación de la ley penal española a delitos cometidos por españoles en el extranjero, siempre que se cumplan determinados requisitos). De acuerdo con él, es necesario que el hecho a enjuiciar constituya delito no sólo en nuestro país, sino también en aquel en que se cometió (art. 23. 2. a) LOPJ²⁰).

²⁰ Sobre la interpretación del mismo cfr. DIEZ SÁNCHEZ, J. *El Derecho penal internacional (ámbito espacial de la ley penal)*, Madrid 1990, pgs. 121 s.

etc.²¹. Así, existen comportamientos, como el uso de hormonas en la alimentación de ganado, lícitos en Estados Unidos pero duramente criminalizados en los países de la Unión Europea. La observancia o no del principio indicado resuelve de modo muy distinto el enjuiciamiento por crimen organizado en los países de UE de miembros de grupos criminales dedicados a la citada actividad que han realizado sus actividades de participación en la organización en EE.UU. Los mismo, por ejemplo, puede plantearse respecto de organizaciones criminales que confeccionan productos de pornografía infantil o la introducen en Internet en países asiáticos donde este comportamiento no es punible, en el momento de ser juzgados por su participación en la organización criminal y sus actividades criminales en un país occidental donde normalmente esos comportamientos sí son constitutivos de delito. Es evidente que en la situación descrita sería fácil para los miembros de la organización criminal eludir la persecución penal cometiendo los "delitos principales" en el territorio del Estado donde no son punibles²².

²¹ Cfr. en excelente trabajo de VAN DEN WYNGAERT, C. "Las transformaciones del Derecho Penal Internacional en respuesta al reto del crimen organizado", Relación General presentada en el Coloquio de Utrech de 13- 17 de mayo de 1998 del XVI Congreso Internacional de Derecho Penal a celebrar en Budapest, 1999, traducción española del Prof. J.L. de la Cuesta Arzamendi, ejemplar mecanografiado, Capítulo 2. 1. 1.

²² Cfr. VAN DEN WYNGAERT, C. "Las transformaciones del Derecho Penal Internacional en respuesta al reto del crimen organizado", op. cit., Cap. 2. 1. 1.

Nuestro ordenamiento no es ajeno a esta tendencia extensiva de la competencia estatal. Recientemente, la regla de doble incriminación del artículo 23. 2. a) LOPJ, que limita el principio de personalidad, se ha visto modificada al reconocerse como excepción "que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una organización internacional de la que España sea parte no resulte necesario dicho requisito"²⁴.

Por otra parte, y a propósito de algunas de las actividades delictivas comúnmente desarrolladas por las organizaciones territoriales, se han producido también recientemente extensiones de la competencia nacional. Así se observa con relación al delito de blanqueo de capitales. El artículo 301. 4 del nuevo Código Penal español permite la apreciación del delito de blanqueo de capitales aun cuando se hubiese cometido en el extranjero, total o parcialmente el denominado "delito previo", esto es, el delito del que provinieren los bienes, e incluso el propio comportamiento de blanqueo. Este precepto parece implícitamente acoger el principio de jurisdicción universal en la materia, que no está sometido a la restricción de la doble incriminación. Finalmente, los delitos relativos a la corrupción de menores e incapaces acaban de sumarse a la lista de crímenes respecto de los cuales nuestro país reconoce su competencia universal (principio de jurisdicción uni-

²⁴ Reforma introducida por la Disposición final única n.º 1 de la LO 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del libro II del Código Penal, aprobado por LO 10/1995, de 23 de noviembre.

den a la creación de un espacio judicial europeo en materia de protección de los intereses financieros de la Unión Europea efectuada en 1996/ 7 por una reunión de expertos organizada por la Comisión Europea (*Corpus iuris para la introducción de normas penales para la tutela de los intereses financieros de la Unión Europea* 1997)²⁹. En él se establecen normas penales de carácter sustantivo y procesal y se prevé la introducción de un Fiscal Europeo con competencias en el territorio de la Unión. La propuesta continúa siendo objeto de desarrollo y estudio en la actualidad.

En materia de crimen organizado, la Acción Común de la Unión Europea que convierte en infracción penal la participación en una organización delictiva exige a los Estados, además de la introducción del tipo penal correspondiente, que declaren su competencia territorial sobre conductas cometidas en su territorio con independencia de en qué lugar de la UE tenga su base la organización o prosiga sus actividades. En efecto, dispone el artículo 4 que "los Estados miembros garantizarán que los comportamientos mencionados en las letras a) y b) del apartado 1 del artícu-

²⁹ Cfr. sobre el mismo CHOCLAN MONTALVO, J.A. "Hacia la unificación del Derecho Penal comunitario. El *corpus iuris europeo*", en *La Ley*, 1998 - 1, pgs. 1916 ss.; MORALES PRATS, F. "Los modelos de unificación del derecho penal en la Unión Europea: reflexiones a propósito del Corpus iuris", en *Revista Penal*, n.º 3, 1999, pgs. 29 ss.; PRADEL, J. "Vías para la creación de un espacio judicial europeo único", en *Revista Penal*, op. cit.; TERRADILLOS BASOCO, J. "Política y Derecho Penal en Europa", op. cit., pgs. 61, así como, en general, los artículos publicados en la *Revista Penal*, n.º 3, de 1999.

ganizado a miembros de organizaciones radicadas en su territorio dedicadas a esta actividad cuando la hayan ejercido fuera de sus fronteras.

Este ambicioso objetivo de los países miembros de la UE se enfrenta, en segundo término, a una dificultad importante, la determinación de en cuál de los Estados debe producirse la persecución penal siendo los quince en principio competentes. La acción común no da criterios para resolver los conflictos de competencia, limitándose a indicar para estos casos que los Estados "se consultarán para coordinar su acción a fin de lograr un procesamiento efectivo, teniendo en cuenta en particular la localización de los diferentes componentes de la organización en el territorio de los Estados miembros afectados" (artículo 4). En definitiva, parece necesario un desarrollo posterior del precepto que clarifique el orden de intervención de los Estados, teniendo en cuenta criterios como los del lugar de comisión del delito aunque con frecuencia los lugares serán varios-, nacionalidad del delincuente, sede de la organización, Estado que muestra en primer lugar el interés en el enjuiciamiento etc. Conflictiva se prevé, no obstante, la jerarquización de estos criterios.

Parecidos problemas puede plantear el artículo 6. 5 del Proyecto de Convención de Naciones Unidas sobre crimen organizado, que contiene una previsión similar. De acuerdo con el mismo, cada Estado miembro procurará que los actos mencionados en los artículos 3 y 4 de la Convención y cometidos en su territorio sean punibles cualquiera que sea el lugar en el territorio de

tivare la solicitud de extradición esté tipificado en la ley del Estado miembro requeriente como conspiración o asociación con propósito delictivo y esté castigado con una pena privativa de libertad o medida de seguridad privativa de libertad cuya duración máxima sea de doce meses por lo menos, no se podrá denegar la extradición por el motivo de que la ley del Estado miembro requerido no considere el mismo hecho como constitutivo de delito, siempre y cuando la conspiración o la asociación sea para cometer:

a) uno o varios de los delitos contemplados en los artículos 1 y 2 de Convenio Europeo para la represión del terrorismo; o

b) cualquier otro delito castigado con una pena privativa de libertad o medida de seguridad privativa de libertad cuya duración máxima sea de doce meses por lo menos, en el ámbito del tráfico de estupefacientes y otras formas de delincuencia organizada u otros actos de violencia contra la vida, la integridad física o la libertad de una persona, o que represente un peligro colectivo para las personas".

Otro ejemplo nos lo proporciona, en nuestro país, el Proyecto de Ley 121/ 000058, Orgánica de cooperación jurídica internacional³² que para la extradición pasiva (arts. 29 ss.) establece a continuación del principio de doble incriminación (art. 29. 1) importantes excepciones. Así, de acuerdo con el artículo 30, "por excepción a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 29, se

³² Boletín Oficial de las Cortes Generales de 28 de mayo de 1997.

D. Dada la amplitud de la definición de crimen organizado los países no democráticos podrían emplearla para reprimir actividades de carácter político, religioso, cultural etc.³³.

V.2. EL PRINCIPIO *NE BIS IN IDEM*

El principio de *ne bis in idem* es otro de los principios que pueden resultar comprometidos en la lucha contra el crimen organizado a través de la extensión de la competencia de los Estados. Este axioma fundamental protege al individuo de la incriminación múltiple por un mismo hecho en varios Estados. Tiene una vertiente substantiva y otra procesal. Desde un punto de vista material equivale a la prohibición de que una persona pueda ser castigada dos veces por la misma infracción. En nuestro país el Tribunal Constitucional ha reconocido su rango constitucional al entenderlo conectado al principio de legalidad recogido en el artículo 25 de la Constitución. El principio *ne bis in idem* procesal determina que nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos, y su relevancia constitucional cuenta también con el apoyo de la jurisprudencia del máximo Tribunal³⁴.

³³ Cfr. VAN DEN WYNGAERT, C. "Las transformaciones del Derecho Penal Internacional en respuesta al reto del crimen organizado", op. cit., Cap. 2. 1. 1.

³⁴ Cfr. al respecto QUERALT JIMÉNEZ, J.J. "Ne bis in idem": significados constitucionales", en *Política criminal y reforma penal. Homenaje*

nio Europeo de Extradición de 15 de octubre de 1957²⁶, adoptado en el seno del Consejo de Europa²⁷. El Consejo de Europa se ha ocupado además de otorgar protección, en esta materia vinculada a los derechos fundamentales, en los años setenta, a través de dos convenciones, el *Convenio Europeo sobre transmisión de procesos en materia penal*²⁸ (cfr. arts. 35 a 37) y el *Convenio Europeo sobre validez internacional de sentencias penales*²⁹ (arts. 53 a 55), que reconocen, sin embargo, alguna excepción.

Estos instrumentos fueron copiados por la Unión Europea en un "*Convenio entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas sobre "non bis in idem"*" adoptado en Bruselas el 25 de mayo de 1987 aún no publicado oficialmente —ni firmado por España—, luego no vigente todavía.

Únicamente encontramos una vigencia de este principio, parcial desde un punto de vista espacial, en los Estados que integran el denominado "territorio

²⁶ En vigor para España desde el 6 de agosto de 1982 (B.O.E. de 8 de junio de 1982), que asimismo ha ratificado los dos Protocolos adicionales (el primero de 15 de octubre de 1976 y el segundo de 17 de marzo de 1978) (ambos en el B.O.E. de 11 de junio de 1985). Sobre el Convenio cfr. ampliamente la monografía de MANZANARES SAMANIEGO, J.L. *El Convenio europeo de extradición*, Barcelona 1986.

²⁷ La disposición indicada completa y modifica el artículo 9 del Convenio, que ya se refería al principio de *ne bis in idem*. Cfr. sobre el sentido de ambas disposiciones MANZANARES SAMANIEGO, J.L. *El Convenio europeo de extradición*, op. cit., pgs. 132 ss.

²⁸ Concluido en Estrasburgo el 15 de mayo de 1972; B.O.E. de 10 de noviembre de 1988.

²⁹ Concluido en la Haya el 28 de mayo de 1970; B.O.E. de 30 de marzo de 1986.

Sería conveniente que la propuesta de Acción Común para la tipificación del crimen organizado se vea pronto complementada con una adecuada protección del principio *ne bis in idem*, básico desde la perspectiva de los derechos humanos, como demuestra su reconocimiento en el *Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos* (art. 14, párr. 7) y el *Protocolo n.º 7 Adicional al Convenio Europeo de Derechos del Hombre* (art. 8)⁴². Ahora bien, dado que el alcance del principio consagrado en los preceptos internacionales citados se limita a sentencias dictadas dentro del mismo Estado y no a sentencias extranjeras —según interpretación de la doctrina y la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos—, se hace perentorio la adopción de instrumentos internacionales que amplíen su eficacia. Su elaboración, sin embargo, no estará exenta de los importantes obstáculos ya apuntados por la doctrina en lo que respecta a su aplicación al crimen organizado⁴³. Fundamentalmente, la determinación de qué constituye un *idem* a propósito del crimen organizado —si lo es, por ejemplo, la punición por participación en la or-

República italiana por el Acuerdo firmado en París el 27 de noviembre de 1990, es de 25 de junio de 1991 (B.O.E. de 5 de abril de 1994) (el Acuerdo entró en vigor de forma general y para España el 1 de marzo de 1994).

⁴² Conforme al cual "Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país".

⁴³ Cfr. VAN DEN WYNGAERT, C. "Las transformaciones del Derecho Penal Internacional en respuesta al reto del crimen organizado", op. cit., Cap. 3. 3. 3.

cia por la derogación o restricción de principios fundamentales en este ámbito, como los de doble incriminación o *ne bis in idem*, y realizar una llamada de atención sobre el difícil equilibrio entre la seguridad jurídica y la eficiencia que toda iniciativa en materia de lucha contra el crimen organizado internacional debe salvaguardar.

UNIDAD V: ASPECTOS SUSTANTIVOS DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

2. Daniel Sansó –Rubert Pascual. La criminalidad Organizada y Tráfico Ilícito de Armas Ligeras. Repercusiones en el ámbito de la seguridad internacional.

Lectura Obligatoria Módulo 5-2

CAPÍTULO QUINTO

CRIMINALIDAD ORGANIZADA Y TRÁFICO ILÍCITO DE ARMAS LIGERAS. REPERCUSIONES EN EL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD INTERNACIONAL

Daniel Sansó-Rubert Pascual

RESUMEN

Entre todas las amenazas a la seguridad internacional ha cobrado preocupante notoriedad la eclosión de la delincuencia organizada. El incremento exponencial de la actividad criminal organizada, caracterizada por la ostentación de un fuerte poder económico y el ejercicio del liderazgo político a través del empleo expeditivo de la violencia, la práctica sutil de la manipulación y la corrupción de amplios sectores del sistema económico y político a nivel mundial, se ha convertido en una preocupación de primer orden. Un problema que por tradición había sido de orden público interno a los Estados, se ha transformado en una amenaza que puede poner en peligro la viabilidad de las sociedades, la independencia de los gobiernos, la integridad de las instituciones financieras, el funcionamiento de la democracia y los equilibrios en las relaciones internacionales.

Palabras clave

Crimen organizado, armas ligeras, tráfico ilícito, conflicto, legislación internacional.

Daniel Sansó-Rubert Pascual

ABSTRACT

Among all the threats to the international security, the appearance of organized crime has got worrisome notoriety. The exponential increase of the organized criminal activity, characterized by the ostentation of a robust economic power and the exercise of the political leadership through the violence use, the covered practice of the manipulation and the corruption of many sectors of the economic and political system at world level, has become a first order concern. An issue that traditionally belonged to the internal order of states has been transformed into a threat that can jeopardize the viability of societies, the independence of governments, the integrity of financial institutions, the performance of democracy and the balances in international relations.

Key Words

Organized crime, light arms, illicit traffic, conflict, international legislation

■ RADIOGRAFÍA DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA. UNA PERSPECTIVA DESDE LA SEGURIDAD INTERNACIONAL

Dentro del ámbito de las relaciones internacionales, varias han sido las transformaciones sufridas en los procesos de mundialización. En particular, cabe destacar la reconsideración del papel de los Estados, su permeabilidad territorial a través de sus fronteras y la difuminación parcial de las barreras entre los ámbitos de Política Exterior e Interior. Circunstancias, que han posibilitado el aumento del radio de acción de actores no estatales que, cada vez en mayor medida, comienzan a representar un nocivo papel en los asuntos internacionales⁽¹⁾.

El cúmulo de transformaciones por tanto, ha propiciado el surgimiento a escala internacional de amenazas a la seguridad, que si bien muchas de ellas ya eran motivo de preocupación en el orden interno de los Estados, han evolucionado hasta adquirir entidad transnacional, con los riesgos que tal dimensión y capacidad de actuación entrañan. Entre todas ellas, cobra preocupante notoriedad la eclosión de la delincuencia organizada despuntando por manifestar un potencial lesivo de gran magnitud y por la extrema nocividad de sus actividades⁽²⁾.

La aparición de la criminalidad organizada transnacional se manifiesta particularmente relevante, ascendiendo a un nuevo estrellato en la pugna de la retórica de la seguridad internacional⁽³⁾, a través de numerosos textos en los que se arremolina con luminosidad desigual el protagonismo reconocido a un actor capaz de amenazar la soberanía e independencia de los Estados⁽⁴⁾.

En este sentido es factible encontrar multitud de pronunciamientos. El National Intelligence Council⁽⁵⁾ de los Estados Unidos, en un informe dedicado al análisis de las grandes tendencias que previsiblemente dominarían la geopolítica mundial en las próximas décadas, incluyó la delincuencia organizada transnacional como un factor principal de desestabilización.

⁽¹⁾ SANSÓ-RUBERT PASCUAL, Daniel. «Globalización y delincuencia: el crimen organizado transnacional», en JORDÁN, Javier; POZO, Pilar y BAQUÉS, Josep (eds.), *La seguridad más allá del Estado*, Madrid, Plaza y Valdés, 2011, pp. 135-157. RESA NESTARES, Carlos, «Mundialización de la delincuencia: evolución y consecuencias», en *Globalidad y delincuencia. Prevención y respuestas*, Madrid, Publicaciones de la Fundación Policía Española, Colección de Estudios de Seguridad, 2008, p. 79-96.

⁽²⁾ SANSÓ-RUBERT PASCUAL, Daniel, «La internacionalización de la delincuencia organizada: análisis del fenómeno», en UNISCI Discussion Papers, n° 9, octubre, Madrid, 2005, pp. 43-61. Accesible en <http://www.ucm.es/info/unisci>

⁽³⁾ Para una irónica visión de la incorporación de la delincuencia organizada a las agendas de seguridad véase, NAYLOR, R. Thomas, «From Cold War to Crime war: the search for a new «national security threat», *Transnational Organized Crime*, n° 4, 1995, p. 37-56.

⁽⁴⁾ WAEVER, Ole, «Securitization and Desecuritization», en LIPSCHUTZ, Ronnie D. (comp.), *On Security*, Nueva York, Columbia University Press, 1995.

⁽⁵⁾ NIC 2004-13: Mapping the global future.

A su vez, el informe elaborado por un grupo de expertos encabezado por el ex primer ministro tailandés Anand Panyarachun para las Naciones Unidas⁽⁶⁾, recoge igualmente la delincuencia organizada transnacional como una de las principales amenazas a las que se enfrenta el mundo actual. En el documento final de la Cumbre del Milenio del año 2005, se dedicó una sección a la grave preocupación originada por los efectos negativos que la delincuencia transnacional acarrea para el desarrollo, la paz, la seguridad y los Derechos Humanos.

Más recientemente, en febrero de 2010, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas observó «con preocupación las graves amenazas que el tráfico de drogas y la delincuencia organizada transnacional plantean en algunos casos para la seguridad internacional en diferentes regiones del mundo», e invitó al Secretario General «a que considere la posibilidad de incorporar esas amenazas como factor en las estrategias de prevención y análisis de conflictos, y en la evaluación y la planificación integradas de las misiones»⁽⁷⁾. En esta misma línea⁽⁸⁾, el reciente informe de Naciones Unidas *The Globalization of Crime. A Transnational Organized Crime Threat Assessment*⁽⁹⁾, ahonda más si cabe en la cuestión.

No en vano, preocupa el incremento exponencial de la actividad criminal organizada, caracterizada por la ostentación de un fuerte poder económico y el ejercicio del liderazgo político a través del empleo expeditivo de la violencia, la práctica sutil de la manipulación y la corrupción de amplios sectores del sistema económico y político a nivel mundial. Representa un fenómeno altamente productivo y cada vez más sofisticado, que arroja unas cifras de beneficios extraordinariamente lucrativas.

La explotación criminal de las oportunidades abiertas por el mercado internacional ha favorecido indirectamente el que importantes segmentos de la economía legal hayan sido infiltrados por la delincuencia internacional. En este sentido, no hay que pasar por alto la importancia de aquellas organizaciones

⁽⁶⁾ De acuerdo con el informe, «la delincuencia organizada transnacional deteriora la seguridad humana y degrada la capacidad de los Estados para garantizar la ley y el orden, al tiempo que contribuye a la perduración de los conflictos internos, a la proliferación de los armamentos y al terrorismo». United Nations, *A more secure world*, 2004, p. 52-53.

⁽⁷⁾ Declaración de la Presidencia del Consejo de Seguridad, S/PRST/2010/4.

⁽⁸⁾ La creciente trascendencia internacional otorgada a la criminalidad organizada transnacional y su reconocimiento como actor nocivo va en aumento. Sirva como botón de muestra la reciente Cumbre del Consejo del Atlántico Norte (OTAN), celebrada en Lisboa (Portugal) los días 19 y 20 de noviembre de 2010, en la que se ha incluido eufemísticamente en su concepto estratégico las «actividades transnacionales ilícitas» dentro del catálogo de los riesgos y amenazas de naturaleza no militar.

⁽⁹⁾ *A Transnational Organized Crime Threat Assessment*. United Nations Office on Drugs and Crime, UNDOC, Viena, 2010.

criminales dedicadas al control ilegal de sectores económicos legales⁽¹⁰⁾, en tanto que éstos proporcionan cobertura a las actividades delictivas.

Adoptando la perspectiva del darwinismo social, su adaptabilidad permanente al medio en el que desenvuelve su actividad ha posibilitado que su alcance sea integral: ha adquirido dimensiones globales (en lo geográfico), transnacionales (en lo étnico y cultural), multiformes (en su estructura y en los acuerdos que forja con sectores políticos y sociales) y pluriproductivas (en cuanto a la abundancia de bienes y servicios lícitos e ilícitos que transacciona)⁽¹¹⁾.

La criminalidad organizada, en síntesis, representa un conglomerado de organizaciones cada vez más complejas, especializadas, flexibles, capaces de asociarse con otras y de operar cómoda y eficazmente en un escenario internacional. Representa un peligroso ejemplo de privatización de la violencia⁽¹²⁾, capaz de evadir el principio del control territorial consustancial al Estado, laminando considerablemente la idea de soberanía y su práctica política.

En cuestión de años, un problema que por tradición había sido interno —local o nacional— de orden público, se ha transformado en una amenaza que puede poner en peligro la viabilidad de las sociedades, la independencia de los gobiernos, la integridad de las instituciones financieras, el funcionamiento de la democracia y los equilibrios en las relaciones internacionales.

Con todo, a pesar de la dificultad inherente que representa una amenaza poliédrica de difícil aprehensión en virtud de su naturaleza difusa y esquiva, se pretende esbozar un perfil actual de la criminalidad organizada, especialmente en su vertiente transnacional, a la par que reflexionar sobre su posible evolución en las próximas décadas, haciendo hincapié en sus elementos más significativos.

Ello implica un reto nada desdeñable: identificar de manera unitaria e internacionalmente aceptada, pretensión ésta muy complicada de alcanzar en plenitud, qué características dotan de contenido al término «criminalidad organizada». Ya que los Estados están avocados a cooperar en la prevención, represión y persecución del crimen organizado, tendrán que delimitarlo de una manera u otra.

¹⁰ FIJNAUT, Cyrille, «Transnational crime and the role of the United Nations in its containment through international cooperation: a challenge for the 21 st century», *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, n° 8, p. 129.

¹¹ TOKATLIAN, Juan G., «El crimen organizado crece, cambia y se perfecciona», en *Diario Clarín*, Argentina, 10 de abril de 2001. Accesible en <http://www.clarin.com/diario/2001/04/10/c-02304.htm>.

¹² ROTMAN, Edgardo, «The globalization of criminal violence», *Cornell Journal of Law and Public Policy*, n° 10, 2000.

Subrayando la necesidad para la comunidad internacional de alcanzar un concepto generalmente admitido de organización criminal, con el fin de establecer un pilar sólido sobre el que erigir una más efectiva cooperación internacional y, evitando, por consiguiente, entrar en conflictos doctrinales, se ha optado por adoptar como referencia la definición pragmática de la Convención Internacional de Palermo (Italia), celebrada del 12 al 15 de diciembre de 2000⁽¹³⁾. Esta definición, que en cierta medida adolece de una acusada laxitud⁽¹⁴⁾, ha sido completada posteriormente con rasgos mayoritariamente aceptados por la doctrina criminológica, tanto acerca del grupo criminal organizado, como de las actividades delictivas implicadas.

Ante la realidad empírica existente, caracterizada por la versatilidad y pluralidad de las organizaciones en auge, resulta fútil tratar de establecer una estructura o perfil tipo imperante en la actual escena criminal internacional⁽¹⁵⁾.

⁽¹³⁾ El artículo segundo de la citada Convención Internacional define: «por grupo delictivo organizado se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas, que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención, con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material». Por delitos graves se entienden aquellos que tienen una penalidad de cuatro o más años de prisión. Conforme al apartado 2 a) y b), son delitos graves los tipificados con pena superior a 4 años. Accesible en <http://www.undcp.org/Palermo>. A su vez, en los informes de EUROPOL se establecen los siguientes criterios o indicadores definitorios de crimen organizado, que igualmente gozan de un amplio consenso fuera del ámbito europeo: (1) colaboración de dos o más personas; (2) especialización (reparto de tareas); (3) pervivencia indefinida en el tiempo; (4) recurso a alguna forma de disciplina y control; (5) comisión de delitos graves; (6) proyección internacional; (7) empleo de la violencia u otras formas de intimidación; (8) estructura empresarial para el desempeño de sus actividades; (9) implicadas en el lavado de dinero; (10) búsqueda de influencia en la esfera política, los medios de comunicación, la administración pública y el poder judicial; (11) afán de lucro y obtención de poder. Deben de cumplirse al menos seis de las características citadas, de las cuales cuatro deben ser necesariamente las recogidas en los puntos 1, 3, 5 y 11. Documento ENFOPOL 35, rev. 2.

⁽¹⁴⁾ SANSÓ-RUBERT Pascual, Daniel, «Reflexiones criminológicas en torno al concepto criminalidad organizada», *Ciencia Policial*, n.º 97, (noviembre-diciembre), 2009, p. 5.

⁽¹⁵⁾ No existen apenas estudios comparativos sobre los grupos delictivos transnacionales a nivel global. Uno de los más interesantes, publicado por la Oficina contra la Droga y el Delito de Naciones Unidas, consiste en un análisis de 40 grupos de 16 Estados, basado en un cuestionario enviado a las autoridades y expertos de dichos países. Aunque la muestra dista mucho de ser representativa, las conclusiones del estudio ofrecen una serie de rasgos que posiblemente sean comunes al conjunto de la delincuencia organizada transnacional: dos tercios de los grupos tienen una estructura jerárquica clásica y el resto están organizados de manera más laxa. La mayoría de los grupos tienen entre 20 y 50 miembros. La violencia resulta esencial en la actividad de la mayoría de los grupos. Menos de un tercio de los grupos tienen una identidad étnica definida. La mayoría de los grupos se concentran en una actividad delictiva principal, aunque la tendencia actual es la pluriactividad. La actividad más común es el tráfico de droga. La mayoría de los grupos actúan en más de dos países. La gran mayoría de los grupos recurren a la corrupción, de manera sistemática u ocasional. Algo más de la mitad de los grupos han adquirido influencia política, a distintos niveles. Casi la mitad de los grupos tienen también actividades en la economía legal. La mayoría de los grupos cooperan

Las características que se identifican de facto, tan sólo permite inferir tendencias tipológicas de grupos criminales donde, a la postre, cabe todo tipo de combinaciones, dificultando más si cabe la aprehensión del fenómeno delictivo asociativo que, a pesar de la amplitud y riqueza de las aportaciones doctrinales, continúa revestido de una imagen abstracta.

Avanzar en el conocimiento de la etiología de la criminalidad organizada, reflexionado al tiempo sobre sus repercusiones internacionales y fenomenología, obliga a identificar en primer término sus notas esenciales, de entre las que destaca su transnacionalización.

■ LA EXPANSIÓN TRANSNACIONAL DE LAS ACTIVIDADES ILÍCITAS ORGANIZADAS

A tenor de lo expuesto, no cabe duda de que la dimensión transnacional del crimen organizado ha sido ampliamente reconocida. Es, por consiguiente, una realidad incuestionable. Con todo, resulta necesario clarificar que los delitos transnacionales no son una rareza surgida al hilo de la globalización. La criminalidad organizada no ha irrumpido repentinamente en la historia de la criminalidad, sino que, por el contrario, ha evolucionado de forma paralela a la sociedad hasta presentarse en los tiempos actuales con una faz innovada respecto de las formas tradicionales⁽¹⁶⁾. Que la delincuencia organizada haya alcanzado el estatus internacional supone en gran medida la adaptación de figuras delictivas antiguas a las condiciones científicas, técnicas y sociales contemporáneas.

El carácter transnacional no es requisito de la organización -no toda delincuencia organizada es internacional, ni toda la internacional es organizada-, aunque su presencia es factor indiciario de la consolidada estructura organizativa de un grupo y, en cualquier caso, es el carácter transnacional el que en realidad preocupa en lo concerniente a la seguridad internacional. A pesar de ello, éste último no es el único aspecto de la época contemporánea que ha facilitado su surgimiento, supervivencia y expansión. En consonancia con el objetivo central de este texto de identificar la génesis de los factores criminógenos, endógenos y exógenos, que inciden con mayor virulencia en el ámbito de la seguridad y la defensa, resulta ineludible abordar analíticamente la siguiente relación de variables, sin olvidar que el mejor aliado de las entidades criminales es la ignorancia sobre su existencia.

con grupos de otros países, sobre todo para obtener mercancías ilegales, especialmente drogas. Estudio realizado por la Oficina de las Naciones Unidas sobre las Drogas y el Crimen. UNODC. Results of a Pilot Survey of Forty Selected Organized Criminal Groups in Sixteen Countries. Vienna: Center for International Crime Prevention, 2002.

⁽¹⁶⁾ DELGADO MARTÍN, Joaquín. Criminalidad organizada, Barcelona, J. M. Bosch, 2001, p. 21.

1. El fenómeno delictivo, lo mismo que cualquier otro hecho social, está estrechamente relacionado con las realidades que lo circundan. La delincuencia no tiene lugar en «abstracto» sino que se da en unas circunstancias concretas de tiempo y espacio. Las condiciones sociales, de desarrollo tecnológico, político y humano, influyen decisivamente en la forma como esa delincuencia se produce, en sus modos y maneras de manifestarse, en su cantidad, intensidad y en todas sus connotaciones y peculiaridades. La delincuencia organizada es una modalidad de crimen, que se inserta en una matriz en la que la sociedad es al mismo tiempo víctima y beneficiaria de los bienes y servicios de los que la provee⁽¹⁷⁾. En consecuencia, el escenario en el que se desarrolla el crimen organizado hoy es el de una cultura funcional a su expansión.
2. La globalización, en su vertiente económica, representa una variable trascendental para explicar su proliferación. En conjunto, las repercusiones de la inmersión del crimen organizado en el ámbito de la economía son inflación, una distribución ineficiente de rentas, la disolución del libre mercado, la desregulación económica estatal, pérdidas substanciales de productividad, una visión utilitarista de la inversión contraproducente con el crecimiento económico prolongado y, en ocasiones, sobrevaluación monetaria. En lo que se refiere al sistema financiero en particular, la volatilidad de los capitales en manos de los grupos criminales dificulta las acciones correctas en materia de política económica y provoca inestabilidad en las instituciones bancarias y en el mercado del dinero en general, lo cual puede desembocar en una crisis económica profunda.

En definitiva, el crimen organizado induce a desequilibrios económicos y largos periodos de recesión, perjudicando gravemente la competitividad internacional. En última instancia, en países con economías fuertemente dependientes del sistema productivo criminal, cualquier esfuerzo para su erradicación y retorno a un funcionamiento eficiente de los mercados, de la política y de la sociedad en general, provocará efectos recesivos en la economía y la consecuente contestación social.

3. La expansión criminal está estrechamente ligada a la historia y geografía de las oleadas migratorias. El desplazamiento de una comunidad y su asentamiento en otro lugar conforma el sustrato mínimo indispensable para el desarrollo de la actividad criminal como producto de importación.

Existe constancia de que las organizaciones criminales explotan de diversa manera los movimientos migratorios. Principalmente para la obtención

⁽¹⁷⁾ NAYLOR, R. Tom. *Wages of crime: black markets, illegal finance and underworld economy*. Ithaca, Cornell University Press, 2000.

de beneficios económicos mediante la panoplia delictiva que comprende la inmigración ilegal. Además, a través de su instrumentalización, logran solaparse en las comunidades asentadas en los países de acogida, en busca de protección y zonas de influencia¹⁸⁾, explotando relaciones familiares y clientelares. De este modo, el mapa histórico de las migraciones mundiales y las diásporas encubre, en mayor o menor medida, el de la difusión de la criminalidad organizada.

4. Otro elemento a tener en consideración es el vacío represivo, que puede obedecer a diferentes causas. A una voluntad política corrupta en connivencia con la criminalidad, a una situación de impotencia generada por la debilidad institucional o simplemente, por distracción ante otros desafíos de seguridad.
5. El exilio puede tener primordialmente dos causas determinantes. Por una parte, la puesta en práctica de políticas de represión criminal por parte de los gobiernos. De otra, la propia competencia criminal que puede degenerar en enfrentamientos violentos con facciones u organizaciones, vencedoras y vencidas. En este último caso, la reubicación en otros países obedece a una necesidad de supervivencia. En definitiva, el exilio como escapatoria de la prisión o de la muerte.
6. En cuanto a la repercusión de la presión política y policial que adoptan los gobiernos dentro de sus fronteras, la delincuencia, en aras de una mayor y más eficiente autoprotección, ha optado por asentarse en aquellos países que presentan características más favorables. Son candidatos predilectos los Estados dotados de ordenamientos jurídicos laxos, excesivamente garantistas si se prefiere, con políticas criminales infradesarrolladas o desfasadas, que les permiten operar al amparo de los beneficios reportados por el marco de legalidad descrito.
- 7.- A su vez, la concurrencia de legislaciones político-económicas y penales diferentes en el mismo espacio físico favorece la impunidad de la criminalidad organizada transnacional.

Todos estos factores generan efectos de dispersión, que son de naturaleza traslativa; una propagación involuntaria debido a que las organizaciones desplazadas, lejos de abandonar sus prácticas criminales, las exportan.

En último término, una realidad incuestionable. Los grupos de delincuencia organizada se han desarrollado en Asia, América Latina, África, Europa y Esta-

¹⁸⁾ SAVONA Ernesto U.; DI NICOLA, Andrea y DA COL, G., «Dynamics of migration and crime in Europe: new patterns of an old nexus», Transcrime, Working Paper n° 8, Universidad de Trento, 1997.

dos Unidos; ninguna región del mundo y ningún sistema político ha impedido su surgimiento o logrado un éxito rotundo en su eliminación⁽¹⁹⁾. A pesar de lo expuesto, no hay que caer presa del derrotismo ya que hay que abogar por minimizar su impacto y mantener un control de sus actividades para evitar su expansión incontrolada, que suponga en última instancia un deterioro irreversible de la seguridad, tanto objetiva como subjetiva.

■ ESPACIOS DE CONFLICTO E INESTABILIDAD: OPORTUNIDADES DE ACCIÓN PARA LAS ORGANIZACIONES CRIMINALES

Al tratar de identificar las localizaciones de mayor incidencia criminal organizada, afloran determinadas áreas geográficas en las que, por su propia especificidad, la incidencia es mayor. El vacío de poder político e ideológico, una historia previa de delincuencia en mayor o menor medida organizada, sumado a una creciente pauperización del bienestar de la población, tienden a proporcionar el capital humano y las redes sociales necesarias para cimentar un excelente caldo de cultivo, proclive a la implantación de grupos de crimen organizado. En definitiva, las regiones en conflicto e inestables nutren de oportunidades para la acción al crimen organizado.

Obviamente todos los Estados son vulnerables a la infiltración criminal, pero existe una diferencia cualitativa entre Estados autónomos (relativamente efectivos) y Estados débiles o impotentes⁽²⁰⁾. Los Estados con una falta de consolidación del sistema democrático y un deficiente desarrollo de sus instituciones públicas configuran un terreno propicio para la actividad de los grupos criminales, llegando a situaciones de «pillaje estable» y de «toma estatal o de Estados criminalmente secuestrados»⁽²¹⁾.

La abdicación del poder estatal total o parcialmente es condición *sine qua non* de la exitosa empresa criminal transnacional. La ausencia de monopolio estatal sobre los recursos coercitivos y políticos abona la semilla para el florecimiento, fortalecimiento y expansión de la criminalidad organizada transnacional. Un contexto nefasto lo conforman las alianzas entre políticos, organizaciones delictivas y el aparato de seguridad estatal, responsable de la persecución del

⁽¹⁹⁾ PEZZINO, Paolo, *Una Certa reciprocità di favori Mafia e modernizzazione violenta nella Sicilia postunitaria*, Milán, Franco Angeli, 1990.

⁽²⁰⁾ CASANOVAS, ORIOL, «Los Estados Fracassados», en GARCÍA, Caterina y RODRIGO, Ángel, J. (eds.), *La seguridad compartida. Nuevos desafíos, amenazas y conflictos armados*, Barcelona/ Madrid, Universitat Pompeu Fabra/Tecnos, 2008, pp. 83-89.

⁽²¹⁾ BUZAN, Barry, *People, States, and Fear*, Boulder, Lynne Rienner, 1991. HUBER, Evelyne, «Assessments of State Strength», en SMITH, Peter, (comp.), *Latin America in Comparative Perspective*, Boulder, Westview Press, 1995.

delito y de la administración judicial. Dicha connivencia genera en la práctica, bien respuesta lentas y vacilantes de los gobiernos, bien directamente la omisión de respuesta pública. Su manifestación más dañina se plasma cuando lo que impera más allá de la catarsis institucional es el fomento de obstáculos a la cooperación internacional destinada a su erradicación. El resultado: Estados que han de hacer frente a regiones en coma o al borde del colapso, que se transforman en refugio de la delincuencia organizada transnacional.

Actualmente en muchas partes del mundo el mal gobierno y los conflictos civiles de diferente naturaleza han llevado a un progresivo debilitamiento del poder del Estado y al resquebrajamiento de las estructuras de control social. Hasta el punto extremo de que los casos dramáticos de colapso absoluto de las instituciones del Estado acarrearán una sustitución efectiva del mismo en la provisión de bienes y servicios públicos primarios. Cuando los Estados se descomponen, la delincuencia organizada toma la iniciativa. Esta fórmula de acceso al poder ha llevado a la concepción de la delincuencia organizada como una «nueva forma de autoritarismo político no estatal»⁽²²⁾, imperante en aquellos espacios geográficos en los que ha logrado reemplazar al Gobierno legítimo y desplegar un control social alternativo al oficial.

Prueba de ello es que gran parte de las misiones internacionales de pacificación implementadas durante las últimas décadas han sido desplegadas en regiones profundamente afectadas por el crimen organizado: en África Occidental (Costa de Marfil, Liberia, Guinea-Bissau, Sierra Leona), en África Central (República Centrafricana del Congo), en el cuerno de África (Somalia), en Asia Central y el sudeste asiático, en Afganistán y en los Balcanes (Bosnia-Herzegovina, Kosovo). Estas experiencias han puesto de manifiesto la necesidad de incluir la gestión de la criminalidad organizada en el planeamiento de esa clase de misiones⁽²³⁾.

Esta imagen refuerza la idea de que las estrategias expansionistas de las grandes organizaciones criminales han estado influenciadas profundamente por acontecimientos geopolíticos. El crimen organizado prospera explotando las ventanas de oportunidad abiertas al amparo de la eclosión de los conflictos. Cualquier intento de explicar la situación en Colombia, los Balcanes, México, Afganistán y cualesquiera otras zonas inestables del mundo exige entender el papel de las redes criminales en la región, su organización, sus vínculos internacionales e intereses económicos. En congruencia, internacionalmente habría que prestar especial atención a estos espacios geográficos favorables al surgi-

⁽²²⁾ SHELLEY, Louis I., «Transnational Organised Crime: The new Authoritarianism», en FRIMAN, H. Richard y ANDREAS, Peter, (eds.): *The Illicit Global Economy and State Power*, Lanham, MD, 1999.

⁽²³⁾ De La CORTE IBÁÑEZ, Luis, «Criminalidad organizada y conflictos armados», en *Ejército* (Ministerio de Defensa), enero/febrero, año LXXII n° 838, 2011, pp. 18-26.

miento de conflictos, cuyo seguimiento permitiría identificar con antelación las posibles incursiones oportunistas de redes criminales.

Los grupos más recientes de delincuencia transnacional, frecuentemente originados en situaciones post-conflicto, prosperan en un estado de caos y conflicto constante. En éstas regiones donde la economía clandestina y la corrupción endémica predominan, los grupos de delincuencia organizada son los actores económicos por excelencia. Por ello, promueven el mantenimiento de estas situaciones de inestabilidad para prolongar el nicho de actividades ilícitas desarrolladas y las ganancias obtenibles, especialmente cuando los beneficios devienen del tráfico de armas⁽²⁴⁾.

Todo ello sin olvidar que, en un mundo interconectado, la proliferación de estos «agujeros negros geopolíticos»⁽²⁵⁾, afectan directamente a la seguridad del conjunto de la comunidad internacional. El fenómeno delictivo organizado en su vertiente transnacional, no sólo explota las vulnerabilidades en los países más desfavorecidos del planeta, sino que por igual, accede al primer mundo en busca de escenarios y mercados en los que implantarse y desarrollar sus actividades lucrativas. A día de hoy, nuestra seguridad interior está indisolublemente unida a los episodios delictivos transnacionales que se gestan en el extranjero.

■ ESPECIAL REFERENCIA AL TRÁFICO ILÍCITO DE ARMAS LIGERAS⁽²⁶⁾ COMO EXPRESIÓN DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

¿Es el tráfico ilícito de armas una actividad novedosa? La respuesta es contundente. No. El tráfico ilegal de armas es un fenómeno de *larga data* que, efectivamente, ha experimentado cambios significativos en las décadas precedentes influenciado por las propias transformaciones operadas en el paradigma internacional de la seguridad, a favor de la atomización y la diversificación.

Antaño, estaba dominado por un grupo selecto de empresarios de dudosa reputación y ausente ética, en connivencia con elementos corruptos de los gobier-

⁽²⁴⁾ BERDAL, Mats y MALONE, David M., *Greed & Grievance: Economic Agendas in Civil Wars*, Boulder, CO: Lynne Rienner Publishers, 2000.

⁽²⁵⁾ El término fue utilizado inicialmente por el editor italiano Lucio Carraciolo y el corresponsal en China de La Stampa, Francesco Sisci, para referirse a los estados fallidos. En SISCI, Francesco, «Black Holes and Rogue States», *Asia Times*, 2 de marzo, 2005. Posteriormente, Moisés Naim lo emplea con una perspectiva más amplia para hacer referencia a los territorios en los que la criminalidad organizada no encuentra cortapisas para proliferar y expandirse impunemente. NAIM, Moisés, *Ilícito. Como traficantes, contrabandistas y piratas están cambiando el mundo*. Barcelona, Debate, 2006, pp. 327-332.

⁽²⁶⁾ Para una aproximación al concepto de arma ligera ver el capítulo de LABORIE, Mario, «Actores armados no estatales y modelo de Estado», de esta misma obra.

nos, que hacían compras masivas de armamento a otros Estados o a sus propias empresas públicas para hacerlos llegar ilícitamente a sus destinatarios últimos. Hoy, este protagonismo se ha diluido, derivando en redes mucho más amplias y diversas integradas por una pléyade de nuevos productores independientes e intermediarios. Éstos últimos, han asumido el protagonismo en este mercado ilegal. Pueden ser tanto organizaciones como individuos y son los responsables de articular las comunicaciones y contactos fiables entre organizaciones criminales, fabricantes, transportistas, vendedores, y compradores, brindando oportunidades que de otra manera no estarían al alcance o serían más difíciles de aprovechar.

Un ejemplo paradigmático es el de Leonid Minin, detenido en el año 2000 en las afueras de Milán. Era uno de los proveedores del Frente Revolucionario Unido (RUF, en siglas en inglés) de Sierra Leona, conocido por la práctica de cortar las manos a sus opositores con machetes. Tal y como detalla un informe del Consorcio Internacional de Periodistas de Investigación⁽²⁷⁾, Minin hacía los pedidos de armas a una empresa llamada Aviatrend, propiedad de Valery Cherny. Éste, a su vez, compraba las armas a fabricantes en Ucrania y las enviaba desde Bulgaria (en aviones Antonov 124 ucranianos fletados por una empresa de transportes británica). En los certificados oficiales que identificaban el destino final de los cargamentos de armas y sin los cuales los fabricantes no están autorizados a vender, figuraban Costa de Marfil y Burkina Faso, pero realmente los cargamentos finalizaban su periplo en Liberia, país empleado por el RUF como base de operaciones y desde el cual, se eludía con facilidad, a tenor del éxito en la provisión de armas, el embargo impuesto por Naciones Unidas a Sierra Leona.

187

Pero la figura más representativa del comercio ilícito de armas en la última década ha sido Víctor Bout, un hombre que ha logrado por sí solo redefinir lo que se ha dado en llamar, con tinte periodístico, un «mercader de la muerte»⁽²⁸⁾. A través de la constitución de un complejo entramado de empresas tapadera y compañías fantasma, sumado a la adquisición de una flota nada desdeñable de unos sesenta aviones Antonov e Iliushin matriculados en toda una serie de jurisdicciones permisivas –Ucrania, Liberia, Suazilandia, República Centroafricana o Guinea Ecuatorial-, logró lucrarse mediante el envío de armas al movimiento rebelde angoleño UNITA, al RUF de Sierra leona y a las milicias hutus ruandesas establecidas en el Congo occidental. Lo curioso es que, valiéndose de las carencias en transporte estratégico de muchos países y bajo su tapadera de empresario internacional, Bout desplazó en esos mismos aviones con los que traficaba con armas, a soldados franceses al Congo e incluso a fuerzas de pacificación de Naciones Unidas a Timor Oriental, o mejor aún, sus

⁽²⁷⁾ International Consortium of Investigative Journalists (ICIJ), *Making a Killing: The Business of War*, Center for Public Integrity, Washington, 2003.

⁽²⁸⁾ *Ibid.* Capítulo 11, p. 143-156.

aviones sirvieron para colmar las necesidades logísticas del ingente despliegue materializado en la invasión de Irak de 2003⁽²⁹⁾.

El punto de inflexión para la transformación gestada en el ámbito del comercio ilegal de armas se retrotrae a los años posteriores al término de la Guerra Fría. Su finalización trajo consigo el reto de desmovilizar y operar una importante disminución global de arsenales, que rápidamente sería criminalmente rentabilizado. Los excedentes armamentísticos se volcaron a un mercado que, lejos de la retórica de los dividendos de la paz, respondió ansiosamente tratando de satisfacer las necesidades bélicas originadas por una explosión de conflictos internos, insurgencias, guerras civiles y la proliferación de todo tipo de organizaciones criminales⁽³⁰⁾.

Además del destacado papel desempeñado por los intermediarios son elementos igualmente relevantes en el actual tráfico ilícito de armas, la corrupción, los espacios geográficos incontrolados, la metodología (*modus operandi*), las vinculaciones entre tráficos ilícitos (multiactividad) y la opacidad, no sólo de la propia actividad de tráfico ilícito de armas ligeras, sino a la hora de acceder a datos sobre fabricación y comercio legal.

Analizando el primer factor, la corrupción, para que el tráfico sea rentable requiere de grandes cantidades de armas, con independencia de la modalidad de tráfico escogida (macrotráfico o el denominado «tráfico hormiga» o microtráfico). La lógica dicta que, por lo general, resulta difícil robar armas en cantidades suficientes como para que la actividad sea efectivamente rentable⁽³¹⁾, de modo que lo común es que el tráfico de armas se lleve a cabo bajo una falsa apariencia de legalidad. Al igual que en el caso de otros mercados ilícitos, piénsese en madera o especies protegidas, la legalidad de un envío depende totalmente de la documentación. Por ello, no debe extrañar que la mayor parte

⁽²⁹⁾ HUBAND, Mark; PARKER, Andrew y TURNER, Mark, «UK Snubs France over Arms Trafficker: Bid to Help Dealer Linked to Coalition Avoid Sanctions», en *Financial Times*, 17 de mayo de 2004, p.1; SCHERER, Michael, «Dealing with the Merchant of Death», en *Mother Jones*, 20 de septiembre de 2004; BRAUN, Stephen, PASTERNAK, Judy y MILLER, Christian, «Blacklisted Russian Tied To Irak Deals», en *Los Angeles Times*, 14 de diciembre de 2004, p. A1.

⁽³⁰⁾ OPELLO, Walter C. y ROSOW, Stephen J., *The Nation-state And Global Order. A Historical Introduction to Contemporary Politics*, Lynne Rienner Pub · Estados Unidos, 2004, p. 252.

⁽³¹⁾ Otras modalidades incipientes de introducción de armas y municiones en el mercado ilícito se efectúan a través del robo o recolocación de material bélico y policial sustraído de acuartelamientos, comisarias y arsenales estatales, así como mediante la infiltración de la criminalidad organizada en el sector empresarial legal de la seguridad privada. *Small Arms Survey, Unfinished Business. Capítulo 3: An Uphill Battle: Understanding Small Arms Transfers*, 2006, p. 83. Accesible en <http://www.smallarmssurvey.org/publications/by-type/yearbook/small-arms-survey-2006.html>

del tráfico de armas a gran escala pivote en torno a prácticas corruptas⁽³²⁾. En la mayoría de las transacciones participan funcionarios y comerciantes legales de armas. Ambos, venden sus conexiones, su acceso a documentación fraudulenta y sus servicios de transporte, a todo aquel que pueda sufragarlo.

Las prácticas corruptas también están asociadas a los espacios geográficos incontrolados. Recientemente Irak ha sido testigo de una importante inyección al mercado de armas cortas procedentes del arsenal gubernamental. Tras la caída del régimen de Sadam Husein, se calcula que se repartió por todo el país y probablemente en países vecinos, entre siete y ocho millones de armas ligeras⁽³³⁾. Habría que plantearse si, en situaciones caóticas similares como la que actualmente asola Libia a principios de 2011, sumida en una confrontación civil entorno a la permanencia de Muhamar el Gadafi en el poder, no supondrá igualmente una ventana de oportunidad para que parte del armamento gubernamental se distribuya más allá de sus fronteras, alimentando los armeros de organizaciones criminales y terroristas como algunas filiales de Al Qaida que operan en el Sahel.

Aunque pueda parecer inaudito, el mercado ilícito de armas sigue teniendo sus centros geográficos (Europa del Este, Asia central, África y Latinoamérica principalmente). Algunos de ellos, desconocidos para el gran público. Muchos son Estados criminalmente cautivos y otros son zonas bajo control y explotación delictiva. Ejemplo, cuanto menos curioso, es la denominada República Moldava del Transdniéster⁽³⁴⁾. Pese a ser un territorio reducido, alberga gran parte del tejido industrial moldavo protagonizando la exportación de armas, si no abiertamente ilegal, cuanto menos dudosa⁽³⁵⁾.

La efectividad del tráfico ilícito de armas ligeras se funda igualmente en las deficiencias de los controles fronterizos. Muchos países afectados por su exportación e importación se caracterizan por la porosidad de sus límites territoriales

⁽³²⁾ Sirva de recordatorio la red peruana encabezada y dirigida por Vladimiro Montesinos, el que fuera jefe de seguridad del presidente Alberto Fujimori, que organizó el envío de 10.000 fusiles AK-47 desde Jordania dirigidos a las FARC en Colombia. *El Espectador*, Bogotá, 10 de febrero de 2002 (difundido en «Paper Reports Flourishing Arms-for-Drugs Trade with Colombian Rebels», BBC Monitoring, BBC News online).

⁽³³⁾ WILLIAMS, Phil, *Criminal, Militias and Insurgents: Organized Crime in Iraq*, Carlisle: Strategic Studies Institute, 2009.

⁽³⁴⁾ Transnistria, Transdniestria o Pridnestrovia es un territorio de Europa oriental situado al este del río Dniéster, que formó parte de la antigua República Socialista Soviética de Moldavia. Proclamado independiente en 1990 con el nombre de República Socialista Soviética Moldava de Transdniestria o, abreviadamente, República Moldava Pridnestrovia, con capital en Tiraspol. Su independencia no cuenta con el reconocimiento por parte de la República de Moldavia (que lo considera parte de su nación), Únicamente la República de Abjasia, la República de Osetia del Sur, y la República de Nagorno Karabaj (tres estados sin reconocimiento mayoritario dentro de la comunidad internacional) reconocen su independencia.

⁽³⁵⁾ NAÏM, Moisés, *Op. Cit.* p. 59-88.

sumado, en múltiples casos, a una legislación minimalista o inexistente sobre el control de armas y su venta. Circunstancia esta que, a la postre, facilita no sólo el tráfico a gran escala aprovechando regiones desérticas, montañosas o selváticas de difícil control gubernamental, sino igualmente, el desarrollo del «tráfico hormiga».

Éste último, se lleva a cabo principalmente en regiones fronterizas (la frontera entre México y Estados Unidos es un ejemplo clarificador). Diariamente, al amparo del tránsito masivo de personas, vehículos y mercancías, se realiza el tráfico ilícito bien por unidades e incluso, las armas se despiezan previamente de tal forma que los porteadores (conocidos coloquialmente como «mulas» o «atravesadores»), sólo portan una o varias piezas de las mismas difícilmente identificables, que posteriormente volverán a ser ensambladas en su destino.

De igual forma, las fronteras posibilitan la difuminación interesada de la actividad delictiva, articulando una complejidad artificiosa de las transacciones ilícitas de armas ligeras, en el intento de crear un halo de confusión mediante la dispersión geográfica de las piezas que componen el rompecabezas comercial. En la clásica transacción de compra-venta ilegal de armas, el comprador, el vendedor, el intermediario, el banquero y el transportista suelen encontrarse en países distintos. Así, en el periodo inmediatamente anterior al genocidio que asoló Ruanda en 1994, un traficante francés entregó armas polacas e israelíes a Ruanda por intermedio de una empresa de las islas Turks y Caicos con una dirección en Ginebra, valiéndose de una empresa de transporte aéreo (36) de África occidental y un intermediario afgano que representaba a los ruandeses desde su sede en Italia⁽³⁷⁾.

⁽³⁶⁾ Durante los últimos años, el papel de los transportistas (especialmente en el sector de la aviación civil) en la ejecución de las transferencias ilícitas de armas ha recibido mayor atención, como consecuencia de dos argumentos principales: por una parte, su papel clave en el comercio de armas y por otra, debido a que el transporte deja huellas físicas (tales como manifiestos de carga y registros de vuelo), que puede ser objeto de seguimiento y control. En la esfera política, estos argumentos han propulsado una iniciativa liderada por los gobiernos de Francia y Bélgica, destinada a aumentar los controles estatales del transporte aéreo de cargas (o a mejorar la coordinación de éstos) por parte del sector privado. Dicha iniciativa redundó en una serie de directivas de control adoptadas en el marco del Acuerdo de Wassenaar y la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, promoviendo una política de control más amplia por parte de los Estados miembro de la Unión Europea. Esta política de control incluye la creación de una 'lista de control' compartida por las agencias nacionales pertinentes sobre las compañías aéreas que participan o se sospecha que participan en el transporte ilícito de cargamentos de armas ligeras. El Acuerdo de Wassenaar relativo al control multilateral de las exportaciones de armas convencionales y productos y tecnologías de doble uso, sustituyó en 1996 al COCOM (Comité de Coordinación para el Control Multilateral de las Exportaciones). Accesible en <http://www.wassenaar.org/>

⁽³⁷⁾ «Un Français est écroué trafic d'armes de guerre avec le Rwanda», Le Monde, 2 febrero 1995.

En lo referente a la vinculación entre tráfico ilícitos⁽³⁸⁾, el de armas en concreto, deriva en fructíferas relaciones comerciales de trueque, favoreciendo la multiactividad de las organizaciones criminales implicadas. El intercambio de armas por drogas, recursos naturales (diamantes, oro, coltán, maderas...) u otros artículos de valor, deviene en una práctica bastante común en aquellos espacios donde facciones rebeldes, grupos terroristas, señores de la guerra o insurgentes se involucran en el narcotráfico o en la explotación de recursos, al objeto de sufragar la adquisición de armamento con el que poder sostener sus intereses políticos y objetivos militares.

Colombia, México o Afganistán, sin ir más lejos, reflejan la connivencia interesada entre actores no estatales armados con intereses interrelacionados. Sin embargo, existen otras conexiones menos evidentes pero igualmente perniciosas en clave de seguridad. Así por ejemplo, las relaciones delictivas italo-rusas, a través de las cuales las organizaciones criminales italianas, decanas de la escena criminal europea e internacional, proveerían a las organizaciones provenientes de la extinta Unión Soviética, a cambio de armas y equipos de alta tecnología, de una amplia gama de mercancías falsificadas, incluyendo papel moneda (euros y dólares)⁽³⁹⁾.

De igual forma, prácticamente podrían establecer relaciones comerciales de muy variada naturaleza entre organizaciones criminales originarias de cualquier extremo del mundo, dispuestas a suplir sus carencias armamentísticas mediante el pago en especie.

En el espectro de las relaciones delictivas intergrupales, la globalización económica ha facilitado el surgimiento de nuevas modalidades de cooperación, arbitrando la distribución de zonas geográficas de influencia, actividades ilegales o incluso fases concretas de una actividad determinada. La propensión a la diversificación y la conexión entre mercados delictuales obedece al afán de maximización del lucro obtenible.

Las organizaciones criminales sin duda cooperan y lo hacen a lo largo de un espectro que abarca desde «alianzas estratégicas» en un extremo, hasta «relaciones de proveedor a corto plazo» en el otro, no muy diferentes del tipo de relaciones cooperativas típicas del mundo de los negocios. En el siglo XXI, los incentivos para la cooperación entre organizaciones criminales estarán al alza,

⁽³⁸⁾ Las rutas del tráfico de armas, aunque grosso modo son idénticas a las de otros tráfico ilícitos, curiosamente se reproduce a la inversa de éstos, ya que van generalmente del Norte (países productores de armas) al Sur (destinatarios). A Transnational Organized Crime Threat Assessment, United Nations Office on Drugs and Crime, UNDOC, Viena, 2010.

⁽³⁹⁾ FORGIONE, Francesco, *Mafia export. Cómo la 'Ndrangheta, la Cosa Nostra y la Camorra han colonizado el mundo*, Barcelona, Anagrama, 2010.

dando como resultado una «cadena global de redes criminales que serán tan difíciles de combatir como lo son de rastrear»⁽⁴⁰⁾.

Y en este escenario de por sí poco halagüeño, la creciente vinculación entre el crimen organizado internacional y el terrorismo parece cobrar preponderancia. En contraposición con un análisis limitado de esta relación, constreñida a intercambios de carácter puntual con una finalidad simplemente utilitarista, las perspectivas apuntan hacia una mayor interrelación, aún por definir convenientemente, sin necesidad de llegar a confundir ambos fenómenos entendiéndolos como símiles⁽⁴¹⁾, salvo supuestos excepcionales de hibridación⁽⁴²⁾.

Destaca la adopción por parte de las organizaciones terroristas de actividades, mecanismos e instrumentos delictivos para lograr sus objetivos, bien de supervivencia y financiación, bien de desestabilización. Del mismo modo, a las organizaciones criminales les resulta rentable emplear métodos terroristas para la consecución de sus fines. Amortizar los dividendos del terror reporta copiosos beneficios. Obviamente, resulta particularmente preocupante la posibilidad de que grupos delictivos organizados proporcionen armas nucleares, radiológicas, químicas o biológicas a los terroristas⁽⁴³⁾.

⁽⁴⁰⁾ WILLIAMS, Phil, «Cooperación entre organizaciones criminales», en BERDAL, Mats y SERRANO, Mónica (comps.), *Crimen transnacional organizado y seguridad internacional. Cambio y continuidad*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2005.

⁽⁴¹⁾ La finalidad de uno y otro fenómeno constituye la clave sobre la que versa dicha discusión, ya que el resto de características definitorias prácticamente son compartidas. En sintonía con la doctrina internacional el terrorismo queda fuera de este concepto. La criminalidad organizada debe distinguirse de otras organizaciones que emplean métodos similares, pero que están movidas ideológicamente y cuyas metas son fundamentalmente diferentes. Por entender que, a pesar de los indiscutibles elementos comunes, aquellos que no lo son tienen la suficiente entidad diferenciadora como para trabajar ambas manifestaciones separadamente. No en vano, la criminalidad organizada reviste un desafío cualitativamente diferente, menos aparente pero más insidioso, que no pretende subvertir el poder establecido sino ponerlo a su servicio. En definitiva, la distinción conceptual entre terrorismo y criminalidad organizada permite reconocer cuando una organización criminal utiliza métodos terroristas y cuando las organizaciones terroristas se transforman u operan como organizaciones criminales. SANSÓ-RUBERT Pascual, Daniel, «Reflexiones criminológicas en torno al concepto criminalidad organizada», *OP. Cit.* p. 8.

⁽⁴²⁾ Muy interesante al respecto el Capítulo 10 «Crimen organizado, terrorismo y violencia política», en DE LA CORTE, Luis y GIMÉNEZ-SALINAS, Andrea. *Crimen.org. Evolución y claves de la delincuencia organizada*. Barcelona, Ariel, 2010, pp. 319-340.

⁽⁴³⁾ El 28 de septiembre de 2001, menos de tres semanas después de los dramáticos acontecimientos del 11 de septiembre en Nueva York y Washington, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas adoptó una resolución de amplio ámbito sobre la lucha contra el terrorismo (Resolución 1373 del Consejo de Seguridad, del 28 de septiembre de 2001) en la cual mencionó con inquietud la estrecha relación entre terrorismo internacional y delincuencia organizada transnacional, drogas ilícitas, blanqueo de dinero, tráfico de armas ilegales y desplazamientos ilegales de materiales nucleares, químicos, biológicos y otros materiales que pueden ser letales.

Finalmente, el último escollo a afrontar, nada desdeñable, radica en que todo intento orientado a dimensionar el problema del tráfico ilícito de las armas ligeras colisiona frontalmente con la falta de transparencia y de información sistematizada por parte de las agencias encargadas de su control. Generalmente se aduce como excusa exculpatoria, bien el pretexto de la seguridad nacional, bien una pretendida, aunque más bien interesada, descoordinación institucional, motivada en muchos supuestos por el efecto corruptivo del propio tráfico ilícito y los beneficios que reporta a todos sus partícipes.

La ausencia de cifras determinantes de cualquier naturaleza (legal o ilegal)⁽⁴⁴⁾ debido a la opacidad del propio mercado criminal, la negativa de no pocos países productores a facilitar casi cualquier dato⁽⁴⁵⁾ y la proliferación descontrolada de la oferta⁽⁴⁶⁾, obligan a trabajar con cifras estimativas que, según el documento objeto de consulta y la metodología empleada, varían ostensiblemente, añadiendo mayor dificultad si cabe al desarrollo de una pretendida visión analítica del fenómeno.

Este mercado no está exento de picaresca, especialmente en aquellos países donde la industria armamentística está sometida a una estricta regulación y control. No es difícil, por tanto, encontrar abundantes licencias comerciales y

¹⁴⁴ Actualmente, la información más fidedigna sobre el tráfico ilícito de armas se obtiene mediante las actividades de rastreo. El rastreo es el proceso por el cual la policía usa el número de serie de un arma recuperada en un crimen para seguir su rastro desde su manufactura hasta su primera venta. También es cierto que, si un comerciante de armas no tiene registros adecuados, el arma es prácticamente imposible de rastrear debido a problemas con el número de serie, la edad del arma, errores en los formularios o directamente, la ausencia de registros adecuados por parte del propio fabricante. No constituye en sí mismo una prueba de tráfico, pero puede revelar indicadores útiles como base para investigaciones posteriores.

¹⁴⁵ El Barómetro de Transparencia de 2010 de Small Arms Survey, identifica a Suiza, el Reino Unido, Alemania, Holanda y Serbia como los principales exportadores de armas ligeras más transparentes. Los exportadores menos transparentes son la Federación Rusa, Sudáfrica, Irán y Corea del Norte. España aumenta su calificación de 1,5 puntos y reemplaza a Estados Unidos en la lista de los 10 países más transparentes de este año. Accesible en http://www.smallarmssurvey.org/fileadmin/docs/Weapons_and_Markets/Tools/Transparency_barometer/SAS-Transparency-Barometer-2010.pdf.

¹⁴⁶ Por citar un ejemplo ilustrativo de que todo objeto es susceptible de falsificación y de que, sorprendentemente, las armas falsificadas gozan de una importante demanda, en 2004, el general Kaláshnikov demandó a Estados Unidos por haber adquirido fusiles AK-47 (modelo de su creación) pirateados para equipar a la policía iraquí. CHIVERS, C. J., «Who's Pirate: Russia Points Back at the US», en *New York Times*, 26 de julio de 2004, p.21. Demanda curiosa, si se tienen en consideración los precios irrisorios de las armas originales. Éstos son variables, oscilando entre 50 y 8.000 dólares, en función de su sofisticación. Las pistolas pueden variar de 50 a 150 dólares por un calibre 9 milímetros. Los precios también fluctúan de acuerdo con determinados factores: si el arma ya ha sido utilizada en actos delictivos, especialmente en homicidios (si está «caliente»), o si se encuentra «limpia». También hay otras modalidades diferentes a la compra-venta de armas, como la renta de éstas. ATWOOD, David; GLATZ, Anne-Kathrin y MUGGAH, Robert, Cambio de perspectiva: La dinámica de la demanda de armas, Documento Ocasional n° 18, Small Arms Survey, 2006.

transferencia de tecnología para soslayar la legislación vigente. Así, la empresa turca MKEK y la Fábrica de Artillería de Pakistán (POF), producen fusiles de asalto y metralletas con licencia de la alemana Heckler & Koch. Entre los beneficios industriales y comerciales que esta iniciativa representa para ambas partes, las armas fabricadas con esta licencia pueden venderse en países a los que la ley alemana prohíbe exportar directamente⁽⁴⁷⁾.

Consecuentemente, «se estima» que del cómputo total de armas ligeras fabricadas en el mundo legalmente, el 75% de ellas se encuentran, de facto, al margen del control estatal directo. Además, aproximadamente una tercera parte del total de armas producidas en un año son enviadas a países pobres o en vías de desarrollo, lo que lleva a sugerir que los costos globales por la utilización de las armas se concentran en los países con una capacidad limitada de asegurar condiciones de bienestar y gobernabilidad⁽⁴⁸⁾.

En resumen, la debilidad institucional para ejercer un control adecuado y efectivo de los arsenales estatales, la recurrente acusación de que existen altos niveles de corrupción en los ámbitos público y privado, la penetración del crimen organizado en las estructuras económicas y de poder, y la ausencia de controles adecuados que garanticen transparencia en la fabricación y venta del armamento, ofrecen un terreno propicio para la proliferación del comercio ilícito de armas.

Un mercado que no conoce fronteras y donde puede conseguirse prácticamente casi de todo, siempre que se disponga del suficiente potencial económico para asumir los precios. Las evidencias arrojan que hay clientes dispuestos a ello y que, además, poseen los medios pertinentes. No hay en el mundo ningún grupo insurgente, organización criminal, señor de la guerra o facción revolucionaria, que tenga problemas para conseguir las armas que necesita.

■ LEGISLACIÓN INTERNACIONAL Y BUENAS PRÁCTICAS PARA EL EJERCICIO DEL CONTROL DE LAS ARMAS LIGERAS

Apenas hace algunos años que comenzó a hablarse del gran costo de vidas humanas que se cobran, año tras año, las armas ligeras. La campaña Armas Bajo Control, encabezada por las organizaciones no gubernamentales OXFAM, IANSA y Amnistía Internacional, subraya el hecho de que cada minuto se pierde una vida humana víctima de un arma de fuego. Los estudios desarrollados por dichas organizaciones internacionales recogen un cálculo total de 650

⁽⁴⁷⁾ NAİM, Moisés, Op. Cit. p. 74.

⁽⁴⁸⁾ A Transnational Organized Crime Threat Assessment. United Nations Office on Drugs and Crime, UNDOC, Viena, 2010, pp. 129-149.

millones de armas pequeñas circulando por el mundo, de las cuales, casi el 60 por ciento en manos de civiles⁽⁴⁹⁾.

En relación con el tráfico ilícito, el comercio legal internacional representa uno de los focos de atención: se calcula que entre el 80 y el 90 por ciento de todas las armas pequeñas ilegales, provienen originalmente de transacciones aprobadas por los Estados. A lo que hay que sumar que, alrededor de un millón de armas pequeñas o ligeras se pierden o son robadas anualmente⁽⁵⁰⁾. Y a pesar de todo ello, por el momento no existe ninguna ley internacional lo suficientemente vinculante y exhaustiva, que controle la exportación de armas.

Aunque existen algunos tratados que regulan de manera regional o recogen criterios específicos que se deben tomar en cuenta respecto de las exportaciones de armas, éstos son insuficientes para ejercer un control efectivo. En este sentido, el Código de Conducta de la Unión Europea sobre Exportaciones de Armas⁽⁵¹⁾ es uno de los más avanzados en la materia, al tener previamente en consideración para la concesión de la autorización, el posible riesgo de que las armas sean utilizadas en acciones que vulneren los derechos humanos.

Los esfuerzos más significativos a nivel internacional son el Proceso de Montreal, iniciativa del gobierno canadiense que dentro de otras acciones contempla el control de las transferencias de armas ligeras y la Convención Marco sobre las Transferencias Internacionales de Armas de 1997, al objeto de impedir que las transferencias de armas alimenten los conflictos existentes o las violaciones a los derechos humanos.

Igualmente destacan los esfuerzos implementados en el seno de las Naciones Unidas. Cobra especial relevancia el Programa de Acción de las Naciones Unidas para Prevenir, Combatir y Erradicar el Tráfico Ilícito de Armas Pequeñas y Ligeras en Todos sus Aspectos (2001). Este programa es el fruto del reconocimiento y asunción por parte de la comunidad internacional del deber de atender el impacto negativo que la mala utilización y proliferación de este tipo de armas genera en términos humanitarios, socioeconómicos y en la estabilidad y

⁽⁴⁹⁾ Datos extraídos del Anuario Small Arms Survey 2010. Pandillas, Grupos y Armas. Instituto Superior de Estudios Internacionales y de Desarrollo. Ginebra, Suiza, 2010. Accesible en <http://www.smallarmssurvey.org/fileadmin/docs/A-Yearbook/2010/sp/Small-Arms-Survey-2010-About-2-Cover-sheet-SP.pdf>

⁽⁵⁰⁾ *Ibid.* Capítulo IV, Arsenales Escurridizos. Armas de Fuego en manos de Pandillas y Grupos Armados.

⁽⁵¹⁾ Boletín de la Unión Europea n° 6 – 1998, pág. 86. El 25 de mayo de 1998 el Consejo de Asuntos Generales, integrado por los Ministros de Asuntos Exteriores de la Unión Europea alcanzó un acuerdo político sobre el Proyecto de Código de Conducta. FERRER LLORET, Jaume, «La aplicación de medidas de embargo de armas adoptadas por la Unión Europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 6 (julio-diciembre) 1999, pág. 285.

paz de los países; sin obviar el derecho de los Estados de fabricar, importar y conservar armas de este tipo.

El Programa de Acción es bastante ambicioso. Busca desarrollar y fortalecer normas y medidas que permitan la coordinación internacional de acciones y esfuerzos en los planos nacional, subregional y hemisférico. Entre ellos se plantea la necesidad de recolectar y destruir armas ilegales, frenar su tráfico ilícito, regular la actividad de los intermediarios e introducir controles al comercio; todo ello mediante el establecimiento de reglamentos y procedimientos administrativos, así como procediendo a la tipificación de la elaboración, distribución y venta de armas de manera ilícita. Adicionalmente, contempla la verificación de las obligaciones contraídas por los Estados Miembros, el establecimiento de sistemas de información adecuados y la correcta administración de arsenales públicos y privados.

A pesar de su pretendido carácter omnicompreensivo, este programa sólo compromete políticamente a los Estados y no establece ningún tipo de sanción por su inobservancia.

Otro instrumento a destacar es el Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000)⁽⁵²⁾.

Dicho Protocolo operacionaliza y amplía el ámbito jurídico internacional de la regulación de las armas de fuego, en un contexto de lucha contra el crimen organizado. Su finalidad es promover, facilitar y reforzar la cooperación entre los Estados Parte con el propósito de prevenir, combatir y erradicar la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones. De igual forma, apoyar la investigación y el enjuiciamiento de los delitos tipificados, cuando sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado.

El Protocolo enfatiza la penalización de una serie de conductas entre las que se incluye la fabricación ilícita de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones; el tráfico ilícito; la falsificación o la obliteración, supresión o alteración ilícitas de la(s) marca(s) de un arma de fuego requerida(s). Además, cada Estado Parte está en la obligación de adoptar las medidas que sean necesarias para tipificar como delito determinado tipo de conductas como la organización, dirección, ayuda, incitación, facilitación o asesoramiento para la

⁽⁵²⁾ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. UNODC, Nueva York. 2004. Accesible en <http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>

comisión de un delito tipificado. Un aspecto a destacar es la disposición mediante la cual los Estados Parte adoptarán, de conformidad con su ordenamiento jurídico interno, las medidas necesarias para impedir que las armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que hayan sido objeto de fabricación o tráfico ilícito, terminen en manos de personas no autorizadas, en particular, mediante la incautación y destrucción de esas armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, a menos que se haya autorizado oficialmente otra forma de disposición segura.

Por otra parte, el Protocolo también legisla en materia de registros, marcación y desactivación de las armas de fuego, a la vez que establece los requisitos generales para sistemas de licencias o autorizaciones de exportación, importación y tránsito; las medidas de seguridad y prevención; mecanismos de información y cooperación y capacitación técnica entre los Estados.

En suma, persigue implementar todas las herramientas posibles tendentes a prevenir y mitigar las consecuencias que las armas ligeras ocasionan a nuestras sociedades, y que se expresan de manera concreta en índices inusualmente elevados de violencia y abrumadoras estadísticas de muertes violentas y lesiones. Los costes generados constituyen un lacerante gravamen para el desarrollo social y económico de muchos países. Además, las tendencias de violencia exacerbada impulsadas por el uso de armas ligeras conllevan la devaluación de la seguridad ciudadana y el deterioro del tejido social, originando un círculo vicioso de violencia, inseguridad, falta de inversión, improductividad y ausencia de competitividad, que incide directamente en la falta de cohesión social, el desarrollo y, en definitiva, arrastra hacia un déficit democrático.

Otras iniciativas sugeridas, unas de éxito variable y otras que no han visto momentáneamente su implementación a pesar de su relativa buena acogida son desde las ya tradicionales entrega y destrucción de armas (Campañas de Entrega Voluntaria de Armas), a cambio de alimentos o dinero, hasta otras más osadas como la prohibición del comercio de armas en zonas fronterizas, especialmente cuando existen legislaciones nacionales limítrofes altamente dispares y las propuestas de marcaje de la munición⁶³⁾, que se venda en exclusiva a

⁶³⁾ Si bien el buen funcionamiento de un arma durante décadas depende simplemente de su correcto mantenimiento, su utilidad depende de la producción y el suministro permanente de municiones. Por consiguiente, las transferencias internacionales de municiones para armas pequeñas y ligeras resulta tan importante como el del comercio de armas per se, a pesar de que hasta ahora haya recibido mucha menos atención por parte de los legisladores, y que en algunas áreas importantes, la información pública sea prácticamente inexistente. CATTANEO, Silvia y PARKER, Sarah, *Implementing the United Nations Program of Action on Small Arms and Light Weapons: Analysis of the National Reports Submitted by States from 2002 to 2008*, co-published with the UN Institute for Disarmament Research (UNIDIR), the UN Development Programme (UNDP), and the UN Department for Disarmament Affairs (UNDDA), 2008.

Fuerzas Armadas e Instituciones Policiales para evitar o, en su caso detectar, si éstas acaban siendo objeto de tráfico ilícito, como acontece a día de hoy en muchos países, ocasionado por la consabida corruptela imperante en las instancias de control social formal. No en vano, las municiones son el correlato del drama ocasionado por las armas, de ahí que sea conveniente regular su importación y uso.

A modo de colofón, un halo de esperanza. El 6 de diciembre de 2006, la Asamblea General de Naciones Unidas votó por primera vez en favor de trabajar hacia un «Tratado de Comercio de Armas» para proteger a los civiles de todo el mundo de la transferencia irresponsable de armas. Posteriormente, el **30 de octubre de 2009, ha pasado a ser** una fecha histórica: los principales exportadores de armas, y la mayoría de los países miembros de la ONU, apoyaron una resolución de la Asamblea General que dio **luz verde** a las negociaciones finales para elaborar un Tratado Internacional sobre el Comercio de Armas. Tras años de debate, por fin se ha acordado un calendario que **concluirá en el 2012** con una conferencia internacional en la que se debería aprobar el texto final del tratado⁽⁵⁴⁾.

■ LA ESCENA CRIMINAL INTERNACIONAL ¿TENDENCIAS REVERSIBLES?

198

Como ya se ha puesto de manifiesto, el crimen organizado transnacional no conforma un fenómeno monolítico sino que, más bien, presenta una faz poliédrica, compleja y multidimensional.

Su concepción como una relevante cuestión de seguridad internacional y el vaticinio de su creciente influencia futura se podrá cuestionar, pero no puede obviarse. Representa una amenaza directa y seria contra la seguridad tanto interior como exterior de los Estados. Atenta contra la seguridad humana, incrementa los costos del desarrollo, socava el Estado de Derecho y tiene graves y negativos efectos sobre la democracia, la seguridad, los derechos humanos y la paz. Consecuentemente, el principal elemento de preocupación radica en la determinación de las organizaciones criminales a lograr su arraigo a niveles estructurales, preferentemente políticos y económicos, aspirando a prevalecer como males sociales crónicos.

Frente a esta pretensión, la adaptabilidad criminal examinada a lo largo de este análisis demanda al menos la misma capacidad de adaptación de los instrumentos disponibles para garantizar la seguridad. Las agencias y organismos

⁵⁴⁾ Un acuerdo a muerte. Por un Tratado de Comercio de Armas urgente y efectivo. Informe de OXFAM Internacional. Accesible en http://www.intermonoxfam.org/UnidadesInformacion/anexos/11154/090930_AcuerdoaMuerte.pdf fecha de la consulta 10.03.2011

responsables de la persecución del delito deberán, por ende, desenvolverse en un escenario cíclico de reciclaje para evitar su obsolescencia.

El control de la delincuencia en general y de la criminalidad organizada en particular, debe considerarse parte de un proyecto más amplio de gobernanza mundial y, en este marco, el Estado desempeña un rol crucial. Por encima de toda controversia, el objetivo básico a alcanzar es evitar que las organizaciones criminales transnacionales se hagan cada vez más invulnerables a la fuerza del Estado. La clave reside en potenciar sus vulnerabilidades, combinando mecanismos preventivos y reactivos, con el fin de maximizar el aprovechamiento de sus debilidades.

En sintonía, cobra capital importancia el blanqueo de capitales. Su relevancia radica en que, además de constituir una importante modalidad de actividad criminal organizada en sí misma, es un mecanismo necesario para el éxito de todo crimen organizado. Si se consiguen atajar adecuadamente los canales de financiación, neutralizando sus estructuras destinadas a reconducir a la legalidad los beneficios ilícitamente obtenidos, se le asestará un golpe letal, no a un aspecto determinado de la red, sino a la red criminal en su esencia, en el mismo núcleo de su capacidad de funcionamiento.

Ante los nuevos retos, cabe reclamar nuevas respuestas, lo que ha provocado una línea ascendente de especialización de los instrumentos aplicables. El Estado, bien desde un prisma nacional como desde la óptica supranacional, detenta la capacidad suficiente para articular toda una suerte de medidas punitivas, preventivas e investigadoras. Cuestión distinta es la manifestación de las voluntades pertinentes para su desarrollo y ejecución.

Ningún país es invulnerable ante las redes transnacionales de delincuencia organizada. Por tal razón, si resulta ser objeto de profunda preocupación la creciente transnacionalización de las organizaciones delictivas, impidiendo *per se* a los diferentes gobiernos afrontar con eficacia la problemática en solitario, el fortalecimiento de la cooperación internacional desempeñará entonces un indubitado papel⁽⁵⁵⁾.

Realmente, el abanico de respuestas frente a la perniciosa actividad criminal transnacional puede ser tan amplio como se quiera, siempre que se conjugue la voluntad política para ello. Y su conversión en resultados concretos significará haber alcanzado dos difíciles objetivos previos a saber: comprender mínimamente el fenómeno «criminalidad organizada transnacional» e integrar las respuestas nacionales en las estrategias internacionales.

⁽⁵⁵⁾ SANSÓ-RUBERT PASCUAL, Daniel, «La actual escena criminal europea: breve radiografía», en Cuadernos de la Guardia Civil, n.º XXXV, 2.ª época, Madrid, Ministerio del Interior, 2007, pp. 47-61.

Éstas, en mayor o menor medida han dado sus frutos, plasmados en multitud de convenios relativos a la asistencia judicial, la colaboración policial, la reciprocidad y facilitación de extradiciones, la lucha en común en determinados ámbitos delictivos, especialmente en el tráfico de drogas, la trata de blancas, la inmigración ilegal, el blanqueo de capitales, la falsificación de moneda, el tráfico de armas y explosivos, entre los más destacados.

En líneas generales, todas ellas conjugan diversidad de enfoques, de entre los que destacan la respuesta articulada del Derecho penal mediante una reelaboración de las categorías dogmáticas tradicionales (teorías sobre autoría y participación), el adelantamiento de las barreas punitivas (delitos de peligro), la creación de tipos agravados, el aumento de la severidad de las sanciones y la profundización en la figura de pertenencia a asociación ilícita. Inclusive, la exigencia del cumplimiento íntegro de las penas, además de sanciones de carácter económico que eviten sustraer prácticamente intactos los patrimonios de los delincuentes a los efectos de la justicia.

De igual forma están dirigidas a la actualización de las técnicas procesales penales de investigación, así como de las policiales y de inteligencia⁽⁵⁶⁾. La tendencia en el ámbito político criminal comparado se inclina hacia transformaciones legislativas conducentes a una mayor permisividad en la utilización de técnicas de investigación preventiva y proactiva. Propuestas que se traducen en el patrón de las correspondientes legislaciones nacionales, en aras de lograr el mayor grado de homogeneización jurídica posible, facilitadora de una fluida cooperación internacional. El sustrato básico de tal asimilación es eminentemente pragmático: maximizar la eficacia de la lucha contra la delincuencia organizada transnacional mediante la puesta en práctica de una política criminal con pretensiones de globalización, que evite en la medida de lo posible cualquier resquicio legal a través del cual estas organizaciones delictivas puedan evadirse.

Profundizando en el ámbito de la inteligencia criminal, su desarrollo confiere ventajas nada desdeñables aún por explotar convenientemente. Como fundamento de la seguridad preventiva (*ante delictum*)⁽⁵⁷⁾, permite neutralizar los efectos negativos originados por la delincuencia, minimizando su impacto. A la sazón, la inteligencia criminal está llamada a cobrar singular trascendencia en la lucha contra el crimen organizado transnacional. No se trata de una opción, sino de una necesidad.

⁽⁵⁶⁾ SANSÓ-RUBERT PASCUAL, Daniel, «El papel de la información en la lucha contra la delincuencia organizada transnacional», en UNISCI Discussion Papers, n.º 12, octubre, Madrid, 2006. Accesible en <http://www.ucm.es/info/unisci>

⁽⁵⁷⁾ MONTERO GÓMEZ, Andrés, «Inteligencia prospectiva de seguridad», Documento de trabajo 24/2006, Real Instituto Elcano, octubre, 2006. Accesible en <http://www.elcano.org>

Conjuga un repertorio de capacidades para la acción, más allá de la mera obtención de indicios y pruebas. Posibilita la adopción de medidas de política criminal y de control social ajustadas a la realidad con el menor grado de incertidumbre posible, alejadas de informaciones intuitivas fundadas en la inseguridad percibida. Su versatilidad faculta el desarrollo de modelos de acción de naturaleza no sólo operativa, sino también de prospectiva estratégica⁽⁵⁸⁾ la utilización del conocimiento para la acción sobre futuros de riesgo, sobre la trayectoria o trayectorias presentes, que conformarán los escenarios y circunstancias temporalmente aún por determinar. Su finalidad: accionar los recursos de seguridad al objeto de reducir las oportunidades de ejecución de actividades ilícitas en contextos sociales concretos.

Dado el estado actual de la cuestión, todo indica que nos enfrentamos a una crisis de largo recorrido. La lucha contra la delincuencia organizada transnacional debe asumirse *sine die*. Resulta obvio que, a tenor de la dimensión alcanzada por el crimen organizado transnacional, «hoy el mundo es más pequeño para los delincuentes y más grande para los policías»⁽⁵⁹⁾. Los primeros han sabido adaptarse mejor a las condiciones espacio temporales vigentes y las agencias de seguridad y las policías, se han visto impelidos a expandir geográficamente sus investigaciones, ampliándolas cada vez a localizaciones más distantes. Tanto es así, que los principales ejercicios de prospección de futuro, coinciden en que continuará esta expansión mundial durante las primeras décadas del presente siglo⁽⁶⁰⁾.

■ BIBLIOGRAFÍA

- Amnistía Internacional y Oxfam (2003). *Vidas destrozadas: la necesidad de un control estricto del comercio internacional de armas*. Campaña Armas bajo Control. Colibri Press Ltd, Hackney
- BERDAL, Mats y SERRANO, Mónica (comps.) (2005), *Crimen transnacional organizado y seguridad internacional. Cambio y continuidad*. México D.F. Fondo de Cultura Económica, pp. 62-85.

⁽⁵⁸⁾ SANSÓ-RUBERT Pascual, Daniel, «Inteligencia criminal. Retos y oportunidades para la acción frente a la delincuencia organizada», en VELASCO, Fernando; NAVARRO, Diego y ARCOS, Rubén (eds), *La inteligencia como disciplina científica*. Madrid, Plaza y Valdés-Ministerio de Defensa, 2010, p.191-204.

⁽⁵⁹⁾ ARANDA GUERRERO, Francisco J., «Globalización y crimen transnacional: análisis situacional y perspectiva de futuro», en *Globalidad y delincuencia. Prevención y respuestas*, Madrid, Publicaciones de la Fundación Policía Española, Colección Estudios de Seguridad, p. 64.

⁽⁶⁰⁾ Ver NIC. 2000. *Global Trends 2015. A Dialogue About the Future With Nongovernment Experts*. Washington: National Intelligence Council.

- BRIGAGAO, Clovis (2006). *O CONTROLE DAS ARMAS DE FOGO E MUNIÇÕES NO BRASIL*. Proyecto: Armas Pequeñas y Livianas: Una Amenaza a la Seguridad Hemisférica. FLACSO
- BRIOSCHI, Carlos Alberto (2010). *Breve historia de la corrupción. De la Antigüedad a nuestros días*. Madrid, Taurus.
- CANO, Ignacio (2006). *El impacto de las armas en el desarrollo*. En Carballido, Armando (compilador).
- COSS, Magda (2005). *Armas Pequeñas y ligeras: Caso México*. Campaña Armas bajo Control- Oxfam. Oxfam Internacional, México D.F.
- FERNÁNDEZ Steinko, Armando (2008). *Las pistas falsas del crimen organizado. Finanzas paralelas y orden internacional*. Madrid. Libros de la Catarata.
- FIJNAUT, Cyrille (2000). «Transnational crime and the role of the United Nations in its containment through international cooperation: a challenge for the 21 st. century». *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* nº 8.
- FORGIONE, Francesco (2010). *Mafia Export*, Barcelona, Anagrama.
- GAYRAUD, Jean-François (2007). *El G9 de las mafias en el mundo. Geopolítica del crimen organizado*, Barcelona, Urano, colección Tendencias.
- WILLIAMS, Phil y GODSON, Roy «Anticipating organized and transnational crime», *Crime, Law and Social Change*, vol. 37, No. 4 (2002).
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, José Julio y SANSÓ-RUBERT Pascual, Daniel (2010). «El recurso constitucional a las Fuerzas Armadas para el mantenimiento de la seguridad interior. El caso iberoamericano», en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, número 128, mayo-agosto, pp. 737-760.
- ROJAS ARAVENA, Francisco (2006). *El Crimen Organizado Internacional: una grave amenaza a la democracia en América Latina y el Caribe*. II Informe del Secretario General de FLACSO. San José: FLACSO – Secretaría General.
- SÁNCHEZ GARCÍA de PAZ, Isabel (2005): *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*. Madrid. Dykinson/Ministerio del Interior.
-

- SANSÓ-RUBERT Pascual, Daniel (2008). «Criminalidad organizada transnacional y seguridad internacional». En Fernández Rodríguez, J. J., Jordán, J., y Sansó-Rubert Pascual, D. (Eds.); *Seguridad y Defensa hoy. Construyendo el futuro*. Madrid. Plaza y Valdés Editores.
- SANSÓ-RUBERT Pascual, Daniel (2010). «Inteligencia criminal. Retos y oportunidades para la acción frente a la delincuencia organizada», VELASCO, F.; NAVARRO, D. y ARCOS, R. (eds). *La inteligencia como disciplina científica*, Madrid, Plaza y Valdés-Ministerio de Defensa, pp.191-204.
- SHELLEY, Louis (2005). «La Trinidad No Santa: Delincuencia Transnacional, Corrupción y Terrorismo»; publicado originalmente en el capítulo XLII de la *Brown Journal of World Affaire*
- BURROWS, Gideon, *El negocio de las armas*, Intermon Oxfam, Barcelona, 2003.
- WIEBE, Douglas J., *Firearms Injury Center at Penn (FICAP)*, Universidad de Pennsylvania (2003).
- FISAS ARMENGOL, Vicenç, *Adiós a las armas ligeras. Las armas y la cultura de la violencia*, Barcelona: Icaria-Más Madera, 2000.
- GODNICK y VÁZQUEZ, *Control de las Armas Pequeñas en América Latina*, SERIE AMÉRICA LATINA NO. 1, International Alert – Programa de Seguridad y Construcción de Paz.
- GODNICK, MUGGAH y WASZINK, *Balas perdidas: el impacto del mal uso de armas pequeñas en Centroamérica*, IANSA Small Arms Survey, Junio 2003.
- HILLIER y WOOD, *Vidas destrozadas. La necesidad de un control estricto en el comercio internacional de armas*, Informe de la campaña Armas Bajo Control. Amnistía Internacional e Intermon Oxfam, 2003.
- LUMPE, Lora, *Tráfico de Armas: El mercado negro mundial de armas ligeras*, Ed. Intermon Oxfam, Barcelona, 2004.
- COCKAYNE, J. y PFISTER, D. (2008). *Peace Operations and Organised Crime. GCSP Geneva Papers 2*. Geneva Centre for Security Policy.
- DORDEVID, S. (2009). *Understanding transnational organized crime as a Security threat and Security Theories. Carl Schmitt and Copenhagen School of Security Studies*, 13, 39-52.
-

Daniel Sansó-Ruberi Pascual

Criminalidad organizada y tráfico ilícito de armas ligeras. Repercusiones en el ámbito de la seguridad internacional

WILLIAMS, Phil (2009). *Criminal, Militias and Insurgents: Organized Crime in Iraq*. Carlisle: Strategic Studies Institute.