

# La delincuencia organizada transnacional y los instrumentos internacionales de control

HANS-JÖRG ALBRECHT

Director del Instituto Max-Planck de Derecho Penal Internacional.  
Universidad de Friburgo (Alemania)

87

## 1. INTRODUCCIÓN

La reforma del derecho penal internacional y la política criminal que motivó su elaboración, desde hace un par de décadas, está cada vez más influida por el crimen transnacional y por el hecho de luchar contra éste con eficacia. Esto también se observa en el desarrollo de actividades propuestas por las Naciones Unidas, la Unión Europea y otras instituciones supranacionales e internacionales. A los fenómenos característicos de la delincuencia, que se pueden agrupar bajo el concepto de crimen organizado transnacional, se le añaden otras formas de crimen transfronterizo: el tráfico de drogas, los delitos medioambientales y económicos; el tráfico de seres humanos, dentro del cual se incluyen la entrega ilegal de trabajadores, la entrada clandestina de inmigrantes y el tráfico de mujeres y niños, el fraude organizado, y el blanqueo de dinero. Sin embargo, aunque las reformas han dado como resultado modificaciones importantes y fructíferas en el derecho penal y, sobre todo, en la instrucción de sumarios, continúa sin saberse del todo qué representa realmente el crimen organizado, qué acciones se le pueden atribuir, cómo se desarrolla, así como el potencial de su riesgo inherente.<sup>1</sup> La polémica se centra, principalmente, en el peligro que supone el crimen organizado para la seguridad nacional y, por extensión, para toda la sociedad democrática.<sup>2</sup> En un debate cada vez más concentrado, se debe hacer frente a reproches, basados en los fantasmas de la política criminal, en los que se argumenta que los fenómenos criminales peligrosos no son tratados con la seriedad que merecen y se insiste en aplicar

1. Vid. la clasificación de SCHÜLER-SPRINGORUM, H.: *The Evolution of Criminal Justice Systems*. Informe presentado en el V seminario sobre política criminal, Estrasburgo, del 27 al 29 de noviembre de 1995.

2. Véase, como ejemplo, OFICINA FEDERAL DE INVESTIGACIÓN CRIMINAL (ed): *Organisierte Kriminalität. Vorträge und Diskussionen bei der Arbeitstagung des Bundeskriminalamts*, vom 19. bis 22. November de 1996. Wiesbaden, 1997.

principios que privan, tanto a las autoridades de procesamiento penal como a la justicia, de las posibilidades de combatir el crimen de una manera eficaz en sus formas de manifestación.

Por el momento, el término «crimen transnacional» no se refiere más que a los hechos que, de la misma forma, se agrupan bajo los conceptos de «crimen transfronterizo» o «crimen internacional». El crimen organizado se caracteriza tanto por el delincuente, que aprovecha las posibilidades delictivas fuera de las fronteras nacionales, como por la transferencia de mercancías prohibidas o por el traslado de mercancías peligrosas. Además, independientemente del tipo de delito de que se trate, hace referencia a redes criminales transfronterizas. Por otro lado, el crimen transfronterizo engloba también un apartado que, hasta el momento, se ha situado fuera del alcance de los instrumentos tradicionales utilizados en las técnicas de recopilación de datos y análisis criminológicos, esto es, las encuestas realizadas a delincuentes y víctimas que se centran en los casos de perpetración de delitos en masa y en delitos de la calle, y que se pueden atribuir mayoritariamente a hombres jóvenes.<sup>3</sup> Ello explica el intento de las Naciones Unidas de introducir el conocido *World Crime Survey*, una herramienta que tenga como objetivo la identificación clara del crimen organizado transnacional.

Lo que ha sucedido durante las últimas décadas del siglo xx basándose en la agitación y el cambio político, social y económico es una integración de los sistemas económicos, culturales y, sobre todo, subculturales ya existentes. Los procesos de integración que se observan aquí no son nada nuevos, sino que se entienden como resultado de la internacionalización de los mercados y la drástica ampliación de la movilidad en Europa Occidental, en comparación con otras regiones del mundo. En conjunto, se trata de los efectos secundarios de la sociedad moderna y de su economía de vanguardia. Los fenómenos de la delincuencia, recogidos dentro del concepto de crimen transnacional, se pueden introducir en un sistema de coordenadas de donde se pueden extraer las características principales.

Las coordenadas se calculan a partir de una totalidad de cuatro conceptos, los cuales evaluarán, en primer lugar y de forma exhaustiva, qué significa realmente el crimen transnacional y cuáles son las formas de expresión que debe adoptar. Por un lado, se trata, obviamente, de los mercados y del principio de oferta y demanda que los rige. A continuación, se puede afirmar que el crimen transnacional está claramente relacionado con la migración y, por lo tanto, está vinculado a los factores *push and pull* que se originan en esta migración y que pueden encontrarse en las diversas regiones. El concepto tercero, basado en el análisis teórico del crimen transnacional, se refiere al crimen organizado. En este sentido, es necesario llevar a cabo planteamientos basados en la teoría, que sustituyan la poco precisa retórica derivada de la política criminal que tiene como resultado un peligro igualmente difundido para la seguridad nacional. Actualmente, esto sucede

3. Vid. SHAPLAND: «Crime: A social Indicator or Social Normality?», en ROBERT, PH.; SACK, F. (ed.): *Normes et Déviations en Europe. Un débat Est-Ouest*. París, 1994, pp. 101-126. Vid. DE NIKE, H. J.; EWALD, U.; NOWLIN, CH. J. (ed.): *Victimization Perception after the Breakdown of State Socialism. Firsts findings of a Multi-City Pilotstudy 1993*. Berlín, 1995.

tanto en Alemania como en el resto de Europa. Estos planteamientos deben hacer posible una diferenciación más acentuada y, sobre todo, deben proporcionar una explicación de la movilización jurídica y política, pasando por la identificación de los problemas específicos de las investigaciones, de las cuales se puedan extraer, posteriormente, consecuencias jurídicas y políticas concluyentes.<sup>4</sup> Finalmente estudiaremos el concepto de las minorías étnicas y extranjeras dentro del marco del análisis del crimen transnacional.

## 2. MERCADOS CRIMINALES, CRIMEN ORGANIZADO, MIGRACIÓN Y MINORÍAS ÉTNICAS

### 2.1 El mercado negro

El hecho de que los mercados representen un factor determinante para el crimen transnacional no es sorprendente, pese a que una parte importante de los fenómenos provocados por el crimen transnacional están relacionados con desarrollos de mercado que obedecen al principio de la oferta y la demanda y que superan los límites estrictamente administrativos. Por un lado, se analizan los mercados criminales. Junto con los mercados de productos ilegales (sobre todo drogas y dinero falsificado), encontramos los mercados criminales de productos legales, cuyo carácter ilegal se basa en la forma de adquisición (productos robados), en las prácticas de desvío de impuestos y subvenciones (por ejemplo, el fraude relacionado con las subvenciones de la UE)<sup>5</sup> o en el manejo no autorizado o prohibido de productos de riesgo (por ejemplo, la eliminación de residuos), de servicios (fraude bursátil, inmobiliario, juegos de azar sin licencia, blanqueo de dinero, inmigración ilegal, falsificación de pasaportes y visados) y de objetos (por ejemplo, el traspaso ilegal de tecnologías, piratería de *software*). Finalmente, al lado de un mercado laboral legal hay un mercado gris y negro de personas que se centra, básicamente, en la mediación laboral (traspaso ilegal de trabajadores) y la puesta en disposición y colocación de prostitutas y niños (dentro del marco de adopciones internacionales).

El desarrollo de los mercados negros internacionales y la creación de mercados negros locales conlleva, finalmente, un fenómeno que tampoco nos sorprende: la acumulación de capital (inmovilizado) que tiene lugar, parcialmente, al margen de la economía convencional controlada y que pone en marcha los procesos de reintegración de capital negro en los mercados monetarios internacionales legales.<sup>6</sup> Se espera que, en las denominadas sociedades revolucionarias, se produzca una acumulación de capital a gran escala, teniendo en cuenta las circuns-

4. OSTENDORF, H.: «Organisierte Kriminalität. Eine doppelte Herausforderung für die Justiz», *Kriminalistik*, 1991, pp. 509-513. MEERTENS, CH.: «Das Gesetz gegen die Organisierte Kriminalität, eine unerträgliche Geschichte», *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1992, pp. 205-208.

5. Vid. VAN DIJK, TH.; RUIJSCHOTEL, D.; DE DOELDER, H.: *Eurofraud: Country-Report for the Netherlands*, Rotterdam, 1995, pág. 31 y siguientes.

6. SINURAJA, T. (*op. cit.*) pág. 46 y siguientes.

tancias en que se hallan los mercados negros. Por un lado, las actividades afectadas se enmarcan en ámbitos locales de crecimiento. Por el otro, esta industria de crecimiento se caracteriza por la falta de regulación, la escasez de fiscalidad y por grandes márgenes de beneficio, a causa del elevado riesgo de sufrir persecuciones penales.<sup>7</sup> Otro aspecto sería la carencia clara, como mínimo en la primera fase de la revolución política, de los sistemas de control desarrollados en los países industrializados que se aplican en la economía, la actividad profesional y la circulación monetaria.

Aparte de los mercados negros, es necesario mencionar, naturalmente, la internacionalización de la economía como conjunto, cuya estructura da lugar a las diversas expresiones del crimen transnacional, tal y como ocurrió, en parte, con fenómenos como el fraude de las subvenciones de la UE.<sup>8</sup> De esta forma, la «rueda del IVA», por poner un ejemplo, gira desde los años ochenta bajo la influencia de los que entonces eran todavía países socialistas. En este sentido, emergen a la luz empresas criminales (que no deben confundirse con la noción de crimen organizado) que tienen como radio de acción la explotación de las devoluciones del IVA, de las subvenciones de la UE, etc.

## 2.2 Migración e inmigración

El crimen transnacional está vinculado a la migración. La migración, al mismo tiempo, tiene su origen en los factores *push and pull* a través de los cuales se puede precisar cuándo y por qué se producirán los movimientos migratorios, cuánto durarán, qué forma adoptarán y qué dirección tomarán, independientemente de estar o no vinculados a objetivos de corto o largo plazo. Las circunstancias básicas que dan lugar a los movimientos migratorios, y que resultan interesantes desde el punto de vista del derecho penal y del análisis criminal, tienen su fundamento en el desequilibrio social y económico existente entre los países industrializados y los que se encuentran en vías de desarrollo (la ampliación de la movilidad física representa simplemente un elemento técnico, aunque no por ello es menos importante). Lo más atractivo de las metrópolis europeas y lo que origina las migraciones son las mejores condiciones para la venta de servicios financieros y de cualquier otra cosa. Al contrario, las ofertas ventajosas de los países en vías de desarrollo y de las grandes ciudades metropolitanas representan una fuerza importante de atracción para ciertos sectores de la población de los países industrializados. En otro sentido, no se puede perder de vista el hecho de que es posible que la globalización y la movilidad hayan fomentado un cierto espíritu aventurero<sup>9</sup> cuya consecuencia criminal se parece más a un tipo de delincuencia reconocible.

7. TIMMER, D.: «The Productivity of Crime in the United States: Drugs and Capital Accumulation», en SOUTH, N. (ed.): *Drugs, Crime and Criminal Justice*. Bd. 1. Histories and Use, Theories and Debates. ALDERSHOT y otros, 1995, pp. 385-400.

8. Vid. WILZING, J. MANGELAARS, F.: «Where does politics meet practice in establishing Europol?», *European Journal of Criminal Policy and Research*, 1, 1993, pp. 71-82.

9. Vid. TROTHA, T.: *Recht und Kriminalität*. Tübingen, 1982.

De este modo, es necesario establecer diferencias entre migración e inmigración. Ello sucede porque, en las condiciones sociales, culturales y económicas de una sociedad moderna, los conceptos tradicionales que se atribuían a la inmigración ya no pueden describir ni ofrecer explicación alguna a los problemas específicos de la migración, ni tampoco a la situación problemática en que se hallan las personas que componen estos grupos migratorios. Los planteamientos teóricos y políticos están todavía demasiado condicionados por las olas de inmigrantes de finales del siglo xix y principios del xx y, por tanto, por los diferentes conceptos que se han desarrollado tanto en Europa como en Norteamérica. En este sentido, la inmigración y la emigración a largo plazo constituyen una cuestión principal. De todas maneras, en la actualidad se trata exclusivamente de la ampliación de las opciones de comercio (tal y como ya se apunta en el concepto de las comunidades transnacionales). Sin embargo, junto a los grupos de inmigrantes propiamente dichos, encontramos grupos que, a pesar de que a veces son objeto de un desplazamiento duradero a largo plazo de sus escalas de valores, ya no ponen en duda su pertenencia a su país de origen y las posibilidades que esto conlleva. Además, también hay que tener en cuenta a aquellos grupos en los que predomina la migración de carácter leve (independientemente de la razón que la motiva). Lo que resulta cada vez más evidente es el desarrollo de las llamadas comunidades transnacionales que, con sus redes de solidaridad nacional y su capital asignado, también son de capital importancia para el análisis del crimen transnacional y organizado.

### **2.3 Crimen organizado**

El crimen transnacional coincide, en parte, con las nociones características del crimen organizado. Naturalmente, el término «crimen organizado» debe estar bien diferenciado y hay que plantear diferentes conceptos en un ámbito que vaya más allá de los contenidos semánticos de motivación criminológica y política (que se asocian básicamente a usos políticos). Por tanto, en lo referente al crimen organizado, debemos entender, antes que nada, las subculturas locales e históricas. El hampa clásica que caracteriza esta definición hace referencia al entorno subcultural de las grandes ciudades, que ha suscitado un enorme interés, sobre todo en la literatura criminológica de la primera mitad del siglo xx. En este sentido, el tema que adquiere más importancia es la relación subcultural entre el crimen profesional y la perpetración racional de actos criminales. En otro sentido, cuando hablamos de crimen organizado nos referimos a aquellos conceptos en los cuales la propia organización, esto es, la preparación administrativa y empresarial, simboliza la cuestión principal. Las dos cosas pueden llegar a coincidir de una determinada manera.

### **2.4 Minorías étnicas o extranjeras**

Con la organización del entorno subcultural, con la participación en los mercados negros y con la migración se asocia a menudo algo que queda incluido dentro del cuarto concepto al cual hacíamos referencia en este apartado. Se trata de la minoría étnica o, para expresarlo con un término que se utiliza más en Alemania, la

minoría extranjera. En lo referente a la policía criminal y la investigación criminológica, las minorías étnicas o extranjeras se hallan, en primer lugar, estrechamente vinculadas al crimen organizado y a los mercados criminales. Esto tiene que ver con las clásicas teorías de conspiración o de importación relacionadas con la delincuencia que confieren, tanto a los inmigrantes como a determinadas minorías, un alto potencial de peligro.<sup>10</sup>

### 3. PUNTOS DE REFERENCIA CONCEPTUALES DEL CRIMEN ORGANIZADO

#### 3.1 Mercados criminales: tráfico de seres humanos y tráfico de drogas

El mercado de las drogas y la considerable demanda de drogas controladas a escala internacional son aspectos muy consolidados tanto en los países de Europa Occidental como en Norteamérica, y, de forma cada vez más clara, en los propios países productores. Así, no nos sorprende que los informes publicados desde la segunda mitad de los ochenta llamen la atención sobre el hecho de que tanto la producción de opio y cocaína como las plantaciones de marihuana han aumentado de forma considerable.<sup>11</sup> Por ahora, esto se aprecia en la cantidad de partidas de droga confiscadas en todo el mundo, que no aumenta por la reducción de la demanda de drogas, sino por el gran crecimiento del número de plantaciones y de la producción.

El desarrollo de los mercados de estupefacientes, en especial desde principios de los años setenta, ha comportado que las drogas se conviertan en un factor de dependencia económica y política para cientos de miles de personas de todo el mundo. Esto es válido tanto para los países productores como para los países consumidores, donde las redes de distribución, así como los diversos escalones del comercio intermedio, proporcionan un volumen importante de «puestos de trabajo». Ello se manifiesta claramente en los guetos de las grandes ciudades norteamericanas. En estos lugares, habría que plantear sobre todo la pregunta de cuáles son las consecuencias sociales y económicas de un levantamiento de la prohibición que pesa sobre esta forma de economía en la sombra y qué supondría para la totalidad de la sociedad. En los países en vías de desarrollo con una economía poco evolucionada, como Perú y Bolivia, los ingresos procedentes de las plantaciones de cocaína representan un factor más que considerable en el cálculo del producto nacional bruto. En otro aspecto, se estima que en Pakistán la magnitud del volumen de negocio que genera el tráfico de heroína suma 4 000 millones de dólares.<sup>12</sup> Se ha comprobado que, hasta el momento presente, las estrategias represivas, como pueden ser la

10. Véase, como ejemplo, ANDERSON, M.: «The United Kingdom and Organised Crime - the International Dimension», *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 1, 1993, pp. 292-308, pp. 294 y siguientes para Inglaterra.

11. Véase también «House of Representatives: International Narcotics Control Study Missions to Latin America and Jamaica, Hawaii, Hongkong, Thailand, Burma, Pakistan, Turkey and Italy», *A Report of the Select Committee on Narcotics Abuse and Control*, Washington, 1984; ABRUZZE, R.: «Coca-leaf Production in the Countries of the Andean Subregion». *Bulletin on Narcotics*, 41, 1989, pp. 95-98.

12. *Time Magazine* 7.8.1989.

prohibición de las plantaciones y de la producción de drogas (lo cual se considera una obligación según la Convención Única de 1961 a la cual se han sumado prácticamente todos los países productores de estupefacientes) o la destrucción sistemática de los campos de amapolas, de las plantaciones de marihuana y de cocaína, son muy poco eficaces. Por un lado, es necesario reconocer que una estrategia de este tipo podría ser viable, ya que con los conocimientos técnicos actuales (reconocimientos por satélite) es claramente factible la localización de los lugares donde se hallan las plantaciones y la destrucción de las plantas de cocaína y de amapolas se puede efectuar a corto plazo gracias a los potentes herbicidas que existen. Ahora bien, por otro lado, los problemas se plantean por la destrucción del medio ambiente y los conflictos políticos internos ya que, en algunas regiones productoras de opio, una estrategia de estas características sería equivalente a una intervención militar. Todo ello puede tener como resultado que la política de reducción de plantaciones de los países industrializados occidentales sea considerada una ayuda militar, o que se llegue a ver como una operación militar directa.<sup>13</sup> Por lo demás, se sigue poniendo en duda si la destrucción sistemática dejará la oferta por debajo de los niveles de la demanda. Si partimos de la base de que las plantaciones de amapolas, que se extienden aproximadamente en 25 millas cuadradas, son suficientes para satisfacer la demanda de heroína de Estados Unidos, estas campañas de destrucción tendrán como único resultado la eliminación del excedente de plantación.<sup>14</sup> Asimismo, las estrategias que buscan la voluntad de los países afectados y que apuestan por programas de sustitución y plantaciones alternativas para la agricultura de estos países no han contribuido, hasta el momento, a la reducción de la oferta. En este sentido, se plantea en primer lugar el problema de que los proyectos de plantaciones alternativas, en parte plausibles, no se pueden poner en práctica porque en estas regiones inhóspitas sólo crecen amapolas o plantas de cocaína o marihuana. Los programas de sustitución son, en parte, inviables a causa de la carencia de infraestructura necesaria para la comercialización de otros productos agrícolas o porque los ingresos procedentes de estos productos serían inferiores.<sup>15</sup> Por esta razón, la política de estupefacientes va ligada claramente a la política de desarrollo.<sup>16</sup>

13. Naturalmente, esto se convierte en un problema en el momento en que, como en el caso de Birmania, el apoyo militar entra en conflicto con otros objetivos de política exterior. Véase «House of Representatives: International Narcotics Control Study Missions to Latin America and Jamaica, Hawaii, Hongkong, Thailand, Burma, Pakistan, Turkey and Italy», *A Report of the Select Committee on Narcotics Abuse and Control*, Washington, 1984.

14. De acuerdo con la estimación planteada en KAPLAN, J.: *The Hardest Drug. Heroin and Public Policy*, Chicago-Londres, 1983.

15. Véase también HESS, H.: «Drogenpolitik und Drogenkriminalität», en NEUMEYER, J., SCHAICH-WALCH, G. (ed.): *Op. Cit.*, pp. 18-42, pág. 19 y siguientes.

16. A título informativo, el ejemplo incluido en «House of Representatives: International Narcotics Control Study Missions to Latin America and Jamaica, Hawaii, Hongkong, Thailand, Burma, Pakistan, Turkey and Italy», *A Report of the Select Committee on Narcotics Abuse and Control*, Washington, 1984, en el que se informa sobre las negociaciones con el Gobierno peruano. Un programa de sustitución en Huallagata hace del Perú un país dependiente de la ayuda al desarrollo que los Estados Unidos proporcionaba y que sumaba 200 millones de dólares. La comisión gubernamental de los Estados Unidos, a su vez, consideró que el programa era una pretensión e indicó que Huallagata sólo representaba el 15 % de la superficie total de la plantación de cocaína de Perú. Finalmente el proyecto no se financió.

Cuando hablamos de los conceptos de tráfico de seres humanos y explotación material de personas, nos referimos a fenómenos que parecían estar olvidados desde hacía tiempo pero que, en las circunstancias en las que se hallan las sociedades industriales modernas, y teniendo en cuenta los movimientos migratorios internacionales, llaman la atención, por un lado, sobre la aparición de diversas tendencias en el comportamiento de las personas, incluso aquellas que pertenecen a subculturas y entornos anormales; por el otro, sobre el hecho de que se han creado nuevos mercados (internacionales) muy rentables.<sup>17</sup> El tráfico de mano de obra y el tráfico de mujeres con objetivos matrimoniales y de prostitución son prácticas que han despertado una gran expectación en las últimas décadas<sup>18</sup> y han desviado las miradas hacia el hecho de que, en las circunstancias sociales y económicas actuales, es posible encontrar nuevas fórmulas de esclavitud que se creían erradicadas desde la época de la Ilustración. No obstante, la esclavitud se nos presenta bajo una nueva apariencia, de aires más modernos. Las presiones económicas y sociales que tienen su origen en la propia estructura de la sociedad y su aplicación en las relaciones entre las personas han sustituido a la violencia física inmediata como medio de explotación de hombres y mujeres y como la manera más fácil de someter una persona. De todas maneras, es evidente la carencia de cualquier instrumento destinado a combatir de manera adecuada estas formas de esclavitud modernas.<sup>19</sup> El tráfico de personas puede tener motivaciones muy diferentes desde el punto de vista de la demanda, pero se caracteriza básicamente por presiones estructurales poco concretas y, en especial, difíciles de definir a causa del grado de solidez del derecho penal en determinados casos. Estas presiones no presentan a la víctima como objeto directo e inmediato, sino todo lo contrario, como la cara de la moneda que aprueba este tráfico. Esta situación nos obliga a plantear un problema que preocupa desde hace tiempo la criminología. En parte, se trata de aquellos fenómenos similares a los delitos en los cuales no existe la figura de la víctima. El derecho penal, las autoridades de procesamiento penal y la justicia penal son instancias que se han transformado en un sistema reactivo. Iniciar procedimientos penales queda, fundamentalmente, a cargo de la víctima del delito penal y depende, por lo tanto, de la disposición de estas personas a presentar una denuncia (ya se trate de víctimas o de testigos). Como sucede en los delitos sin víctima, cuando no hay ninguna víctima para presentar denuncia o, como en el caso de los delitos penales perpetrados a menores, la víctima no está en situación de presentarla y no hay ninguna otra persona que pueda hacerlo en su lugar, las autoridades de procesamiento penal se enfrentan a graves dificultades para la identificación del delito fiscal. En este caso, tienen que

17. Resumiendo SIEBER, U.; BÖGEL, M.: *Logistik der organisierten Kriminalität*. Wiesbaden, 1993, pág. 200 y siguientes.

18. Véase, a modo de ejemplo, la creación de una comisión de investigación parlamentaria en el contexto del tráfico de seres humanos y la prostitución en Bélgica, y también el estudio empírico, elaborado como ayuda al asesoramiento sobre la trata de blancas y la prostitución propuesto por FJNAUT, C.: *Prostitutie, Vrouwenhandel en (vermeende) Politiecorruptie in Antwerpen*, Leven: Amersfoort, 1994.

19. HEINE-WIEDENMANN, D., ACKERMANN, K.: *Umfeld und Ausmaß des Menschenhandels mit ausländischen Mädchen und Frauen*. Stuttgart, Berlín, Colonia, 1992, pág. 186 y siguientes.



basarse tanto en sospechas como en el reconocimiento de circunstancias penales relevantes. Las dificultades que presenta la elaboración de las sospechas de hecho ha llevado, por ejemplo en lo que se refiere al mercado negro de estupefacientes, al desarrollo de «métodos de investigación especiales».<sup>20</sup> En cuanto a la presentación de demandas en ámbitos delictivos de estructura similar, como pueden ser los delitos contra el medio ambiente o los delitos económicos, las dificultades iniciales, es decir, la propia presentación de la demanda y la elaboración de sospechas de hecho, se han perfilado como cosa difícil de resolver. El resultado de esta situación es un aprovechamiento siempre deficiente y tergiversado de las circunstancias del acontecimiento que están a disposición del derecho penal.<sup>21</sup> En el caso del tráfico de menores, la auténtica víctima, esto es, el propio menor (como en los maltratos a menores) no está en situación, por motivos físicos, de presentar denuncia o de reivindicar el apoyo de un control social formal. Si todavía se trata de menores, pero de edad más avanzada, el problema reside en la falta de competencia y en la situación de inferioridad social respecto a los adultos. El déficit que plantea esta situación en el aspecto de la persecución de los delincuentes, llamado también déficit de implementación, puede llegar a tener una repercusión favorable a los explotadores, que se traduce en una reducción del riesgo de ser perseguidos penalmente.

### 3.2 Crimen organizado y referencias transnacionales

El concepto de crimen organizado hace referencia, en primer lugar, a los patrones subculturales del clásico entorno de las grandes ciudades que se generan en función de los mercados negros y, en parte, de los mercados grises. En esta línea encontramos, en primer lugar, la figura del delincuente profesional o del delincuente habitual que sirve de base para la descripción de los bajos fondos de la sociedad. Heindl ya trató este tema claramente en su investigación sobre el «delincuente profesional». Estos personajes, declaraba, representan una fuerza organizada,<sup>22</sup> una fuerza peligrosa que se forma en los bajos fondos caracterizados por ser de difícil acceso, que suponen un peligro para la sociedad en general. Por un lado, esta fuerza reside en la profesionalidad que muestran en el momento de perpetrar los delitos. Por otro lado, el peligro también se refleja en un hecho que tiene un papel importante en el concepto actual del crimen organizado. Los delincuentes profesionales no son individualistas, sino que mantienen con celo las estrechas

20. Véase, en este sentido, la totalidad de la ley sobre la Lucha contra el Tráfico Ilegal de Estupefacientes y Otras Formas de Crimen Organizado de 15.7.1992, Código Civil I, 1302.

21. Véase únicamente ALBRECHT, H. J.: «Particular Difficulties in Enforcing the Law Arising out of Basic Conflicts between Different Agencies with regard to the Best-Suited Reaction Upon Highly Sensitive Kinds of Crime», en COUNCIL OF EUROPE (ED.): *Interactions Within the Criminal Justice System*, Estrasburgo, 1987, pág. 41 y siguientes; BRAITHWAITE, J.: *To Punish or to Persuade. Enforcement of Coal Mine Safety*, Albany 1985; RÜTHER, W.: *Die behördliche Praxis bei der Entdeckung und Definition von Umweltstrafsachen-unter besonderer Berücksichtigung des «Zusammenarbeitserlasses» von 1985*, Bonn, 1991; KÜHNE, H. H.; GÖRGEN, TH.: *Die polizeiliche Bearbeitung von Umweltdelikten*, Wiesbaden, 1991.

22. HEINDL, R.: *Der Berufsverbrecher. Ein Beitrag zur Strafrechtsreform*, 6.<sup>a</sup> edición, Berlín, 1928, pág. 157.

relaciones que los unen, lo cual se plasma en una jerarquía propia, una distribución del trabajo, unas normas y valores distintivos, así como en un sistema disciplinario y correctivo independiente con el que controlan y castigan las faltas de los miembros que pertenecen a esta capa social.<sup>23</sup> Se trata, por tanto, de una contrasociedad con una descripción que coincide con la de los delincuentes profesionales. Al mismo tiempo, podemos observar una diferencia muy significativa en lo referente a las bandas de ladrones organizadas y activas durante los siglos xvii y xviii. Sobre esta cuestión también reflexionó Heindl al plantear la pregunta de por qué a principios del siglo xx ya no se hablaba de fenómenos similares a los de las bandas de ladrones de los inicios de la Edad Media.<sup>24</sup> La violencia y la brutalidad han asumido otras funciones.<sup>25</sup> El papel de la violencia ha quedado reducido a funciones disciplinarias. Ya no sirve como medio para provocar alborotos contra el poder central, ya no está vinculada a las demandas de reconocimiento por parte de este poder. De la misma forma, no tiene como objetivo el dominio territorial, sino que su aplicación se limita, en términos funcionales, a aquellos miembros de los bajos fondos ilegales que violan las normas.<sup>26</sup> En consecuencia, la violencia sólo se aplica dentro de los grupos y en ciertos grupos de víctimas que parece que confieren a la fama o al mito de una brutalidad especial una importancia significativa.<sup>27</sup>

En parte, se ha creado una relación de simbiosis entre los bajos fondos de la sociedad y su capa neutral, entre una subcultura y las autoridades de control social. Esta relación es funcional por el simple hecho de que los bajos fondos, gracias a la prostitución, la droga y otros servicios inmorales, satisfacen principalmente la demanda que se genera fuera de su entorno.<sup>28</sup> En otro sentido, esta simbiosis hace referencia, en diferente medida, a las estructuras económicas y sociales, así como a las estructuras políticas y del poder.<sup>29</sup> Esta simbiosis puede adoptar diversas formas, sea a través de relaciones individuales sea a través de la corrupción sistemática y el aprovechamiento de las ventajas que se presentan ocasionalmente.<sup>30</sup> Finalmente, en este punto, debemos prestar atención a las relaciones entre las subculturas y las autoridades de procesamiento penal que pueden definirse, por ejemplo, en forma de investigaciones encubiertas sistemáticas o a través del aprovechamiento de información por agentes de enlace. Estos acuerdos sociales

23. En resumen, FIJNAUT, C.: «Organized Crime: The Forms it Takes, Background and Methods Used to Control It in Western Europe and the United States», en KAISER, G.; ALBRECHT, H. J. (ed.): *Crime and Criminal Policy in Europe. Proceedings of the II European Colloquium*, Friburgo, 1990, pp. 53-97, pág. 54 y siguientes.

24. HEINDL, R.: (*op. cit.*), pág. 157.

25. Principalmente TROTHA, v., T.: *Recht und Kriminalität*, Tübingen, 1982, pág. 60 y siguientes.

26. Esto también encuentra su expresión en nuevas investigaciones cuando, por ejemplo, REBSCHER, E., VAHLENKAMP, W.: *Organisierte Kriminalität in der Bundesrepublik Deutschland*, Wiesbaden, 1988, pág. 94, destacan el hecho de que la violencia contra las personas ya no representa un aspecto sintomático del crimen organizado.

27. Véase ANDERSON, M. (*op. cit.*), con ejemplos de Inglaterra.

28. WILLIAMS, PH. (*op. cit.*), 1995, pág. 5 y siguientes.

29. Son sobre todo estas últimas las que llaman la atención; véase WILLIAMS, PH. (*op. cit.*), pág. 6 y siguientes, con los ejemplos Yakuza/Japón; Cartel de Cali/Colombia; mafias/Italia.

30. WILLIAMS, PH. (*op. cit.*), 1995, pág. 6 y siguientes.

han contribuido claramente en el hecho de que el delincuente psíquicamente inestable y la delincuencia de la calle se hayan convertido en el auténtico problema teórico y empírico de la criminología y de la política criminológica tanto en el este como en el oeste, mientras la imagen de los bajos fondos (u otras subculturas) como potencial y grave contraproyecto en la sociedad convencional se disipa y deja de considerarse como el objetivo de la investigación.

Con esta definición, descubrimos otra cara del crimen organizado, el crimen en diversas formas empresariales. En este sentido, destacan los elementos racionales, empresariales y económicos de la perpetración de los delitos, ya que los fenómenos subculturales identificables con el crimen organizado que pueden apreciarse como consecuencia la toma jurídica y política, en un principio jamás bien tolerante y, a partir de los años sesenta, cada vez más liberal, de la prostitución, los juegos de azar y otros como punto de partida, pese a que sólo en ámbitos marginales, en lo referente al derecho penal represivo. Ello se hace patente en un control fiscal y de orden público cada vez más exhaustivo del entorno que se inició durante los años sesenta y en el cual consiguieron más peso las autoridades encargadas del orden público, la inspección tributaria y las autoridades de aduanas. De la misma forma, la orientación preventiva del control jurídico y penal de la sociedad adquirió una importancia especial.<sup>31</sup> El entorno de las grandes ciudades se perfila como el paso primero en lo referente a las investigaciones jurídico-penales.

El concepto del crimen organizado contiene, en su expresión jurídico-política, un elemento que demuestra que los fenómenos relacionados con este crimen son la reacción ante un Estado «débil» y ante una sociedad igual de sensible. Sin duda, un enfoque de estas características desvía de nuevo la atención sobre las cuestiones fundamentales de la criminología, así como sobre una nueva politización del concepto del crimen. Esto es así porque las bases sobre las que se afianzaba este enfoque hacen referencia a los procesos sociales, por un lado, a la función del Estado y a sus instituciones, del otro, así como al papel activo de los delincuentes profesionales (de los miembros de los llamados bajos fondos) que utilizan la debilidad del poder central para mejorar su situación y ampliar sus opciones de acción.<sup>32</sup> Las hipótesis son de naturaleza dinámica y se basan en los diagnósticos pesimistas relacionados con el desarrollo de la sociedad convencional y con las circunstancias en que se encuentra. Los puntos de partida se establecen en la comprensión de que los sistemas de valores y normas de las sociedades convencionales se desvanecen y su fuerza integradora se pierde.<sup>33</sup> Sólo por este motivo, es comprensible que el crimen organizado se asocie a algo más que a la simple

31. Véase únicamente la explicación que aparece en WAHL, A.: «Zur Bekämpfung der Zuhälterkriminalität. Vorbildliche Zusammenarbeit von Kripo, Ordnungsamt, Zoll, Steuerbehörde und Gericht», *Kriminalistik*, 1982, pp. 406-411; véase también VOGEL, P.: «Die Bekämpfung des organisierten Serienbetrugsam Beispiel des betrügerischen Automatenvertriebes», *Der kriminalist*, 1982, pp. 149-150, por lo que respecta al uso preventivo del Ministerio de Hacienda y de los tribunales de registro.

32. WILLIAMS, PH.: «The Geopolitics of Transnational Organized Crime». Informe presentado en el Seminario sobre Seguridad Global. Universidad de Pittsburgh, 2-3 de noviembre 1995, pág. 3.

33. Claramente, WILHELMS, U.: «Politische und polizeiliche Dimensionen der organisierten Kriminalität», *Der kriminalist*, 1993, pp. 233-235.

lucha. Se trata, ni más ni menos, de la autoafirmación del Estado de derecho democrático<sup>34</sup> y, en este sentido, sin duda alguna, de las medidas y los métodos que se deben poner a disposición para la lucha existencial de estas dimensiones. Existe el temor que se produzca una pérdida acelerada de la autoridad del Estado<sup>35</sup> y que los fundamentos sobre los cuales se erige la comunidad democrática estén en peligro.<sup>36</sup> Además, según estos análisis, las debilidades de la sociedad convencional se muestran dispuestas a participar en los mercados negros, de los que el crimen organizado extrae sus medios financieros con el objetivo de debilitar todavía más las delicadas instituciones estatales. En este sentido, se trata básicamente de minar el sistema político y de derecho.<sup>37</sup> El peligro descrito en estos análisis afecta, evidentemente, al riesgo de sustituir los sistemas de valores tradicionales por los de la contrasociedad o de los bajos fondos. Si así lo queremos, en lo que respecta a este escenario, se trata de un intento de golpe de estado que, a pesar de no responder a unos objetivos políticos determinados, sino a un intento desenfrenado de maximizar beneficios, tiene carácter político. La diferencia más significativa en comparación con el crimen individual no se encuentra, por tanto, en el peligro de la sociedad basada en un sistema estatal, sino en problemas de investigación mucho más profundos que, a la vez, aparecen como consecuencia de los intentos de adaptación de los crímenes nacionales.<sup>38</sup>

Los intentos de adaptación consisten en una aproximación a la sociedad convencional y, por tanto, se pueden observar también en función de las diferencias subculturales razonables y, sobre todo, apreciables. Sólo desde esta perspectiva tienen sentido las opiniones que afirman que el crimen organizado reconocible es un crimen mal organizado.<sup>39</sup> De la misma manera, sólo desde este punto de vista tiene sentido el intento de excluir el terrorismo organizado de esta perspectiva del crimen organizado, ya que precisamente en él se hacen patentes las características de una criminalidad delictiva que se hacen notar de manera violenta y, por tanto, espectacular y que, al final, proporcionarán suficientes argumentos para llevar a cabo investigaciones jurídico-penales con éxito. El crimen bien organizado precisamente es difícil de reconocer, porque utiliza las formas y maneras de trabajar de la economía convencional.<sup>40</sup> Por otro lado, también contribuye a todo esto el derecho penal moderno, situado en segundo plano en relación con la Adminis-

34. SCHLEE, D.: «Bekämpfung der Organisierten Kriminalität - Weichenstellung durch die Politik notwendig», *Schriftenreihe der Polizeiführungsakademie*, 3/4 1990, pp. 10-17.

35. SCHLEE, D. (*op. cit.*) pág. 11.

36. WITTKÄMPER, G. W.; KREVERT, P.; KOHL, A.: *Europa und die innere Sicherheit*, Wiesbaden, 1996, pág. 46.

37. WITTKÄMPER, G. W.; KREVERT, P.; KOHL, A. (*op. cit.*), pág. 46.

38. Así lo podemos leer en WITTKÄMPER, G. W.; KREVERT, P.; KOHL, A. (*op. cit.*), pág. 52 y siguientes. Un catálogo de indicadores del crimen organizado elaborado con cuidado, como si se tratara de un catálogo de problemas de los procesos penales relacionados con la economía.

39. REBSCHER, E. VAHLENKAMP, W.: *Organisierte Kriminalität in der Bundesrepublik Deutschland. Bestandsaufnahme, Entwicklungstendenzen und Bekämpfung aus der Sicht der Polizeipraxis*, Wiesbaden, 1998, pág. 151.

40. Véase TROTHA, T.: *Recht und Kriminalität*, Tübingen, 1982, para obtener una base teórica convincente.

tración, tal y como se puede apreciar en el ejemplo del blanqueo de dinero. El derecho penal ya no tiene el carácter tipificativo directo del delito, como era el clásico derecho penal con éxito, sino que apuesta por acciones básicamente legítimas y legales.

### 3.3 Migración, inmigración, minorías étnicas y crimen transnacional

Las clasificaciones oficiales del crimen organizado apuntan que la mayoría de los sospechosos de pertenecer al mundo del crimen organizado son extranjeros.<sup>41</sup> Por este motivo, se acusa a la población étnica y extranjera de los países europeos de dar apoyo al crimen organizado en el aspecto logístico<sup>42</sup> y servir de redes a través de las cuales se propagan las diversas expresiones del crimen organizado, ya que estos pilares sociales demuestran ser indispensables en un país extranjero tanto para el encubrimiento frente a los procesamientos penales como para el reclutamiento de adeptos a la causa. Podemos observar incluso una «red criminal de alcance mundial» en la cual se mueven diversos grupos de criminales.<sup>43</sup> Los debates sobre este vecindario universal del crimen giran en torno a los inmigrantes de origen chino, de los contactos colombianos para el tráfico de estupefacientes hacia Norteamérica o de la participación de nigerianos en el mercado internacional de la heroína,<sup>44</sup> pero, después del cambio político experimentado en el este de Europa, también se extienden a agrupaciones rusas<sup>45</sup> y vietnamitas.<sup>46</sup> Estas funciones de apoyo que ejercen las minorías étnicas suponen un punto importante para el análisis de la expansión transfronteriza del crimen organizado, pero no cabe duda de que hay otro aspecto de las relaciones entre estas minorías y el mismo crimen organizado que todavía no hemos tenido en cuenta. En efecto, es posible que, dentro de las minorías étnicas y antes del inicio de los movimientos de inmigración, se haya desarrollado un modelo criminal, por ejemplo, en lo referente a la importación y tráfico de estupefacientes en los mercados de droga locales, que implican a los recién llegados en estas actividades organizadas e interrelacionadas. Una participación de estas características en el mercado negro se puede presentar como una solución racional al problema económico con que se enfrentan los inmigrantes, más grave todavía

41. E. H. Ausländerkriminalität in der Bundesrepublik Deutschland nach Öffnung der Grenzen. Zeitschrift für Ausländerrecht 1993, pp. 132-138; BUNDESKRIMINALAMT (ed.): *Lagebild Organisierte Kriminalität, Bundesrepublik Deutschland*. Wiesbaden 1991, pág. 14; 1992, pág. 21; Gewerkschaft der Polizei: *Organisierte Kriminalität in Deutschland*. Hamburgo, 1994, pág. 6; Zusammenfassend WITTKÄMPER, G. W.; KREVERT, P.; KOHL, A. (*op. cit.*), pág. 69.

42. BOVENKERK, F.: «Crime and the Multi-ethnic Society: A View from Europe», *Crime, Law and Social Change*, 19, 1993, pp. 271-280, p. 279.

43. WITTKÄMPER, G. W.; KREVERT, P.; KOHL, A. (*op. cit.*), 1996, pág. 99.

44. WILLIAMS, PH. (*op. cit.*), 1995, pág. 8 y siguientes.

45. WILLIAMS, PH. (*op. cit.*), 1995, pág. 9; WITTKÄMPER, G. W.; KREVERT, P.; KOHL, A. (*op. cit.*), 1996, pág. 109 y siguientes. Sin duda, los datos de que disponemos en este sentido no inspiran mucha confianza, aunque sí que lo hace la estimación de los expertos para el año 1994, que presentaba una cifra bastante exacta de organizaciones criminales (5.691), junto con datos sobre sus miembros.

46. SABERSCHINSKI, H. (*op. cit.*), 1995, pág. 32 y siguientes.

cuando siguen vetadas otras oportunidades.<sup>47</sup> En este sentido, se puede utilizar perfectamente la noción de «escala étnica» para explicar las claras preferencias en lo que respecta a los comportamientos criminales dentro de determinadas minorías, así como la correspondiente representación excesiva en las estadísticas policiales y judiciales de ciertas regiones.

#### 4. CONSECUENCIAS POLÍTICO-CRIMINALES

##### 4.1 Política criminal y mercados negros

Las explicaciones que se han dado al crimen transnacional han clarificado los procesos que determinan, en concreto, las diversas formas que ha adoptado el crimen transfronterizo o transnacional. Aquí deben incorporarse, en primer lugar, los mercados negros y, con ellos, la pregunta de cómo hay que tratarlos desde la perspectiva político-criminal. Los desarrollos apuntan hacia diversas direcciones. Sin duda alguna, las condiciones que imperan en el derecho penal y su aplicación se ven determinadas por la simple singularidad de los mercados negros que necesitan el mismo derecho penal como condición existencial. Hay que reconocer que en los países industrializados occidentales se ha desarrollado, a causa de la acumulación de capital y de los grandes beneficios de los mercados negros, una política criminal que confiere una gran importancia al aspecto financiero de la lucha contra la delincuencia. De esta forma, la respuesta de Alemania al problema de los beneficios ilegales generados (sobre todo en relación con el crimen organizado, su desvío y la prueba convincente de la procedencia criminal de los beneficios) fue la pena patrimonial (artículo 43 del Código Penal).<sup>48</sup> El interés por fortalecer las medidas contra el desvío de beneficios surgió en el ámbito del tráfico de estupefacientes a principio de los años ochenta. Este campo también es el objetivo de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (19.12.1998), así como de la política criminal.<sup>49</sup> Pero la discusión sobre las medidas contra el desvío de beneficios engloba ahora otros delitos y se sospecha que son perpetrados normalmente de forma organizada.<sup>50</sup> En la actualidad, el desvío de dinero se considera un asunto de vital importancia. Se cree que es el medio más eficaz en la lucha político-criminal del crimen organizado y ya se encuadra en una «tercera dimensión» en lo que respecta al derecho

47. Véase BUIKS, P. E. J.: *Surinaamse jongeren op de Kruiskade, overleven in een ethnische randgroep*, Deventer, 1983; KORF, D. J.: «Neue Grenzen — neue Szenen? Die Bedeutung von Entwicklungen in Mittel— und Osteuropa für den Illegalen Drogenhandel in Deutschland», *Sucht*, 39, 1993, pp. 105-110.

48. HOFFMANN, G.: «Reicht unser Beschlagnahmerecht noch aus?», *MDR*, 1984, pp. 617-621.

49. MEYER, J.; DESSAECKER, A.; SMETTAN, R. (ed.): *Gewinnabschöpfung bei Betäubungsmitteldelikten*, Friburgo, 1989; PIETH, M.: *Gewinnabschöpfung bei Betäubungsmitteln*, Strafverteidiger, 1990, pág. 558 y siguientes; KEYSER-RINGNALDA, F.: «European Integration with regard to the Confiscation of the Proceeds of Crime», *European Law Review*, 17, 1992, pp. 499-515.

50. LEMKE, M.: *Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der Vermögensstrafe*, Strafverteidiger, 1990, pp. 87-90, p. 88.

de sanciones.<sup>51</sup> Por el contrario, la clásica sanción de cárcel se describe como una medida bastante ineficaz en la mayoría de los casos.<sup>52</sup> Además, la pena patrimonial es una parte de la estrategia global en la lucha contra el crimen organizado que basa sus acciones en la «estela de dinero» (*money trail*). Esta estrategia engloba la introducción del blanqueo de dinero como acción punible (artículo 261 del Código Penal), la confiscación (artículo 73 del Código Penal), así como la promulgación de una ley contra el blanqueo de dinero (ley sobre la Localización de Beneficios Procedentes de Actos Delictivos, Publicación 456/1993 de la Asamblea Federal del 2 de julio). Está, además, incluida en acuerdos internacionales. Tanto el Parlamento Europeo como la Unión Europea han incorporado el tema del desvío de beneficios y del blanqueo de dinero<sup>53</sup> tanto en las directrices<sup>54</sup> como en las convenciones.<sup>55</sup>

Las estrategias contra el desvío de beneficios tienen su fundamento en la asunción de que el crimen organizado aporta beneficios considerables y que estas ganancias ayudan a su estabilización y expansión, y, con ello, establecen las bases definitivas para la perpetración de delitos. También se presupone que el embargo de los beneficios tiene carácter preventivo y que, finalmente, el objetivo sólo se consigue de forma insuficiente a través de otras formas de acceso a las ganancias ilegales (sobre todo mediante instrumentos como la confiscación, el embargo y las penas pecuniarias), a causa de los problemas que se plantean en el momento de probar la veracidad de los hechos.<sup>56</sup> Obviamente, una mirada rápida a la investigación empírica demuestra que no se ha estudiado de forma sistemática el papel que tienen las ventajas financieras en la aparición de casos de delito y en la prevención.<sup>57</sup> La investigación criminológica se ha ocupado de dar respuesta, a escala internacional, al planteamiento relativo de si una aplicación de las medidas contra el desvío de beneficios comportaría un cambio en las tasas de delincuencia, especialmente, un cambio en el tráfico de estupefacientes y en el crimen organizado correspondiente y en qué medida podría suceder. Algunos estudios económicos han demostrado que incluso los pronósticos más optimistas en lo que respecta a las dimensiones de los beneficios que se pueden desviar tienen poco que ver

51. BOGE, H.: «Gewinnabschöpfung en los «Dritte Dimension» der Bekämpfung des illegalen Rauschgift Handels und -schmuggels», en BUNDESKRIMINALAMT (ed.): *Macht sich Kriminalität bezahlt? Aufspüren und Abschöpfen von Verbrechen Gewinnen*, Wiesbaden, 1987, pp. 89-96; KREY, V.; DIERLHAMM, A.: «Gewinnabschöpfung und Geldwäsche - Kritische Stellungnahme zu den materiell-rechtlichen Vorschriften des Entwurfs eines Gesetzes zur Bekämpfung des illegalen Rauschgift Handels und anderer Erscheinungsformen der organisierten Kriminalität», JR 1992, pp. 353-360.

52. BOGE, H. *Ibidem*.

53. En resumen, PIETH, M. (*op. cit.*), 1990; KUCKELBERG, S.: *Gibt es einen Weg zu einem europäischen Betäubungsmittelrecht?*, ZRP 1994, pp. 259-263.

54. Véase la Council Directive 91/308/EEC on the Prevention of the Use of the Financial System for the Purpose of Money Laundering.

55. Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds of Crime, 8. Noviembre de 1990.

56. KAISER, G. (*op. cit.*), 1989, pág. 685 y siguientes.

57. KERNER, H. J. «Der Verbrechen Gewinn als Tatanreiz aus kriminologischer Sicht», en BUNDESKRIMINALAMT (ed.): *Macht sich Kriminalität bezahlt? Aufspüren und Abschöpfen von Verbrechen Gewinnen*, Wiesbaden, 1987, pp. 17-50.

con los casi inapreciables incrementos en los precios de las drogas en el pequeño comercio.<sup>58</sup>

## 4.2 Cooperación policial y judicial y unificación del derecho

Las ideas esbozadas anteriormente sobre el crimen organizado, junto con los indicios más bien superficiales de un cambio, concretamente la libre movilidad de las personas y el desmantelamiento de los controles de fronteras, permiten establecer inmediatamente un vínculo de unión con los debates que se están llevando a cabo en Europa, desde los años setenta, respecto a las estrategias de trabajo en común del ámbito policial, judicial y político-criminal.<sup>59</sup> Los aspectos que generan las demandas de un fortalecimiento de la cooperación policial y, más todavía, de la propia policía son, en primer lugar y de forma especial, el terrorismo, las drogas ilegales y, finalmente, el crimen internacional y transnacional.

El trabajo conjunto de la policía ha hallado en los Acuerdos de Schengen<sup>60</sup> y el Acuerdo de Maastricht (por ejemplo, en forma de sistemas de información de Schengen y la Brigada de Investigación Criminal Europea)<sup>61</sup> sus fundamentos operativos. La mejora de las estructuras supranacionales del Ejecutivo y de las operaciones de esta institución ha recibido también críticas, ya que los correspondientes controles supranacionales y los equilibrios del poder no se han desarrollado de manera simultánea y, además, la obligación de aprobar una ley formal, estipulada en el Acuerdo de Maastricht, se considera insuficiente.<sup>62</sup> En otro sentido, se planteó con mucho énfasis la cuestión de la viabilidad de una autoridad policial supranacional, teniendo en cuenta las diferentes normas de organización de tipo formal, informal y profesional, así como de las diversas leyes policiales y de procesamiento penal.<sup>63</sup> En realidad, la utilidad práctica de, por ejemplo, la Europol quedaría ya agotada durante el intercambio de información,<sup>64</sup> lo cual da como resultado el problema de la relación entre la Europol y la Interpol (cuyo intercambio de información se centra, en un 80 %, en Europa).

El auténtico problema que se plantea en torno de un control policial intensificado de las tendencias internacionales resultantes del crimen transnacional orga-

58. DESSECKER, A.: *Gewinnabschöpfung im Strafrecht und in der Strafrechtspraxis*, Friburgo, 1991; WAGSTAFF, A., MAYNARD, A.: *Economic Aspects of the Illicit Drug Market and Drug Enforcement Policies in the United Kingdom*, Londres, 1988.

59. Véase, como resumen, ANDERSON, M. (*op. cit.*), pág. 303 y siguientes.

60. FIJNAUT, C.: «The Schengen Treaties and European Police Co-operation», *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 1, 1993, pp. 37-56.

61. FIJNAUT, C. (*op. cit.*), 1993, pág. 52 y siguientes.

62. WALKER, N.: «The Accountability of European police institutions», *European Journal of Criminal Policy and Research*, 1, 1993, pp. 34-52.

63. En resumen, WOODWARD, R. (*op. cit.*), 1993, pág. 23 y siguientes; véase también BEVERS, H.: «Police observation and the 1990 Schengen Convention.» *European Journal of Criminal Policy and Research*, 1, 1993, pp. 83-107. Análisis corporativo en profundidad de las normativas de los procedimientos penales, políticos y judiciales respecto a la observación policial (investigación y entrega controladas, etc.).

64. WOODWARD, R. (*op. cit.*), 1993, pág. 21.



nizado es una creciente «policialización» del procesamiento penal, así como de la seguridad interna y externa.

### 4.3 La modernización del derecho penal

Con el control jurídico y penal de los mercados negros, donde ya se encuentran víctimas dispuestas a presentar denuncia, y en función de una noción del crimen organizado según la cual el factor principal ya no es la figura del delincuente, sino las relaciones entre las personas, y, finalmente, también con un enfoque más centrado en los riesgos como punto de partida para la aplicación del derecho penal, se ha ido generando, desde hace algún tiempo, una necesidad de adaptación y modernización del derecho penal, de la ley de procedimiento penal y del derecho policial. En esta línea se pueden apreciar ciertas tendencias hacia una amplia aplicación de los delitos de peligro abstracto (junto con un énfasis más importante en su punibilidad, así como la tipificación todavía esquemática de la ilicitud de los hechos), hacia un nuevo establecimiento de principios de responsabilidad individual en el marco de las acciones o mediante organizaciones,<sup>65</sup> hacia una ampliación de las oportunidades y de la orientación proactiva de las investigaciones jurídicas y penales, así como hacia una realización de investigaciones encubiertas a gran escala. Los métodos de investigación encubierta (más compromiso de los agentes de enlace y de los policías clandestinos, agitadores, compras ficticias, transportes de estupefacientes controlados, etc.) y el sistema de policías de enlace internacionales se basan en el engaño y el secretismo, con lo cual están en contra de las pretensiones tradicionales de un cuerpo de policía estatal investido con poder de intervención y que se diferencia claramente de la protección constitucional y de los servicios secretos. La nueva determinación de las relaciones entre las autoridades de procesamiento penal y los servicios secretos, por un lado, la reforma de la ley policial y la aproximación entre el derecho de procedimiento penal y las leyes policiales, por el otro, hacen referencia al papel, cada día más importante, que representa el concepto de prevención como *leitmotiv* de los desarrollos. El cambio de las diligencias policiales hacia una nueva investigación preliminar de los hechos y el rechazo correspondiente de las sospechas de hecho como legitimación para la puesta en marcha de actividades de investigación satisfacen los intentos de alcanzar un aprovechamiento total del potencial de los métodos de investigación encubiertos. Esto parece indicar que, en el tratamiento de los riesgos que existen en el mundo moderno con ayuda del derecho penal, el éxito o el objetivo del procedimiento consigue una prioridad indiscutible. El mismo procedimiento y su enjuiciamiento en un sentido que no sea el de la satisfacción de un fin y, por tanto, los componentes jurídicos y estatales, quedan relegados en un segundo término.<sup>66</sup>

65. HEINE, G.: «Von individueller zu kollektiver Verantwortlichkeit. Einige Grundfragen der aktuellen Kriminalpolitik», en ARNOLD, J. U. A. (ed.): *Grenzüberschreitungen. Beiträge zum 60. Geburtstag von Albin Eser*, Friburgo, 1996, pp. 51-76.

66. OSTENDORF, H. (*op. cit.*), 1991, pág. 512 y siguientes.

#### 4.4 Acuerdos internacionales y crimen organizado

La concentración política en el crimen transnacional organizado se establece, con carácter internacional, en la Convención de Viena de 1988, con lo cual se creó el primer instrumento internacional, aunque limitado al tráfico de drogas. Con esta convención se pretendía unificar el derecho penal relacionado con los estupeficientes, así como la punibilidad del blanqueo de dinero. De esta manera, el principal centro de atención de la Convención de Viena fue la ayuda jurídica internacional, de la misma forma que las particularidades de métodos de investigación como los «transportes de estupeficientes controlados».

La Convención de Viena tiene como continuación el borrador de una Convención de las Naciones Unidas para la lucha contra el crimen transnacional organizado,<sup>67</sup> en la cual, básicamente, las reformas del derecho penal y material —que, como ya se ha apuntado anteriormente, han modificado considerablemente los sistemas de derecho penal, tanto de Europa Occidental como de Norteamérica durante los últimos veinte años— han sido elevadas al rango de estándares internacionales. En este sentido se trata, en primer lugar, de la definición del crimen transnacional organizado que, naturalmente, se enfrenta a muchas reservas y, por tanto, prácticamente no ha encontrado entrada hasta ahora en las legislaciones nacionales. El borrador de la convención propone partir del crimen organizado en el caso que exista «un grupo estructurado» durante un determinado período de tiempo, perpetre delitos graves y se extraigan de él beneficios financieros u otras utilidades. La convención incluirá dos tipos de delito y su introducción en el derecho penal de los Estados miembros representará el objetivo principal. Por un lado, se trata del blanqueo de dinero y por el otro, de un tipo de delito relativo a la «pertenencia a un grupo criminal organizado». A pesar de que el delito de blanqueo ya forma parte del contenido de la Convención de Viena de 1988, en este caso se limita únicamente a los delitos relacionados con la droga; ahora se toma la totalidad del crimen organizado como punto de partida para la punibilidad del delito de blanqueo de dinero. En lo referente a la punibilidad de la pertenencia a una asociación criminal (así como a la punibilidad del blanqueo de dinero), es de gran interés el hecho de si se debe introducir un catálogo de delitos y en qué medida hay que hacerlo o bien si será suficiente con una definición del crimen organizado como punto de referencia para la punibilidad. Hasta este momento no se ha llegado a ningún consenso a este respecto. Mientras que algunos Estados argumentaban a favor de la incorporación de un catálogo de delitos cerrado, otros apoyan un concepto más abierto. Lo que se pone en duda es si, tal y como se estipula en el borrador del artículo 6, la incorporación de la punibilidad empresarial debe formar parte del contenido de la Convención. En este sentido también encontramos dos grupos de países que defienden opiniones opuestas.

---

67. JOUTSEN, M.: «Elaboration of a United Nations Convention Against Transnational Organized Crime», *ISPAC Newsletter*, 7, 1999, núm. 28.

De esta manera, los métodos de investigación especiales se ampliarán en comparación con la Convención de Viena de 1988. La Convención para la lucha contra el crimen transnacional organizado debe alcanzar no sólo a los transportes de estupefacientes controlados, sino a las diferentes formas de control de las comunicaciones electrónicas y a las operaciones encubiertas en general. Además de los programas de protección de testigos (art. 18), la Convención incluye la figura del testigo principal (art. 18 bis). A pesar de que en este aspecto también se apela a la ayuda internacional, el borrador hace mención especial a la cooperación entre las autoridades de procesamiento penal (la policía). Así se refuerza una tendencia que, en especial en el contexto europeo, se critica y se denomina «policia-lización» de la cooperación jurídica y penal. De hecho, sobre todo en el sistema de los llamados policías de enlace ha desarrollado una dinámica en el ámbito de la cooperación policial que supera la cooperación judicial y que parece transformarse en un campo de procesamiento penal incontrolado y difícil de vigilar, sobre todo por la falta de estructuras judiciales.

En resumen, si se tienen en cuenta tanto los desarrollos experimentados como las tendencias generadas, se puede confirmar la puesta en marcha de un proceso a escala internacional que tiene como objetivo la amplificación de los métodos de investigación y las estrategias sancionadoras especiales —en un principio limitados al tráfico de drogas—, a prácticamente todas las formas de expresión del crimen. En esta línea, la atención se centrará en un cambio hacia nuevos puntos de vista relacionados con la eficacia y hacia un procesamiento penal de carácter internacional que se manifestará, sobre todo, en la figura de la policía. La justicia y las diferentes expresiones que adopta se mantendrán, en cambio, a escala nacional, con lo cual se restringe su importancia.