

RESPUESTA DEL ESTADO DE DERECHO FRENTE AL CRIMEN TRANSFRONTERIZO

Rocío Zafra Espinosa de los Monteros
Recibido: Septiembre 26 de 2013
Aprobado: Octubre 10 de 2013

RESUMEN

El fenómeno del crimen organizado no es nuevo, sin embargo, su incremento cualitativo y cuantitativo, lo hacen altamente peligroso. Las nuevas formas de organización así como la profesionalización y alta cualificación de algunos de sus miembros hacen que sus actuaciones sean altamente lesivas para los Estados, sobre todo, en lo que hace a la protección de sus ciudadanos. No obstante, para la lucha contra este fenómeno criminal no vale todo. La erradicación de las organizaciones criminales y captura de sus responsables, no puede realizarse a toda costa. Es necesario que el Estado respete las reglas del juego. Es decir, es necesario que la actuación del Estado respete las reglas de legalidad, proporcionalidad y acatamiento de los derechos fundamentales.

Palabras Clave: Crimen organizado, Estado, derechos fundamentales, investigación encubierta.

STATE OF LAW RESPONSE TO TRANSBORDER CRIME

ABSTRACT

The phenomenon of organized crime is not new. However, the qualitative and quantitative growth, make it highly dangerous. The new forms of organization as well as of professionalization and high qualifications of some of its members make their actions highly harmful for the States, especially in regard to the protection of their citizens. However, not everything is acceptable to combat this criminal phenomenon. The eradication of criminal organizations and capture of those responsible cannot be done at all costs. It is necessary that the state respects the rules of the game. That is, it is necessary for the performance of the State to respect the rules of legality, proportionality and recognition of fundamental rights.

Key words: Organized crime, State, fundamental rights, hidden research

* Artículo producto de investigación en el marco del Proyecto I+D: Defensa y garantías del imputado. Aspectos internos y comunitarios. Proyecto del Ministerio de Educación de España.

** Profesora de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de Madrid. Licenciada en Derecho, Máster en Mediación, Negociación y Resolución de Conflictos de la Universidad Pablo de Olavide. Doctora en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid.

1. Introducción

El Estado de Derecho está caracterizado por un fuerte arraigo al sistema de garantías que asisten a todos los ciudadanos. Y es, desde el reconocimiento de este sistema de garantías desde donde el Estado debe buscar las herramientas suficientes para luchar contra todo tipo de criminalidad.

Aunque con el paso de los años, la criminalidad organizada ha adquirido una importancia relevante en la política criminal de todos los Estados, lo cierto es que este fenómeno delictual ya estaba presente hace años. La aparición en el panorama delictivo de las mafias (que fundamentalmente agrupaban en torno a un clan familiar) dotó a esta delincuencia de un *plus* de peligrosidad tanto para la sociedad como para las propias instituciones estatales.

Sin duda, y como desarrollaremos más adelante, la sofisticación que alcanzan las organizaciones criminales la hacen mucho más peligrosa y de difícil represión. Perjudica notablemente a los ciudadanos, que le produce una gran sensación de miedo y zozobra por la actuación violenta e indiscriminada de las organizaciones; y cómo no, al Estado porque la acción delictiva y sus resultados hacen que los pilares del Estado de Derecho se tambaleen.

No obstante, ha quedado demostrado que los tradicionales métodos de investigación y represión que en nuestro Estado de Derecho se regulan, se presentan insuficientes frente a este tipo de criminalidad. Por ello, hay que buscar mecanismos que permitan una investigación y represión eficaz del crimen organizado y siempre dentro del respeto por las garantías fundamentales.

Actualmente, la criminalidad organizada lleva aparejada una proyección internacional. En este sentido, es necesario fortalecer la cooperación penal, judicial y policial que conduzca a hacer frente a su devastadora actuación. Además, la falta de armonización de las legislaciones internas de los Estados, permite que las organizaciones, o mejor dicho, sus miembros, sean capaces de eludir la acción de la justicia.

En el ámbito de la Unión Europea, el fortalecimiento de la cooperación penal- tanto judicial como policial- ha venido de la mano del Tratado de Lisboa. La entrada en vigor del mismo- en diciembre de 2009- ha conllevado la promulgación de la carta de los derechos fundamentales; la comunitarización del tercer Pilar; el refuerzo de Eurojust- órgano para la coordinación de la cooperación judicial en materia penal- atribuyéndole nuevas tareas; y la asignación de atribuciones a la Fiscalía Europea.

Sin embargo, determinadas conductas delictivas propias de la criminalidad organizada (como por ejemplo, la trata de personas), no se centran en el mercado europeo sino que expanden sus mercados a países de América Latina. En este sentido, sería necesario el establecimiento o en su caso, la consolidación

de los lazos de cooperación entre los Estados afectados, ya sean miembros de la Unión o no. En este sentido, hay que hacer referencia a la existencia de una institución, la Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional, compuesta por 22 países miembros de la comunidad iberoamericana en los que se incluyen España y Portugal y a la que nos referiremos con mayor profundidad más adelante

De la misma forma, en el seno de la COMJIB- Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos- se han firmado algunas recomendaciones tendentes a hacer frente, más eficazmente, al crimen organizado. Concretamente, un reto conseguido es el Convenio de Extradición simplificado, firmado por cuatro países que se convierten en cabecillas de los Estados que conforman esta institución y que suponen la adopción del principio de reconocimiento mutuo.

2. ¿QUÉ ES LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA?

Dar una respuesta eficaz para frenar este fenómeno criminal, es difícil. Sobre todo, si tenemos en cuenta la imprecisión conceptual que existe sobre el tema de la criminalidad organizada. Es por ello, por lo que para poder adaptar las políticas criminales que permitan luchar contra este fenómeno, es necesario conocerlo. Además, es imprescindible que desde todas las instituciones se avance en el concepto de crimen organizado puesto que solo de esta forma puede reaccionarse contra un fenómeno tan grave y evitar que los delincuentes se aprovechen de los resquicios del sistema jurídico (Anguita, 2010).

De esta forma, se puede afirmar que las organizaciones criminales pueden ser definidas de muchas maneras, se les pueden atribuir muchas características, pero, no cabe duda que los entramados organizativos tienen gran capacidad de adaptación a todas las transformaciones sociales, económicas, políticas y jurídico penales. En este sentido, en proporción con lo que cuesta a los Estados, a las organizaciones criminales no les supone ningún esfuerzo la adaptación a los cambios que le permitan eludir la acción de la justicia.

Como dijimos, la criminalidad organizada no es un movimiento nuevo, pero en los últimos años sí ha sufrido una importante transformación tanto cualitativa como cuantitativa que lo hace más fuerte frente a las herramientas utilizadas por los Estados. Esta transformación es el resultado del proceso de globalización producido en la sociedad del Siglo XX (Rueda, 2005). Además, en el ámbito de la Unión, un factor determinante para la evolución de la delincuencia organizada, es la supresión de fronteras inferiores que permitía la fácil movilidad de los responsables criminales y de las mercancías, efectos u objetos del delito.

El crimen organizado actual, es capaz de poner en entredicho la seguridad nacional de un Estado y la sociedad democrática. (Albrecht, 200, p.87).

Asimismo, otro factor que hay que tener presente y que incrementa los perjuicios ocasionados por el crimen organizado, es la transnacionalización. Pueden existir dos modalidades de transnacionalización: por un lado, que la actividad delictiva se expande en más del territorio de un Estado; y por el otro, la existencia de alianzas entre entramados organizativos para repartir cotas de mercados y mercancías¹.

Con independencia de todo ello, la criminalidad organizada tiene una serie de características generales: la capacidad de adaptación a las condiciones propias del entorno, explotando las limitaciones y posibilidades de los diferentes países donde actúa; adecuación a las nuevas tecnologías; gran movilidad y expansión; y aprovechamiento de los factores sociales que le sean propicios. (Rueda, 2005).

Antes de la entrada en vigor del nuevo texto penal, España consideraba la existencia de una organización criminal, cuando actuaban más de dos personas con una cierta estructura y permanencia. Esta definición la proporcionaba la Ley de Enjuiciamiento Criminal –LECrim- al hilo de la regulación de la actuación de un agente encubierto- medida de investigación «especial» por suponer un *plus* de injerencia en el sistema de garantías de las personas investigadas-. No obstante, este concepto no distinguía entre “tres hermanos que introducen un alijo de cocaína para financiar su consumo familiar, como un imperio económico jerarquizado dotado de un poderoso ejército privado. [cursiva fuera de texto]”. (Fernández, 2008).

Por ello, es necesario diferenciar entre organización criminal, grupos criminales y codelincuencia. En este sentido, estaremos ante una manifestación de criminalidad organizada, cuando se den una serie de presupuestos necesarios, entre los que se encuentran: número de personas- que según la redacción actual del Código Penal, tiene que ser más de dos-; estabilidad; actuación coordinada y; el reparto de tareas- jerarquía-. A falta de algunos de estos requisitos, se puede hablar de grupo criminal. Además, una importante novedad que en este sentido, ha incorporado el Código Penal es la configuración del tipo como delito de peligro abstracto, lo que supone, en este caso, que la asociación criminal no haya cometido delitos previos para su consumación, sino que tenga como fin la consumación futura de delitos. (Rivero, 2011).

Es evidente que el perjuicio que puedan ocasionar estos grupos criminales no es de la misma magnitud que los entramados organizativos y, por tanto, la respuesta penal no puede ser la misma. Ya de menor peligrosidad en su actuación delictiva, se encuentra la codelincuencia que consiste en la reunión de personas que de común acuerdo cometen un delito. (Muñoz, 2011). Esta

¹ Tal y como establece ANARTE BORRALLO (1999, p. 31 y ss) *Conjeturas sobre la delincuencia organizada*, el concepto de crimen organizado se sustenta sobre tres elementos imprescindibles: un elemento estructural; otro referido a la finalidad; y por último, el elemento temporal.

diferenciación, ha sido plasmada por la modificación introducida en el Código Penal mediante la Ley Orgánica 5/2010².

Otro de los perjuicios para el Estado que subyacen en la existencia de las organizaciones criminales, se refiere a la cobertura que proporcionan las actividades empresariales lícitas para abrir las vías a los productos ilícitos derivados del delito, es decir, el blanqueo de capitales. Esta acción delictiva está ligada, estrechamente, con la delincuencia organizada ya que obtiene importantes beneficios económicos que debe limpiar para borrar su origen delictivo. (Blanco, 2001).

En este sentido y para contrarrestar el riesgo que conlleva la penetración de las organizaciones criminales en los sistemas financieros (a través del blanqueo de capitales), incentivó una acción internacional coordinada contra esta acción delictiva, en torno a tres ejes: reducción de espacios de opacidad, cooperación interdisciplinar en las investigaciones y la aplicación de métodos avanzados de inteligencia financiera. (Martín, 2004, p. 28).

De este modo, tras las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera (GAFI), se promulgó, en el marco de la Unión³, la Directiva que establece un marco general que ha de ser transpuesto y completado por los Estados. Así lo ha hecho España, mediante la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales de la financiación del terrorismo.

Se habla de la sofisticación de la criminalidad organizada, que la hace, si cabe, más peligrosa para garantizar la seguridad de los ciudadanos. Esta sofisticación, en cada medida, se debe al avance de las nuevas tecnologías que son aprovechadas por las organizaciones criminales para delinquir con una mayor facilidad- ya sea porque las utilizan como medios de comunicación, para obtener información sobre las actividades que desarrollarán (Uriarte Valiente, 2008) o bien como *modus operandi* de la acción criminal⁴ - y que esas actuaciones queden impunes. Precisamente debido a la utilización de teléfonos móviles para la realización de determinadas acciones criminales, amparándose en el anonimato que permitía el manejo de tarjetas prepago, se adoptó en 2007, la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicación. Esta Ley establece la obligación de los operadores de telecomunicaciones de retener determinados datos generados o tratados por los mismos. Además, se introduce

2 En el mismo sentido, se ha pronunciado la jurisprudencia que establece la necesidad de marcar estándares que permitan distinguir entre organización criminal y codeincuencia: "cualquier red estructurada, sea cual fuere la forma de estructuración, que agrupe a una pluralidad de personas con una jerarquización y reparto de tareas o funciones entre ellas y que posea una vocación de permanencia en el tiempo" (Tribunal Supremo. 2005, RJ 7684/808).

3 Es indudable, como se ha hecho alusión anteriormente, que el riesgo de blanqueo de capitales en el ámbito de la Unión, se incrementa, debido- tal y como ocurre con las actuaciones de los entramados organizativos- a los principios de libre circulación de personas, bienes, servicio y capitales. (Blanco Cordero, 2001).

4 Debemos recordar en este momento, los ataques terroristas acontecidos el 11 de marzo de 2004 en Madrid. Este ataque terrorista se realizó a través de la detonación de una serie de artefactos explosivos mediante la utilización de teléfonos móviles.

la necesidad de que los vendedores de teléfonos móviles identifiquen a los adquirentes de telefónica mediante tarjetas de prepago (Magro, 2011), lo que evitaría la comisión de delitos mediante estos dispositivos y bajo el anonimato de su identidad.

Igualmente, nuevas conductas criminales realizadas a través de Internet, fundamentalmente, estafas o fraudes económicos, son un campo explorado y utilizado por las organizaciones que expanden su ámbito de actuación.

No obstante, la sofisticación de los delincuentes y de las técnicas delictuales, no parece ser el único problema que incrementa el riesgo en la actuación de las organizaciones criminales. Es evidente que los miembros del entramado atesoran un altísimo nivel de preparación, pero es importante tener en cuenta, el canal de financiación del que disponen estos entramados organizativos para poder actuar. (Espina & Carbajosa, 2009).

Fundamentalmente, hay que tener en cuenta que una fuente de financiación de las actividades delictivas, quizás la más importante, proviene de los fondos conseguidos de los negocios ilegales. Y en este sentido, es importante que los Estados y sobre todo, las autoridades de represión penal, aúnen esfuerzos y trabajen para poder bloquear todas las fuentes de financiación de estas organizaciones criminales que se revisten de legalidad para, además de blanquear las ganancias provenientes de ilícitos penales, poder seguir actuando en el panorama delictivo.

Del mismo modo, el uso de las nuevas tecnologías por las organizaciones criminales hace que exista una mayor opacidad entre los miembros de la organización. Es decir, la utilización de identidades virtuales garantiza a los miembros situados en la cúpula del entramado ser desconocidos para el resto de miembros lo que provoca que en el caso de que estos últimos sean aprehendidos por la policía, no puedan dar ninguna información acerca de la identidad de los dirigentes.

No podemos olvidar que el uso de la red también está siendo utilizado para la comisión de conductas delictivas como la pornografía infantil o la prostitución infantil, duramente penada por todos los Estados. Esta situación se encuentra con un importante *handicap*, ya que, si es difícil definir y probar la existencia de una organización criminal en el mundo real, más complicado resulta si nos encontramos en la red. No obstante, la Jurisprudencia ha sabido cómo solucionar esta encrucijada. De este modo, la Sentencia del Tribunal Supremo (RJ/2005/879) del 10 de diciembre de 2004, ha venido a definir la organización criminal a través de la red como: “Una pluralidad de usuarios que, coincidentes en ese «lugar de encuentro» virtual, coordinan sus acciones para potenciar las posibilidades de éxito de la acción delictiva”⁵.

5 Por su parte, Uruarte Valiente, establece que según la Jurisprudencia del TS, serán dos los requisitos necesarios para considerar un grupo delictivo “virtual”: La utilización de internet para el desarrollo de la acción delictiva; y la existencia de reglas de comportamiento del grupo.

Hasta el momento, son algunas operaciones que se han desarrollado con éxito y que han logrado la desarticulación de importantes organizaciones dedicadas a la pornografía infantil.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que una de las características que hace más peligrosas a los entramados organizativos es la transnacionalidad. Sobre todo, por las alianzas surgidas entre diferentes grupos criminales que hacen que se extienda su ámbito territorial de actuación, así como las actividades delictivas que habitualmente perpetran.

Así, junto con factores de la globalización y la sociedad postindustrial que influyen en el surgimiento y crecimiento del crimen organizado en todo el mundo, en el ámbito de la Unión Europea, hay que unirles la determinación de la libertad de circulación de capitales, mercancías, personas, es decir, la liberalización de las fronteras, además de ayudar a la expansión y seguridad de las sociedades resulta acuciar más el problema de la delincuencia organizada ya que esa libertad favorece la actuación de las organizaciones criminales sobre todo las relativas al tráfico de personas, de sustancias estupefacientes, de armas y a organizaciones terroristas.

Esta es la razón fundamental de por qué la lucha contra la criminalidad organizada transnacional o internacional requiere un gran esfuerzo por parte de los Estados (al objeto de este estudio, los Estados de la Unión Europea) que deben dejar atrás la idea clásica de soberanía territorial para abrirse a la incorporación de nuevas técnicas de cooperación. Una lucha eficaz supone una unión en los esfuerzos de las autoridades policiales y judiciales encargadas de la represión penal. No obstante, este esfuerzo debe ir acompañado por un reconocimiento en la legislación interna de cada uno de los Estados para que lo que se haga en aras a la represión de la lucha organizada no sea ineficaz allá donde debe validarse. Es decir, se requiere para la eficaz represión del crimen organizado en el ámbito de la Unión Europea una armonización de legislaciones tanto en el ámbito procesal como penal que vea recompensado el esfuerzo realizado.

3. HERRAMIENTAS PARA HACER FRENTE AL CRIMEN ORGANIZADO

Aunque la política criminal debe incluir medidas tendentes a la prevención, investigación y represión de las acciones delictivas, en este epígrafe, centraré mi atención tan sólo en las dos últimas como herramientas eficaces para hacer frente a la criminalidad organizada ya que sólo conociendo las características y condicionantes que rodean al fenómeno, se puede diseñar una eficaz política de prevención capaz de frenar el devastador prejuicio que está ocasionando la criminalidad organizada.

Está claro, que las herramientas que se utilicen para hacer frente al crimen organizado, no pueden suponer un retroceso en el sistema de garantías que

tantos años nos ha costado conquistar. No obstante, lo que resulta evidente es que los tradicionales medios de investigación resultan ineficaces frente a este tipo de criminalidad. Es por ello, por lo que desde el Estado de Derecho se tienen que buscar técnicas que por un lado, salven las posibles injerencias en el sistema de garantías de los ciudadanos y por el otro, que sean plenamente eficaces frente a la criminalidad organizada.

La primera respuesta que debe dispensar el Estado frente a la criminalidad organizada es la adaptación de la normativa a la realidad social existente ya que en caso contrario, se corre el riesgo de crear parcelas de impunidad. (Muñoz, 2011). En este sentido, el propio preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, señala la incapacidad de algunos tipos delictivos, como de delito de asociación ilícita, para responder adecuadamente a los diferentes supuestos que acontecen en la realidad.

El nuevo marco legal de las organizaciones criminales permite que se lleve a efecto lo que durante años ha sido reclamado: que los dirigentes de las organizaciones criminales puedan ser penados como autores aunque no ejecuten directamente los hechos delictivos. (De la Cuesta Arzamendi, 2001; Rivero, 2011). Esta aportación supone un paso de gigantes para la lucha contra el crimen organizado ya que a partir de este momento la organización criminal no se podrá constituir como un velo que impide llegar a los verdaderos responsables criminales y sobre los que descansa la ideología que pone en marcha la organización criminal. (Magro Servet, 2008).

Es más, en el artículo 570 quáter del nuevo Código Penal, establece que aquellos miembros de la organización que hayan abandonado de manera voluntaria la acción delictiva y colaboren activamente con las autoridades de represión penal, se les podrá imponer la pena inferior en uno o dos grados⁶.

Además de las herramientas investigadoras que se pueden utilizar para hacer frente a la criminalidad organizada, debemos prestar nuestra atención en otras cuestiones procesales relativas a los órganos judiciales competentes en la causa. La reforma del Código Penal, ha introducido el criterio puesto de relieve por la Jurisprudencia, tendente a otorgar la competencia a los juzgados sitos en alguno de los lugares donde la organización criminal haya desarrollado alguna actividad delictiva. Y ello con independencia de que la organización se haya constituido, esté asentada o desarrolle su actividad en el extranjero, tal y como se manifiesta en el artículo 570 quáter Código Penal.

Hay autores, que opinan que conjuntamente con la aportación del Código Penal a la que hemos hecho referencia, es necesario innovar la estructura de la

⁶ Esto supone una importante novedad ya que con la antigua redacción, tan sólo era posible apreciar esta atenuante en los casos de tráfico de drogas y terrorismo. Ahora, la disposición establecida en el precepto mencionado, se aplicará a todas las conductas delictivas asociadas a las organizaciones criminales.

organización judicial y crear los Juzgados contra la delincuencia organizada situados en las provincias. (Velasco, 2008; Magro, 2008).

Entre estos mecanismos nos encontramos con la figura del agente encubierto y la entrega y circulación vigilada de drogas.

No obstante, no se pueden perder de vista, una de las tareas más importantes para la lucha contra el crimen organizado, que en los últimos años se ha ido perfeccionando: la información e inteligencia. El aumento de estas labores entre los Estados repercute en una mayor eficacia en la lucha contra el crimen organizado. (Pérez, 2007).

En cuanto a las labores de información e inteligencia, hay que destacar su importante papel para hacer frente a la criminalidad organizada. Tradicionalmente, estas labores se han desarrollado a través de las relaciones bilaterales entre los servicios de información competentes de los diferentes Estados requirentes y requeridos.

En la actualidad, estas labores, además de los servicios nacionales, cuentan con importantes agencias a nivel supraestatal que permiten una mejora en el éxito de la actividad de inteligencia. Así, las oficinas de EUROPOL, INTERPOL son las referencias de estas labores tan importantes para la lucha contra la criminalidad organizada. En España, como oficina de evaluación de la amenaza del crimen organizado especializada en las labores de información e inteligencia, se encuentra el Centro de Inteligencia contra el Crimen Organizado (CICO).

El CICO es dependiente de la Secretaría de Estado del Ministerio del Interior. Su función principal se centrará en la creación de una base de datos estratégicos que permitan conocer los datos relativos al país de origen, la ruta que se utiliza para el transporte, el *modus operandi* del grupo criminal, en definitiva, toda la información relativa para lograr la prevención de futuras conductas delictivas.

Entrando en las herramientas concretas que las fuerzas de represión penal pueden utilizar, nos encontramos con algunas medidas limitativas de derechos fundamentales y otras que no lo son pero a las que se cuestiona su validez.

Entre las primeras, podemos encontrar las diligencias de entrada y registro domiciliario, intervención de comunicaciones. El problema, es que estas no se han demostrado suficientes, por sí solas, para la investigación y represión de las organizaciones criminales. Por ello, se introducen en los ordenamientos medidas tendentes a perfeccionar la acción investigadora, adoptando diligencias aptas para la lucha contra esta peligrosa delincuencia organizada.

El problema de estas medidas es que pueden suponer un *plus de lesividad*, en el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas investigadas. No

obstante, es necesario advertir que estas medidas cumplen con todos los parámetros de la legalidad y proporcionalidad. Es decir, que la limitación del derecho fundamental está legitimada por el Estado de Derecho siempre que se desarrollen dentro de los parámetros que la ley establece.

Como apunté con anterioridad, el Estado de Derecho ha tenido que adoptar medidas que pudieran hacer frente a la criminalidad organizada. Medidas, en las que puede entenderse que exista una mayor injerencia en el sistema de garantías.

La práctica policial, y para la investigación de determinados delitos circunscritos a la criminalidad organizada, como los delitos de tracto sucesivo, nos revela la utilización de la figura del confidente o arrepentido. Estos dan información relevante acerca de la realización de determinadas conductas y, sobre todo, información de los integrantes de los entramados organizativos.

No obstante, esta figura no está exenta de problemas. El mayor de todos, es el relativo a la virtualidad probatoria de la información ofrecida por los mismos. La solución ha sido entender que las informaciones que ofrecen los confidentes, tan sólo pueden servir para realizar gestiones policiales para comprobar su veracidad. Ni siquiera, por sí sola podría utilizarse como indicios para la adopción de medidas limitativas de derechos fundamentales. Igualmente, se ha pronunciado la Jurisprudencia al establecer (Tribunal Constitucional Sent. 184, 2003):

(...) no es por sí mismo fuente de conocimiento de los hechos que relata, sino que, en virtud de su propio carácter anónimo, ha de ser objeto de una mínima investigación por la policía a los efectos de corroborar, al menos en algún aspecto significativo, la existencia de los hechos delictivos y la implicación de las personas a las que en el mismo se atribuye su comisión.

Otra de las herramientas dispuestas legalmente y circunscritas a la lucha de la criminalidad organizada son las investigaciones encubiertas. Como se apuntó, estas comprenden: la actuación de un agente encubierto, la entrega y circulación vigilada de drogas y la tecnovigilancia. En estas investigaciones, el Estado se infiltra en la vida de las personas investigadas, de forma subrepticia para poder lograr información acerca del *iter criminis*.

De las tres diligencias que comprenden las investigaciones encubiertas, parece que la más dudosa es la infiltración policial. Dudosa porque su desarrollo supone la mayor injerencia en el sistema de garantías de las personas investigadas ya que la infiltración policial, supone que un miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, perteneciente a la Policía Judicial, entra, bajo el uso de una identidad ficticia, en el entramado organizativo. Mediante el uso de esa identidad, el policía infiltrado mantiene relaciones de confianza con los miembros de la organización y desarrolla actuaciones que de conocerse su verdadera identidad, no hubiera podido realizar.

Con esta actuación, que debe desarrollarse siempre bajo el control judicial, el agente infiltrado tiene la posibilidad de acceder a información relevante para la investigación, que de no ser por su actuación engañosa, no hubiera podido tener.

Aunque pueda suponer una afectación mayor en el sistema de garantías, la infiltración policial cuenta con la habilitación legal y su utilización queda circunscrita únicamente a la investigación de la criminalidad organizada. Sin embargo, la regulación que le dispensa el artículo 282. bis LECrim parece parca, dejando en manos del agente infiltrado algunas decisiones que pueden repercutir, no sólo en el buen éxito de la investigación, sino en la propia integridad del agente.

Al infiltrado, se le permite actuar bajo el uso de la identidad supuesta en todas las operaciones que deba desarrollar en el tráfico jurídico y social y que tengan que ver con la finalidad de la investigación; transportar los efectos del delito y diferir la incautación de los mismos.

Además, la LECrim, prevé la posibilidad de que el infiltrado tenga que desarrollar algunas actuaciones que puedan limitar derechos fundamentales. En estos casos, conforme a la legislación vigente deberá seguir las previsiones legalmente establecidos para cada una de ellas. Estos casos deben entenderse que van más allá del propio uso de la identidad supuesta pues en caso contrario, es incongruente con el propio sentido de la infiltración policial- piénsese en las entradas por invitación a domicilio o lugares asimilados a ellos; las conversaciones similares a interrogatorios donde se ven limitados el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio o el derecho de defensa-.

Otra de las investigaciones encubiertas que se han puesto de manifiesto y merecen ser desarrolladas, aunque muy brevemente, es la circulación y entrega vigilada prevista en el artículo 263.bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Esta medida de investigación, que se incorporó en nuestro ordenamiento jurídico en 1992, quedaba circunscrita únicamente al tráfico de drogas y otras sustancias psicotrópicas. Sin embargo, con el propósito de mejorar la acción investigadora, en 1999, puede ser utilizada tanto para el tráfico de drogas como para otras actividades ilícitas graves.

El propio artículo 263.bis 2 de la LECrim entiende por circulación y entrega vigilada de drogas:

Se entenderá por circulación o entrega vigilada la técnica consistente en permitir que remesas ilícitas o sospechosas de drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas u otras sustancias prohibidas, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el apartado anterior, las sustancias por las que se hayan sustituido las anteriormente mencionadas, así como los bienes y ganancias procedentes de las actividades delictivas tipificadas en los

artículos 301 a 304 y 368 a 373 del Código Penal, circulen por territorio español o salgan o entren en él sin interferencia obstativa de la autoridad o sus agentes y bajo su vigilancia, con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a dichas drogas, sustancias, equipos, materiales, bienes y ganancias, así como también prestar auxilio a autoridades extranjeras en esos mismos fines.

Evidentemente, la circulación y entrega vigilada supone una menor injerencia en los derechos fundamentales de las personas investigadas ya que la investigación se centrará en que una serie de bienes que deberían ser inmediatamente incautados, continúen su camino con el fin de detener y desarticular el mayor número de los integrantes de la organización criminal (Moreno Catena & Cortés Domínguez, 2010)⁷.

Ambas medidas, que se han referido, necesitan un control judicial y tal y como establece la ley, deberán ser autorizadas caso por caso para poder someter su viabilidad al principio de proporcionalidad.

En definitiva, para poder hacer frente a una criminalidad cada vez más peligrosa, es necesario que los Estados articulen medidas de estas características que permitan que los agentes encargados de la represión penal, se introduzcan en los entramados organizativos pudiendo de ese modo conocer los entresijos de la organización, de sus integrantes y del *iter criminis* pasado y futuro. No obstante, tal y como está planteada en nuestro ordenamiento jurídico, estas diligencias tienen poco sentido ya que, por un lado, el agente tiene que tomar importantes decisiones que pueden repercutir en su integridad y por otro, paradójicamente, restringe mucho las actuaciones del infiltrado cuando su actuación tiene que limitar derechos fundamentales que derivan del uso de la identidad supuesta, lo que también puede poner en riesgo la vida del infiltrado. Una solución a esta prescripción legal pasa por considerar dentro de la autorización genérica que debe existir en las infiltraciones policiales- y por tanto dentro de la ley- todas aquellas actuaciones que derivan directamente del engaño que supone el uso de la identidad supuesta con independencia que limiten o no los derechos fundamentales de las personas investigadas. Y ello, conforme al artículo 282. Bis 1 LECrim.

4. UNA RESPUESTA GLOBALIZADA FRENTE AL CRIMEN ORGANIZADO

Como se ha advertido, parece que el fenómeno de la criminalidad organizada va de la mano de la transnacionalización de la conducta criminal. Esta característica es lo que hace que el crimen organizado haya dejado de ser una

⁷ Tal y como refleja la Exposición de Motivos del Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la circulación y entrega vigilada: “no está necesariamente vinculada a la investigación de la estructura propia de una organización criminal en sentido estricto. Se trata, más bien, de una diligencia útil para identificar y aprehender a todos los implicados en una actividad delictiva que resulta compleja por la propia dinámica del “tráfico” ilícito de bienes”. Vid. <http://www.mjusticia.gob.es>

preocupación interna de los Estados para pasar a ser un problema común de los Estados afectados.

Es por ello, por lo que sería necesaria la unificación de los esfuerzos realizados por los Estados para hacer frente a este peligroso modo de delinquir. Hasta ahora, parece que existe un consenso tanto desde el punto de vista de la política criminal como desde las autoridades de represión penal. Pero parece que no es suficiente.

Para hacer frente a una realidad tan devastadora como la criminalidad organizada es necesario que se unifiquen las normativas tanto penales como procesales. No obstante, la creación de un derecho penal supraestatal no prospera por la limitación a la soberanía nacional que ello conlleva. (De La Mata, 2001).

Lo cierto es que en el ámbito de la Unión Europea, la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, ha supuesto un claro avance en este sentido.

Como se ha advertido con anterioridad, un carácter que incrementa el peligro que lleva inherente el crimen organizado, es la actuación de estos entramados organizativos a través de la Red. En este sentido, son muchos los Estados que han colaborado de forma conjunta para dar respuesta a este fenómeno criminal. Sobre todo, en lo que a pornografía infantil. Por ejemplo, es muy conocida la operación “Azahar”, llevado a cabo en 2005 en colaboración con España, países de la Unión Europea y la comunidad Iberoamericana⁸. Colaboración que ayudó a la lucha internacional contra la pornografía infantil.

Igualmente, en el ámbito interno de nuestro país, son bastantes las operaciones que se han desarrollado en colaboración con todos los miembros y fuerzas de seguridad del Estado. En concreto, me refiero a operaciones desarrolladas por el Cuerpo Nacional de Policía en diferentes puntos de la geografía nacional.

En este sentido, España cuenta con una Brigada de Información Tecnológica (BIT) ubicada en la Comisaría General de la Policía Judicial y encargada de salvaguardar la seguridad en la red de todos los ciudadanos. En concreto, la BIT, se encargará de la investigación de delitos relacionados con Amenazas, injurias, calumnias. Por correo electrónico, sms, tablones de anuncios, foros, newsgroups, web...; Pornografía infantil. Protección al menor en el uso de las nuevas tecnologías; Fraudes en el uso de las comunicaciones. Piratería de señales de televisión privada; Fraudes en Internet. Estafas. Uso fraudulento de tarjetas de crédito. Fraudes en subastas. Comercio electrónico; Seguridad lógica. Virus. Ataques de denegación de servicio. Sustracción de datos. Hacking. Descubrimiento y revelación de secreto. Suplantación de

⁸ Según la información publicada en la página oficial del Ministerio del Interior, el operativo se ha extendido, además de España, a Portugal, Francia, Polonia, Bélgica, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Lituania, Reino Unido, EE.UU., Argentina, Chile, Brasil, Venezuela, República Dominicana, México, Panamá e Israel. Vid. http://www.mir.es/DGRIS/Notas_Prensa/Ministerio_Interior/2006/np022406.htm

personalidad. Sustracción de cuentas de correo electrónico; Piratería de programas de ordenador, de música y de productos cinematográficos.

Pero el éxito de las operaciones contra la delincuencia organizada, no se quedan exclusivamente en las actividades realizadas a través de la Red, sino que se extiende a otras manifestaciones delictivas como el tráfico de drogas, delitos contra la propiedad y el terrorismo.

En torno a este último escenario delictivo, las políticas criminales de los diferentes Estados se han endurecido. Ello es debido a la lamentable situación que han vivido algunos países en todo el mundo.

No obstante, algunas de estas políticas se convirtieron finalmente en un arma de la que protegerse. Por ejemplo, en EEUU, la *Patriot Act*, que privaba de los derechos reconocidos como fundamentales a las personas, por el simple hecho de pertenecer a una determinada religión. Una vez llevadas al centro penitenciario de Guantánamo sin comunicación del motivo de la detención, se comenzaba la investigación por parte de las autoridades estadounidenses. Es evidente, que no es esta la forma en la que hay que luchar contra la criminalidad organizada por más abyectas que sean las formas de delinquir.

En España, la política criminal que se ha adoptado en la lucha de la criminalidad organizada, ha sido muy contundente. Sobre todo, la que tiene que ver con las acciones relativas a erradicar el terrorismo. En los últimos años, son muchas las operaciones que, tanto de la Policía Nacional como de la Guardia Civil, han servido para debilitar a la banda terrorista con el fin de erradicar esta lacra.

Lo que está claro es que para que pueda existir una eficacia real contra el crimen organizado, considerado transnacional, es necesario que se desarrollen los lazos de cooperación entre las autoridades de los diferentes Estados afectados.

De este modo, en el ámbito de la Unión, se desarrollan equipos conjuntos de investigación, encargados de la investigación de conductas criminales que se realizan en el territorio de diferentes Estados. La actuación de estos equipos supone que los agentes de policía de un Estado se trasladan al territorio de otro para operar conjuntamente.

Además de la cooperación policial, la lucha contra el crimen organizado requiere una cooperación judicial que coordine las acciones de investigación o las actuaciones judiciales que se desarrollen en el territorio de más de un Estado. De este modo, nos encontramos con Eurojust, que garantizará, además, que esas actuaciones se realicen con el pleno respeto de los derechos y libertades fundamentales.

Un importante reto que se presenta a los Estados se refiere a los lazos de confraternización que las organizaciones criminales tienen con los países

iberoamericanos. Estos países se constituyen como fuente de las acciones criminales pero también es necesario tener en cuenta la proliferación de los entramados de estas nacionalidades en el entorno de la Unión-fundamentalmente, dedicadas al tráfico de drogas y trata de personas-.

Es por ello, por lo que es necesaria una cooperación policial y judicial con los países iberoamericanos. En lo que respecta a la cooperación policial, se lleva a cabo a través de los agregados de los diferentes países en sus respectivas Embajadas aunque en ningún caso, esta situación permite que los agentes policiales de un Estado actúen en el territorio de otro.

En cuanto a la cooperación judicial con los países de la Comunidad Iberoamericana, se firma en mayo de 2009, entre Eurojust e Iberred⁹, un Memorándum de Entendimiento, con el objetivo de consolidar las relaciones entre estas dos instituciones con la intención de reforzar la lucha contra las formas graves de delitos transnacionales. Entre las actuaciones que se realizaran para el reforzamiento, se encuentran el intercambio de información estratégica y la información jurídica y práctica referente al sistema judicial y procesal (Iberred de sus Estados y Eurojust de los miembros de la Unión). Esta práctica resulta imprescindible para la eficaz lucha contra los delitos graves ya que el conocimiento del fenómeno delictual, así como de las normas aplicables en los diferentes ordenamientos jurídicos, suponen los datos más importantes para la total desarticulación del crimen organizado y conseguir la verdadera represión y sanción de las conductas delictivas. Es más, sólo el conocimiento de esta información puede conllevar el establecimiento de políticas eficaces de prevención de las acciones realizadas por las organizaciones criminales.

En conclusión, el reto de la criminalidad organizada debe ser común para todos los Estados y debe lucharse contra ella, aunando todos los esfuerzos, fortaleciendo las vías de cooperación policiales y judiciales existentes y adoptando todas aquellas medidas que se estimen oportunas para erradicar totalmente esta lacra que cada vez se hace más peligrosa pero que también debe reconocerse que se está debilitando gracias al esfuerzo conjunto de las instituciones de represión penal y de las políticas criminales adoptadas por los países.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Albrecht (2001). *La delincuencia organizada transnacional y los instrumentos internacionales de control*. Revista Catalana de Seguretat pública. *Escola de Policia de Catalunya*. Nº 8.

⁹ La Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional es una herramienta informal de cooperación formada por los operadores jurídicos de los países iberoamericanos entre los que se encuentra España y Portugal. Está orientada a la optimización de los instrumentos de asistencia judicial civil y penal y el reforzamiento de los lazos de cooperación. Vid. <http://www.iberred.org/>

Anarte Borrallo (1999). *Conjeturas sobre la delincuencia organizada*. En, Anarte Borrallo.

Delincuencia organizada. Aspectos procesales, penales y criminológicos. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva. Huelva.

Anguita Olmedo, C. (2010). *La delincuencia organizada: un asunto interior de la Unión Europea. Concepto, características e instrumentos para su neutralización*. Revista española de Relaciones Internacionales. Nº 2.

Blanco Cordero (2001). *La lucha contra el blanqueo de capitales procedentes de las actividades delictivas en el marco de la Unión Europea*. Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología. Nº 15.

De La Cuesta Arzamendi (2001). *El derecho penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites*. En Gutiérrez-Alviz Conradi & Valcárcel López (Dir.). *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*, Sevilla.

De La Mata Barranco (2001). *La criminalidad organizada en la Unión Europea: criminalidad económica y criminalidad sexual*. Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología. Nº. 15.

Espina Ramos, J & Vicente Carbajosa, MI (Direct) (2009). *La futura Fiscalía Europea*. Centro de Estudios Judiciales. Madrid.

Fernández Steinko (2008). *Crimen organizado y utilitarismo norteamericano*. El viejo topo. Nº 251. Disponible en: <http://www.elviejotopo.com>

Ley de Enjuiciamiento Criminal (1882). Real Decreto 14 de septiembre. Gaceta de Madrid.

Magro Servet (2011). *Las intervenciones electrónicas e informáticas por los agentes de la autoridad. Medidas restrictivas de derechos fundamentales en estos supuestos*. La Ley Penal. Nº 84.

Magro Servet (2008). *Soluciones ante los nuevos fenómenos delictivos: los juzgados contra la delincuencia organizada*. La Ley Penal. Nº 49.

Martín Barbero (2004). *Delincuencia económica, blanqueo de capitales e inteligencia financiera*. Boletín económico del ICE. Nº 2808.

Moreno Catena & Cortés Domínguez (Cuarta Edición) (2010). *Manual de Derecho Procesal*. Valencia. Tirant lo Blanc.

Modificación del Código Penal (2010). Ley Orgánica 5/2010. Boletín Oficial del Estado.

Muñoz Conde (2011). *Organizaciones y grupos criminales: tipificación penal imprescindible contra esta forma de delincuencia*. Revista Aranzadi. N° 1.

Pérez Francesch (2007). *Cooperación policial y judicial en la Convención de Prüm*. Revista de Derecho Constitucional Europeo. N° 7.

Prevención del blanqueo de capitales de la financiación del terrorismo (2010). Ley 10/2010. Boletín Oficial del Estado.

Rivero Ortiz (2011). *Las asociaciones criminales en la modificación del nuevo Código Penal. Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio: ¿es la reforma añorada?* La Ley penal. N° 78.

Rueda Menéndez (2005). *La delincuencia organizada transnacional*. Instituto Universitario de Investigación sobre Seguridad Interior.

Uriarte Valiente (2008). *Delincuencia organizada a través de Internet*. La Ley Penal. N° 46.

Velasco Núñez (2008). *Los juzgados de alta criminalidad organizada*. La Ley Penal. N° 49.