

Laura Zúñiga Rodríguez\*

# Criminalidad organizada, derecho penal y sociedad. Apuntes para el análisis

157

## 1. Introducción

Hay muy pocos acuerdos acerca de qué es la criminalidad organizada<sup>1</sup>. Las diversas perspectivas con las que ha sido tratada demuestran que es un fenómeno proteico, complejo, sumamente cambiante y, por tanto, difícil de aprehender en concepciones teóricas y, más aún, en leyes penales. Varios factores se conjugan para abonar en esta dificultad. En primer lugar, es un fenómeno relativamente nuevo, o por lo menos percibido en su dimensión social no hace muy poco, en lo que respecta a Europa<sup>2</sup>. En segundo lugar, supone una abstracción mayor de fenómenos criminales tradicionales, como delitos de tráfico de drogas, blanqueo de dinero, tráfico de personas, etc.; métodos de actuación; responsabilidades penales; actuaciones transnacionales, y, sus respectivas políticas criminales, entre otros. En tercer lugar, los trabajos de los diversos países están fuertemente

\* Profesora Titular de Derecho Penal Universidad de Salamanca.

1 Comenzando por el nombre: se habla de “delincuencia organizada”, “crimen organizado” y “criminalidad organizada” para denotar el mismo fenómeno. La primera denominación es propia del Derecho Penal, la segunda es una traducción del inglés *organised crime*, y la tercera parece más consolidada en los ámbitos criminológicos y las definiciones internacionales de ámbito europeo, por tanto, más comunes para los operadores del sistema penal.

2 Aunque sus antecedentes puedan verse en el bandolerismo o las asociaciones ilícitas del siglo XIX, en realidad la criminalidad organizada como fenómeno asociado a los tráficos ilícitos marca su inicio en los locos años veinte de Estados Unidos, en los que se prohibió la venta de alcohol y tabaco. Desde ahí viene la versión mitómana de este tipo de criminalidad o la versión conspirativa, desde donde se sitúe el intérprete. Vid. ZAFFARONI, “Il crimine organizzato: una categorizzazione fallita”, en MOCCIA (ED.), *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, Nápoles, Edizione Scientifiche Italiane, 1999, pág. 65. En el ámbito regional europeo, la criminalidad organizada está en la agenda del Consejo de Europa recién desde hace dos décadas. Cfr. Consejo de Europa, *Organised crime in Europe: the threat of cybercrime. Situation report 2004*, Council of Europe Publish, 2005, pág. 7. Las interpretaciones sobre la existencia del crimen organizado son tan diversas que PAOLI, “Il crimine organizzato in Italia e in Germania”, en MILITELLO / PAOLI, *Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale. Forme di manifestazione, prevenzione e repressione in Italia, Germania e Spagna*, Friburgo, Max Planck Institut, 2000, pág. 90, advierte que en Alemania, como no existe un consenso acerca de lo que es criminalidad organizada, “se pueden encontrar opiniones diametralmente opuestas: según algunos, el crimen organizado en Alemania no existe; según otros, está ampliamente difundido”.

por sus propias realidades nacionales y por la evolución de los grupos criminales organizados<sup>3</sup>.

En cuarto lugar, al tratarse de un fenómeno de enorme complejidad, ha sido abordado desde diversas perspectivas de análisis, como la económica, política, sociológica, antropológica, jurídica, siendo más escasos los trabajos con visiones integradoras desde la perspectiva criminológica<sup>4</sup>. Tampoco los estudios sobre los determinados delitos o fenómenos conexos permiten un conocimiento de qué es la criminalidad organizada, pues se trata de análisis parciales de un todo más problemático.

De otro lado, la criminalidad organizada es un tema difícil y complicado para la Sociedad porque refleja sus debilidades, la cara más amarga de sus fisuras y contradicciones. En una sociedad que se desenvuelve dentro de simbologías, en la que el mensaje es trascendente, reconocer la existencia y peligrosidad de la criminalidad organizada, supone destapar, cual “efecto dominó”, una serie de déficits sociales, económicos, culturales de nuestras sociedades “del bienestar”. Como advierte Castells, hay un complejo conjunto de vinculaciones entre los “agujeros negros” del capitalismo informacional, el aumento de la desigualdad, la polarización social, la pobreza y la miseria en la mayor parte del mundo, y los mercados ilegales, especialmente de drogas, prostitución y tráfico de personas<sup>5</sup>.

En este trabajo sólo se pretende plantear los siguientes temas: la importancia de establecer una definición de criminalidad organizada, verificar los principales factores que la favorecen, señalar los modelos de intervención penal vigentes y concluir con algunas evidencias útiles en materia de su prevención. Seguramente en ningún caso agotaré los temas porque ello requeriría un mayor espacio de análisis, pero alguna utilidad tendrá este artículo si, cuanto menos, ordena los problemas fundamentales a los que nos enfrentamos los penalistas cuando abordamos este

tema. De ahí, el título: sólo son unos apuntes para el análisis.

## 2. Criminalidad organizada y Derecho Penal: El problema de las definiciones

Un primer problema que hallamos es definir a la criminalidad organizada. Las diversas manifestaciones que ha desarrollado en distintos países, la pluralidad de actuaciones que realiza, la diversa dimensión del fenómeno, hacen que resulte difícil acoger un concepto que reúna unas notas características consensuadas en todos los ámbitos y países. Incluso se discute si es posible aprehender en un concepto general un fenómeno tan proteico<sup>6</sup>. Ahora bien, considero necesario no cejar en el empeño de llegar a acuerdos en una definición de criminalidad organizada, por las siguientes razones:

1. Los convenios internacionales recomiendan la armonización de las legislaciones penales, a los efectos de facilitar la doble incriminación, necesaria para la extradición.
2. Es preciso distinguir la criminalidad organizada de otros fenómenos criminales conexos como la criminalidad de empresa, la corrupción política y el terrorismo, a los efectos de una mejor política criminal de cada tipo de criminalidad<sup>7</sup>.
3. El hecho de que en la realidad se presenten formas de criminalidad organizada con especificidades concretas próximas a la corrupción, la criminalidad de empresa o el terrorismo, no desfavorece la conceptualización, sino por el contrario, la hace más necesaria<sup>8</sup>.
4. Es importante conocer qué es la criminalidad organizada para poder establecer mecanismos de prevención; y conocer es, necesariamente, ordenar, sistematizar, clasificar, establecer propiedades comunes.

3 Así, en Italia la criminalidad organizada ha sido identificada con la mafia y otras organizaciones criminales similares, en Portugal se asocia a los ilícitos del mercado financiero, en Alemania fundamentalmente al lavado de dinero y a la corrupción, mientras que en España la identificación de criminalidad organizada es sin lugar a dudas con el terrorismo. Cfr. FORNASARI, “Le strategie di contrasto alla criminalità organizzata: aspetti comparatistici nell’esperienza europeo-continentale”, en FORNASARI (ED), *Le strategie di contrasto alla criminalità organizzata nella prospettiva di diritto comparato*, Padua, Cedam, 2002, págs. 174-175.

4 Especialmente en España, y en general en lengua castellana, escasean los trabajos que se ocupan de estudiar los aspectos criminológicos de la criminalidad organizada. Podemos citar: ANARTE BORRALLO, “Conjeturas sobre la criminalidad organizada”, en FERRÉ OLIVÉ / ANARTE BORRALLO (EDS.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Univ. de Huelva / Fundación El Monte, 1999; MEDINA ARIZA, “Una introducción al estudio criminológico del crimen organizado”, en FERRÉ OLIVÉ / ANARTE BORRALLO (EDS.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Univ. de Huelva / Fundación El Monte, 1999; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, “Perfil criminológico de la delincuencia transnacional organizada”, en PÉREZ ÁLVAREZ (COORD.), *Serta*. In memoriam Alessandri Baratta, Universidad de Salamanca, 2004. Un análisis más específico puede verse en NÚÑEZ PAZ, “Criminología y grupos organizados. Una aproximación al problema de la mafia rusa”, en PÉREZ ÁLVAREZ (COORD.), *Serta*. In memoriam Alessandri Baratta, Universidad de Salamanca, 2004.

5 CASTELLS, Manuel: *La era de la información. Fin de Milenio*. Vol. 3, Madrid, Alianza Ed., 2001, 3ª ed., p. 197.

6 Así, para ZAFFARONI. *Il crimine organizzato: una categorizzazione fallita*. ob. cit., passim., es un intento fallido.

7 Debe advertirse que un tratamiento jurídico común, especialmente del terrorismo y de la criminalidad organizada facilita las alianzas estratégicas entre esas formas de criminalidad.

8 Como sostiene SARTORI, *Comparación y método comparativo*, en SARTORI / MORLINO, (COMPS): *La comparación en las Ciencias Sociales*, Madrid, Alianza Editorial, 2002, 1ª reimpresión, p. 35: “...comparar implica asimilar y diferenciar en los límites... Las comparaciones que sensatamente nos interesan se llevan a cabo entre entidades que poseen atributos en parte compartidos (similares) y en parte no compartidos (y declarados no comparables)”.



**“La confluencia de estos tres factores: exclusión social, debilitamiento del Estado-nación y anomia, cristaliza una reedición de la violencia colectiva [...] que es el trasfondo social de la criminalidad organizada”**

Seguramente el criterio más idóneo para un acercamiento racional al tema sea acudir a las definiciones internacionales, dado que, lo principal es llegar a acuerdos en el ámbito internacional a los efectos de una cooperación policial y judicial más efectiva. A esta conclusión se ha llegado, fundamentalmente desde que la criminalidad organizada adquiere carácter transnacional<sup>9</sup>. Especialmente, la lucha internacional contra los tráfico ilícitos es tarea de la ONU a partir de la Convención Internacional contra el Crimen Organizado Transnacional, celebrado en Nápoles, entre 21 y 23 de noviembre de 1994.

Ahora bien, conviene ver los antecedentes de estas definiciones internacionales.

La señal de inicio de la noción internacional de criminalidad organizada lo marca la ley estadounidense *Organized Crime Control Act de 1970*, comprendida en la más notoria *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations* (Ley sobre las organizaciones corruptas y extorsionadoras, mundialmente conocida como ley R.I.C.O.), que propone una visión relativamente más genérica del fenómeno en examen, poniendo de relieve el carácter organizativo y corruptivo del mismo, y renunciando a construir una definición más articulada y descriptiva de la complejidad del fenómeno que lo comprende. La ley RICO tipifica el delito de participación en los asuntos de una empresa con ayuda de métodos extorsivos<sup>10</sup>, con lo cual se vincula la noción de criminalidad organizada con la criminalidad de empresa.

Por otro lado, la noción de “criminalidad organizada” empezó a ser utilizada en el lenguaje de la legislación y de la jurisprudencia italiana, a mediados de los años setenta, frente a la extensión de secuestros

de personas y el crecimiento de los grupos terroristas, en que se empiezan a dar regulaciones especiales, de tipo emergencial. Pero es especialmente en los años ochenta cuando la criminalidad organizada emerge como un sujeto político en el escenario italiano, al haber logrado la acumulación del “capital criminal” bajo un proceso de apropiación de recursos públicos y valorización en el mercado político y económico de beneficios y métodos de actuar provenientes del sector ilegal<sup>11</sup>. Se hace común en Italia hablar de mafia o mafias para denotar a las particulares formas de criminalidad organizada existentes en su territorio, como la Camorra napolitana, o la *N'drangheta* calabresa, aunque el término mafia provenga de la más representativa, que es la mafia siciliana, también llamada *Cosa Nostra*.

En efecto, en los años de la guerra fría el protagonismo mundial lo lleva el terrorismo, principalmente de izquierdas. Luego de la caída del muro de Berlín se inicia un período histórico caracterizado por el triunfo ideológico del capitalismo y la consiguiente liberalización de los mercados. Esto le supone un renacer a la criminalidad organizada, pues el tinte mercantil de maximización de los beneficios, aprovechamiento de los adelantos tecnológicos, prevalencia del mercado le permitirá dar un salto cualitativo.

Hoy en día, tanto los estudios especializados, como los congresos internacionales y los operadores de la justicia internacional, comprenden con el término criminalidad organizada a las grandes organizaciones criminales (y sus satélites) que utilizan los métodos de la mafia: extorsión, secretismo, violencia, búsqueda de impunidad, corrupción pública y privada, para conseguir beneficios ilícitos<sup>12</sup>. El dominio del

9 Advierte WOODIWISS, *Transnational organised crime. The global reach of an American concept*, en Edwards / Gill, *Transnational organised crime. Perspectives on global security*, Londres y Nueva York, Routledge, 2003, p. 13, que desde los inicios de los años noventa empieza usarse el término transnacional organised crime, para denotar el mercado ilícito internacional y empieza a tener uso común en el vocabulario de la justicia criminal.

10 Cfr. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Madrid, Dykinson, 2005, p. 110. La palabra racketeering puede traducirse por chantaje o extorsión sistemática, y también es utilizada para designar el crimen organizado en general, con lo cual se da cuenta del carácter corruptor, torcedor de la voluntad, violento del mismo. Por otro lado, la voz “racketeering” ha sido entendida como sinónimo de actividades criminales sistemáticas (systematic criminal activity).

11 Cfr. CACIAGLI, *Clientelismo, corrupción y criminalidad organizada*. ob. cit., p. 94.

12 Son los elementos más comunes de todas las definiciones que provienen de distintos ámbitos.

lista de producción en el mundo globalizado, pone una dinámica nueva a la criminalidad organizada, en la medida en que queda como principal protagonista de sus actividades la búsqueda del lucro ilícito, de la explotación del mercado de bienes y servicios prohibidos, con clara contaminación del mundo empresarial y político.

Con estos antecedentes, Naciones Unidas se ocupa por primera vez del crimen organizado en el V Congreso de Prevención contra la Criminalidad celebrado en 1975. Bajo la temática “Transformaciones en las características y dimensiones de la criminalidad nacional y transnacional”, el Congreso puso el acento en el crimen como negocio, tanto a nivel nacional como transnacional, señalando: la criminalidad organizada, la criminalidad de empresa y la corrupción<sup>13</sup>.

Ahora bien, el punto de arranque del tratamiento internacional propiamente del crimen organizado, en el ámbito de Naciones Unidas, lo constituye la Declaración Política y el Plan Mundial de Acción de Nápoles contra la Delincuencia Transnacional Organizada de 1994<sup>14</sup>, aprobados por la Asamblea General de Naciones Unidas el 23 de diciembre de 1994<sup>15</sup>.

Con ocasión de la Cumbre del Milenio, la Asamblea General adopta la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, en diciembre de 2000, en la ciudad de Palermo. El propósito principal de la Convención es promover la cooperación entre los Estados para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional, de ahí que los Estados que lo ratifiquen se obligan a:

- a) Penalizar en sus ordenamientos jurídicos internos determinadas conductas delictivas: participación en un grupo delictivo organizado (art. 5), blanqueo o lavado del producto del delito (arts. 6 y 7), corrupción de funcionarios públicos (art. 8) y la obstrucción de la justicia (art. 23).
- b) Adoptar medidas de carácter legislativo, administrativo o de otra índole, para combatir el blanqueo de dinero (art. 7), para promover la integridad, prevenir, detectar y castigar la corrupción de funcionarios públicos (art. 8).
- c) Extraditar o enjuiciar los delitos contemplados en la Convención.

- d) Cooperar a los fines de decomiso (art. 13), asistencia judicial (art. 18) y llevar a cabo investigaciones conjuntas (art. 19), así como en la adopción de medidas destinadas a intensificar la cooperación con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley (arts. 26 y 27).

Respecto a los avances en la definición de criminalidad organizada en la Convención de Naciones Unidas<sup>16</sup>, resulta interesante el consenso alcanzado acerca de la definición de *grupo delictivo organizado*. Designa a un grupo estructurado de tres o más personas, con cierta permanencia en el tiempo, y que actúe concertadamente, con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención, con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material (art. 2.a).

Por infracción grave se entiende aquel comportamiento punible con una pena privativa de libertad máxima de al menos 4 años o con una pena más grave (art. 2.b). Es de tener en cuenta que el Proyecto de Convención de 1999 establecía los crímenes que, entre otros, debe englobar la expresión “infracción grave”: el tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, el blanqueo de dinero, la trata de seres humanos, la falsificación de moneda, el tráfico ilícito o robo de objetos culturales, delitos relativos a materiales nucleares, terrorismo, fabricación y tráfico de armas y explosivos o sus piezas, tráfico ilícito o robo de automóviles o sus piezas y corrupción. Aunque estos delitos no fueron contemplados en la Convención definitiva, sí son una buena muestra de los delitos graves que comúnmente están asociados a la criminalidad organizada.

En cuanto a la tipificación, se llega al consenso de tipificar un tipo penal de participación en organización criminal, independientemente de los delitos específicos cometidos o tentados.

En el ámbito regional europeo, los avances en materia de cooperación en la lucha contra la criminalidad organizada vienen de la mano principalmente del Tratado de Amsterdam de 1997, en el que se potencia la creación de un espacio común de seguridad, justicia y libertad, es decir, el Tercer Pilar. Sobre la base del art. 29 del Tratado de Amsterdam que reza: “Sin perjuicio de las competencias del Comunidad Europea, el objetivo de la Unión será ofrecer a sus

13 Antes la Ley RICO de Estados Unidos, pero es recién en este Congreso de Naciones Unidas cuando se percibe la tenue línea que separa la criminalidad organizada de la delincuencia de cuello blanco. La famosa tesis de Sutherland de los delitos cometidos por personas de respetabilidad y alto nivel social en el curso de una actividad profesional legítima, fue superada en la praxis cuando la criminalidad organizada interviene en el mundo económico empresarial. Cfr. “Los retos de la criminología de cara a la delincuencia organizada”, en MACEDO DE LA CONCHA, Delincuencia organizada, México D.F., INACIPE, 2003, pp. 73-75.

14 Vid. el documento en BASSIOUNI / VETTERE (EDS.), Organized Crime. A compilation of U.N. Documents 1977-1998, New York, 1998, pp. 418 y ss.

15 Cfr. CARRILLO SALCEDO. “Soberanía de los estados y cooperación internacional en la lucha contra la criminalidad organizada”, en GUTIÉRREZ-ALVIZ / VALCÁRCE LÓPEZ (DIRS.), *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*. Universidad de Sevilla, 2001, pp. 16 y 17.

16 Sobre este instrumento y los de la UE Cfr. BLANCO CORDERO / SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, “Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y de los problemas de la aplicación de la ley penal en el espacio”, en AA. VV., *Criminalidad Organizada*. Actas preparatorias de la Asociación Internacional de Derecho Penal, Univ. de Castilla La Mancha, 1999, págs. 5 y ss.

en alto grado de seguridad y justicia y una acción en común entre los Estados miembros en los ámbitos de la cooperación policial y judicial en materia penal y mediante la prevención y la lucha contra el racismo y la xenofobia.

Este objetivo habrá de lograrse mediante la prevención y la lucha contra la delincuencia organizada o no, en particular el terrorismo, la trata de seres humanos y los delitos contra los niños, el tráfico ilícito de drogas y de armas, la corrupción y el fraude”.

Por su parte el art. 31 e) del Tratado de la Unión Europea (TUE) establece que la acción común sobre cooperación judicial en materia penal incluirá: “la adopción progresiva de medidas que establezcan normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de los delitos y a las penas en los ámbitos de la delincuencia organizada y el tráfico ilícito de drogas”.

A partir de estas disposiciones del TUE se impulsa el denominado Tercer Pilar, esto es, un proceso de armonización de legislaciones penales y el desarrollo de la cooperación policial con la Europol y judicial con la creación del Ministerio Fiscal Europeo y la euroorden, en el que la lucha contra la criminalidad organizada constituye uno de los ejes fundamentales. Se procede así a la creación del “Plan de acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Amsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia”<sup>17</sup>. De esta manera se alude al “espacio de seguridad” y se contempla específicamente a la “delincuencia organizada”, “drogas” y “Europol”; y en el “espacio de justicia” se apunta a la “cooperación judicial en materia penal”.

Dentro de este ámbito, el Consejo Europeo ha adoptado la “Acción Común relativa a la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea”, de 21 de diciembre de 1998, sobre la base de los arts. 29 y 31 TUE. La organización delictiva se define en el art. 1 como “una asociación estructurada de dos o más personas, establecida durante un cierto período de tiempo, y que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o de una medida de seguridad privativa de libertad de al menos cuatro años como mínimo o con una pena más severa, con independencia de que esos delitos constituyan un fin en sí mismo o un medio para obtener beneficios patrimoniales y, en su caso,

de influir de manera indebida en el funcionamiento de la autoridad pública”<sup>18</sup>. El segundo párrafo, establece que los delitos a que se refiere el párrafo 1º incluyen los mencionados en el art. 2 del Convenio Europol y su anexo, siempre que puedan ser sancionados con una pena equivalente al menos de 4 años. Los delitos contemplados en el art. 2 son: terrorismo (que entrañe atentados contra la vida, la integridad física y libertad de las personas o contra sus bienes), el tráfico ilícito de estupefacientes, tráfico ilícito de material nuclear o radioactivo, tráfico de inmigración clandestina, trata de seres humanos, tráfico de vehículos robados, el blanqueo de dinero vinculado a los anteriores delitos. Además, el Anexo añade: delitos contra la vida, la integridad física (homicidio voluntario, agresión con lesiones graves), la libertad (secuestro, detención ilegal, toma de rehenes), la propiedad (robos organizados, fraude, estafa, extorsión, etc.), falsificación de moneda y medios de pago, falsificación de documentos y tráfico de documentos falsos, tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos, tráfico ilícito de bienes culturales, tráfico ilícito de especies animales y vegetales protegidas, tráfico ilícito de sustancias hormonales y otros factores de crecimiento, etc.

Con esta Acción Común se pretende llegar a un consenso en los diversos Estados miembros sobre la tipificación del delito de participación en una organización delictiva, así como sobre su persecución penal (cooperación policial y judicial), independientemente del lugar de la Unión donde actúe la organización, teniendo en cuenta que puede comprometer a varios países. Es de subrayar que las características esenciales establecidas por esta Acción Común de la UE para la organización criminal coinciden con las destacadas por la definición de Naciones Unidas. La definición de la UE sobre grupo criminal organizado incluye no sólo aquellos grupos delictivos que posean finalidad puramente económica, sino también, otros fines ilícitos, como los móviles políticos por fuera de la ley. Sin duda, la preocupación europea por el terrorismo se hizo presente, pues en el Preámbulo de la citada Acción Común se menciona expresamente el terrorismo como forma de delincuencia organizada, y en el párrafo 2º del art. 1 se considera como uno de los delitos que se consideran propios de la criminalidad organizada<sup>19</sup>.

En la línea de conseguir un mínimo común en relación a los elementos constitutivos del delito y de

17 Texto adoptado por el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior de 3 de diciembre de 1998, Diario Oficial de Las Comunidades Europeas, N° C de 23 de enero de 1999.

18 Cfr. Diario Oficial de Las Comunidades Europeas, N° L 351/1 de 29 de diciembre de 1998.

19 Destaca también la preocupación europea por el terrorismo, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Criminalidad organizada, ob. cit., pp. 34-35. Asimismo, puede verificarse cómo los intereses policríminales cambian al hilo de los crímenes cometidos y, esto, incide sobre la conceptualización de la criminalidad organizada. En el año 2000, en que todavía no se había producido el atentado del 11 de septiembre en Nueva York, Europa ya estaba preocupada por el terrorismo y en la Convención de Naciones Unidas todavía no se vislumbraba la focalización sobre este fenómeno. Un año después, al hilo del citado atentado, Europa empieza a desarrollar más rápidamente una serie de medidas en la lucha contra el terrorismo: la definición común de terrorismo, la euroorden, la creación del Ministerio Fiscal Europeo, etc. Finalmente, la lucha contra la financiación del terrorismo, va a dar lugar a una mayor presión contra las organizaciones criminales, toda vez que varias se dedican a ambas actividades.

esto es de armonizar las legislaciones de los Estados miembros, como paso previo de la cooperación internacional, un grupo de expertos se reúne entre los años 1998-2000 en la ciudad de Palermo, con el propósito de elaborar el “Proyecto común europeo de lucha contra la criminalidad organizada”, dirigido por el Profesor de la Universidad de Palermo Vincenzo Militello<sup>20</sup>. Siguiendo el método de comparar las diversas legislaciones de los países miembros los trabajos han concluido en una propuesta de normas penales comunes europeas en esta materia, concretamente sobre:

- a) Punibilidad de la participación en una organización criminal.
- b) El comiso de las ganancias de las organizaciones criminales.
- c) Disposiciones sobre colaboradores con la justicia y agentes infiltrados.
- d) Interceptación de las comunicaciones telefónicas.

Concretamente, en lo que respecta al ámbito penal sustantivo debe resaltarse:

- a) La figura penal de “participación en organización criminal” se define como un tipo general de participación en delitos de grupo, que dentro de los esquemas tradicionales da autoría y participación difícilmente resultarían aceptables<sup>21</sup>.
- b) La Propuesta incide en que los delitos del programa criminal deben tener carácter grave, para no dejar abierta cualquier posibilidad de delitos de referencia. La gravedad de los delitos la determinará cada Estado según sus particulares circunstancias, cuestión a valorar positivamente porque cada Sociedad debe establecer la relevancia de su propia criminalidad. En todo caso la Propuesta establece un mínimo: los delitos de homicidio doloso, secuestro, tráfico de estupefacientes, blanqueo de dinero y tráfico de seres humanos, serán siempre considerados graves. Llama la atención a primera vista la no consideración del delito de terrorismo, quizás por las dificultades para llegar a acuerdos en materia de terrorismo son considerables, debido no sólo a razones de orden político, sino también de tipo jurídico<sup>22</sup>. En todo caso, el hecho que no esté en el catálogo de mínimos no impide que el propio

Estado, por sus propias particularidades, lo incluya.

- c) Por último, debe distinguirse la penalidad en orden al grado de participación en la organización criminal, en las organizaciones jerárquicamente estructuradas. Quienes son fundadores o dirigentes de la organización criminal deben tener mayor pena que otros participantes como financiadores, miembros activos, promotores, etc. Se trata, pues, de establecer el principio de proporcionalidad en las penas según el grado de responsabilidad en la organización.

De otro lado, la Unión Europea, concretamente en el ámbito de la Europol, ha elaborado 11 criterios para determinar la existencia de criminalidad organizada<sup>23</sup>. Son los siguientes:

1. Colaboración de dos o más personas.
2. Distribución de tareas entre ellas.
3. Permanencia.
4. Control interno.
5. Sospechosas de la comisión de un delito grave.
6. Actividad internacional.
7. Violencia.
8. Uso de estructuras comerciales o de negocios.
9. Blanqueo de dinero.
10. Presión sobre el poder público.
11. Ánimo de lucro.

Se considera que como mínimo deben concurrir seis características de las anteriormente enumeradas, de las cuales serán obligatorias al menos tres: las correspondientes a los números 1, 5 y 11. Sin duda, estos indicadores que tienen la funcionalidad práctica de mostrar los elementos fundamentales y accesorios del fenómeno criminalidad organizada, resultan interesantes en orden a establecer una definición o conceptualización. Si tenemos en cuenta los tres indicadores mínimos, podemos ver su correspondencia con los elementos de las definiciones internacionales, a saber:

1. *Organización*: La unión de dos o más sujetos para lograr un fin común, que estos indicadores consideran el fin de lucro, pero que nece-

20 Vid. la publicación del mismo MILITELLO / HUBER (EDS.), *Towards a european criminal law against organised crime*, Freiburg, Max Planck Institut, 2001.

21 Se trataría, según los esquemas españoles, de la punibilidad de cooperadores necesarios de delitos de organizaciones cuyas figuras más próximas en la legislación española serían los delitos de colaboración terrorista del art. 576 CP y favorecimiento terrorista del art. 575 CP. Ya la AIDP, en su XVI Congreso Internacional de Derecho Penal, celebrado en Budapest, en 1999 y dedicado a “El derecho penal frente al reto del crimen organizado”, puso de relieve que “las categorías tradicionales de la autoría y participación pueden no ser suficientes para encauzar la responsabilidad” de los miembros de organizaciones criminales. Vid. AIDP, Carta informativa, p. 92.

22 No sólo está la discrepancia ya mencionada de considerar al terrorismo como forma de crimen organizado, sino también el tratamiento propiamente penal, como figura especial, determina la necesidad de tipificaciones de delitos de terrorismo, en los que es difícil llegar a consensos sobre sus características, sin caer en tipos abiertos.

23 Doc 6204/2/97 Enfopol 35 Rev 2.

...te tiene que ser su obtención mediante comisión de delitos graves. La organización necesita para su configuración de una estructura, esto es, unos medios técnicos materiales y personales, destinados al fin general de la organización. La estructura denota la división de funciones dentro de la organización, que puede ser jerárquica u horizontal, pero que en todo caso determina un reparto de roles. Ello, necesariamente presupone cierta permanencia, cierta estabilidad, pues no es una unión ocasional de personas, sino una agrupación que une sus esfuerzos para lograr un fin programático común, que puede ser económico o político, pero que utiliza como fines mediatos la comisión de delitos.

2. *Comisión de delitos graves:* Todas las definiciones internacionales inciden en que el crimen organizado implica la comisión de delitos graves<sup>24</sup>. Tanto los delitos que se contemplan como propios de la criminalidad organizada, como los acuerdos internacionales que establecen la gravedad de los mismos por la gravedad de la pena (mayor de 4 años de prisión), coinciden en señalar que estamos ante un tipo de criminalidad con una dañosidad social elevada, ya sea porque utiliza la violencia (indicador 7) o presiona al poder político (indicador 10). En suma, la comisión de delitos graves es un fin mediato, respecto del fin general programático común.
3. *Finalidad programática común:* La existencia de una organización supone la unión de personas para conseguir un fin común. Esto es, si bien cuando hablamos de criminalidad organizada estamos ante la comisión de delitos graves, éste no es el fin último, sino que se trata de otra finalidad económica o política, que es la que realmente da cohesión a la organización. Toda la organización criminal, estructura, medios, se funcionaliza hacia el fin general. Ha habido en las discusiones internacionales sobre este fin común debate sobre si es el fin de lucro, es la obtención del poder, demostrando con ello fundamentalmente la discusión que hay en torno

al terrorismo como forma de criminalidad organizada. En realidad, hoy en día las finalidades se entrecruzan y funcionalizan unas con otras. Las organizaciones que tienen finalidades políticas también buscan el fin de lucro en la medida que necesitan financiación para sus actividades delictivas. Las organizaciones criminales que tienen claramente fines de lucro también buscan alianzas con el poder político para lograr la impunidad. Se presenta hoy cierta simbiosis entre los fines económicos y políticos. La clave de la discusión es si el fin fundamental es sólo el lucro, o contemplamos también dentro de la definición de criminalidad organizada a aquellas organizaciones con fines ideológicos o religiosos, integrando con ello al terrorismo<sup>25</sup>.

### 3. Criminalidad Organizada y Sociedad: La Triada Criminalidad Organizada, Criminalidad de Empresa y Corrupción Política

En el mundo se ha impuesto el sistema de producción de libre mercado con la caída del socialismo real, esto, aunado al espectacular desarrollo tecnológico principalmente en el ámbito de las telecomunicaciones, ha facilitado el movimiento de capitales, de bienes y servicios, incrementando notablemente el comercio internacional, pero también ha acercado a los grupos que se dedican al comercio ilícito, ha facilitado los movimientos de capitales sucios, en suma, ha permitido a la criminalidad organizarse más y mejor.

El *delito global* se expresa fundamentalmente en la criminalidad organizada. El tráfico de armas, el tráfico de menores, el tráfico de mujeres, el tráfico de drogas, el tráfico de órganos humanos, el tráfico de mano de obra, el blanqueo de dinero, son todas formas de criminalidad que tienen por característica común, utilizar (o mejor sería decir, explotar) los tejidos del comercio internacional para lograr ganancias ilícitas, las cuales se acrecientan en la medida que

24 En este sentido conviene criticar la reforma de la LO 11/2003, de medidas concretas contra la seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, que modifica el art. 515.1 CP de asociaciones ilícitas, considerando también como las mismas, la comisión de faltas, de manera organizada.

25 Aunque no es posible entrar de lleno en el debate sobre si el terrorismo puede o no ser considerado criminalidad organizada, por razón de espacio, sí creo conveniente plantear las siguientes cuestiones: 1) En Europa, y más concretamente en España, la discusión está marcada por la permanencia del fenómeno terrorista, que es un tipo de criminalidad que requiere estructuras organizadas. 2) Aunque en la realidad haya simbiosis o alianzas entre la criminalidad organizada y el terrorismo, no debe confundir sus reales fines, siendo para la primera el fin de lucro y para la segunda la finalidad política. 3) Mientras que a la criminalidad organizada le interesa el secretismo de sus actividades, el terrorismo busca la publicidad de sus actividades últimas, buscando el terror. 4) Mientras que la criminalidad organizada puede buscar alianzas con el poder político, el terrorismo busca la confrontación con el poder político. 5) Lo que debe definir cada tipo de criminalidad es la finalidad última, no la finalidad mediata que es accesoria. Por todas estas consideraciones considero que no se debe asimilar ni conceptualmente, ni políticocriminalmente al terrorismo con la criminalidad organizada. En España es mayoritaria la consideración del terrorismo como criminalidad organizada. Cfr. FABIÁN CAPARRÓS, "Criminalidad organizada", ob. cit., 1997, p. 178; SERRANO-PIEDRECASAS, "Rapports nationaux: Espagne", en Revue International de Droit Penal. Les systemes pénaux à l'épreuve du crime organisé, 1998, pp. 293 y ss; PIFARRÉ, "La criminalità organizzata in Spagna", en MILITELLO / PAOLI, Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale. Forme di manifestazione, prevenzione e repressione in Italia, Germania e Spagna, Friburgo, Max Planck Institut, 2000, pp. 123 y ss. También SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Criminalidad organizada, ob. cit., pp. 41 y 45, para quien la búsqueda del poder además de la búsqueda de beneficios económicos es propio de la criminalidad organizada. En una línea diversa, incidiendo en el fin económico Vid. GÓMEZ DE LIANO FONSECA-HERRERO, Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación, Madrid, Colex, 2004, pp. 57 y 58; CHOCOLÁN MONTALVO, Organización criminal, ob. cit., p. 8.

romper las relaciones legales, buscar la asociación con las empresas lícitas. Existe pues una correspondencia entre aumento de las ganancias (ilícitas) con la corrupción de las relaciones económicas y políticas lícitas. Las enormes ganancias generadas en los años ochenta, principalmente por el tráfico de drogas, poseen un poder corruptor sin límites en todo el mundo, puesto que con la corrupción política y privada se logran dos caros objetivos a la vez: blanqueo de dinero e impunidad.

La interconexión de poderosas organizaciones criminales y sus asociados del mercado legal es un nuevo fenómeno que afecta profundamente la economía, la política y la seguridad nacionales e internacionales, por consiguiente, a toda la sociedad globalizada. Las principales organizaciones mundiales en clara alianza con los poderes públicos y la economía legal son: La Cosa Nostra siciliana, la Camorra napolitana, la N'drangheta calabresa y la Sacra Corona Unita en Italia, la mafia estadounidense, los cárteles de la droga colombianos (de Medellín y Cali), la mafia mexicana de Tijuana, las redes criminales nigerianas, los yakuzas japoneses, las Tríadas chinas, las diversas mafias rusas, los traficantes de heroína turcos, las cuadrillas armadas Jamaicanas, las maras centroamericanas, y una miríada de organizaciones criminales por todo el mundo<sup>26</sup> que se interconectan y potencian sus actividades al fragor de las libertades del comercio y de la comunicación.

Estas organizaciones criminales conforman una verdadera *red criminal* en la que el tráfico de drogas comporta el segmento más importante de las ganancias ilícitas. El de armas también representa un segmento de alto valor y últimamente las redes de tráfico de personas parecen llevarse las más altas ganancias<sup>27</sup>. Se trata de mercados que tienen un valor añadido precisamente por su prohibición, “contrabando de todo de cualquier tipo a cualquier otro”<sup>28</sup>. Se trata de tráficos ilegales de todo tipo de bienes y servicios, como: material radioactivo, órganos humanos e inmigrantes ilegales; prostitución, juego, usura,

secuestro, fraude, extorsión; falsificación de objetos, billetes bancarios, documentos financieros, tarjetas de crédito; tecnología y objetos de arte; ventas internacionales de objetos robados, principalmente coches o sus piezas, incluso, venta ilegal de vertidos de basura de un país a otro<sup>29</sup>.

La estrategia general de la criminalidad organizada consiste en ubicar sus funciones de gestión y producción en zonas de bajo coste y bajo riesgo, controlando de manera relativa el entorno institucional, fundamentalmente por medio de la corrupción, mientras que buscan los mercados preferentes en las zonas de demanda más rica, a fin de cobrar precios más altos. Este es el mecanismo por el que logran ganancias descomunales en el mercado de la droga principalmente, ya sea los cárteles colombianos que procesan y comercializan la coca que producen los campesinos peruanos y bolivianos, o el tráfico de opio/heroína proveniente del Triángulo Dorado del sudeste asiático, o de Afganistán o de Asia central. Siempre el mecanismo es el mismo: identificar un bien o servicio ilícito, su demanda y su oferta en el mercado mundial, para comercializarlo con redes de personas, funcionarios, profesionales, empresas, instituciones y hasta Estados a su servicio.

Todas estas ganancias ilícitas llegan a un fondo común: el blanqueo de dinero. El fin, como es lógico, de todas las organizaciones criminales es poder aprovechar sus ganancias ilícitas, y esto sólo lo pueden hacer, invirtiendo el dinero negro en la economía legal. Es precisamente en este estadio donde se encuentra la economía ilegal y la economía formal. A través de complejos sistemas financieros de sociedades ficticias, paraísos fiscales, movimientos de capitales, funcionarios bancarios inescrupulosos, el dinero proveniente del mercado del crimen se recicla<sup>30</sup>. Es también en este ámbito donde se observa en la práctica la capacidad corruptora de la criminalidad organizada, pues tiene que valerse de empresas legalmente constituidas para lavar el dinero negro<sup>31</sup>. Se estima que la criminalidad económica ligada al

26 Cfr. CASTELLS, *La era de la información*. Fin del Milenio, Vol. 3, ob. cit., p. 200.

27 Se estima que buena parte del mercado que antes se dedicaba al tráfico de drogas ha pasado a trabajar el tráfico de personas; incluso ambas actividades. Cuando se terminan de redactar estas páginas se ha desarticulado en Canarias una red de prostitución de mujeres provenientes de Brasil, que las extorsionaban y a las que se les utilizaba para transportar drogas y armas.

28 Vid. CASTELLS, *La era de la información*. Fin del Milenio, Vol. 3, ob. cit., p. 200.

29 La basura de Estados Unidos pasaba por China en 1996. Cfr. ob. ult. cit.

30 Vid. En el ámbito del blanqueo de dinero, el Reportaje de El País, “El pozo negro de la economía sumergida”, de 16 y 17 de enero de 2006, señala un aumento de las actuaciones en el año 2005 de 58%, el aumento del fraude fiscal en el sector inmobiliario del 30% y en general, un aumento de la economía sumergida que pasó del 15% al 22% del PIB. El Servicio Ejecutivo de Blanqueo de Dinero (SEPBLANC), Unidad de inteligencia financiera ubicada en el Banco de España y adscrita al Ministerio de Economía, detectó que sociedades constituidas en paraísos fiscales transfirieron desde el extranjero grandes sumas de dineros a cuentas de grupos de sociedades españolas, de reciente constitución, sin actividad hasta ese momento, administradas por testaferros. Las transferencias se instrumentalizaron como préstamos concedidos a las sociedades españolas, y se aplicaron a inversiones de proyectos inmobiliarios. Más tarde las propiedades inmobiliarias se vendieron y el precio obtenido comenzó a ser transferido nuevamente a su punto de origen en concepto de devolución de préstamos, tratando de desvincularlos de su origen ilegal.

31 Así, por ejemplo, en el año 2002 se descubrió que uno de los bancos españoles más consolidados, BBVA tenía una filial en las Islas Jersey, hacia donde se derivaban fondos oscuros. Una manera de utilizar una empresa lícita para lavar dinero. Cfr. FERRÉ OLIVÉ, “Corrupción, crimen organizado y blanqueo de dinero en el mercado financiero”, pp. 20, 21. Sobre el uso de internet para el blanqueo de capitales Vid. GUTIÉRREZ FRANCÉS, “Las altas tecnologías de la información al servicio del blanqueo de capitales transnacional”, pp. 193 y ss. Sobre las relaciones entre el blanqueo de capitales y la corrupción Vid. FABIÁN CAPARRÓS, “Relaciones entre blanqueo de capitales y corrupción. Algunas valoraciones a propósito de las previsiones contenidas en la convención de la OCDE sobre soborno de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (1997)”, pp. 103 y ss., todos en FERRÉ OLIVÉ, *Blanqueo de dinero y corrupción en el sistema bancario*, Universidad de Salamanca, 2002.



... dinero y a la gran banca, recicla sumas superiores al billón de euros por año, esto es, más que el producto nacional bruto (PNB) de un tercio de la humanidad<sup>32</sup>.

La liberalización de capitales a nivel mundial ha supuesto también la liberalización de capitales oscuros provenientes del crimen organizado y ha hecho tenue la línea que separa la criminalidad económica con la criminalidad organizada. El blanqueo de dinero se considera “la madre” del crimen organizado, la criminalidad económica, la corrupción política y el terrorismo. Éste es un delito que se comete normalmente en redes bien establecidas, pues de lo contrario no podría ser posible lavar tan altas sumas de dinero. Por eso, se considera que una medida preventiva importante contra la criminalidad organizada y el terrorismo es atajar su financiación, controlando los ingresos, la proveniencia del dinero, en suma, la formalización más exhaustiva de la economía legal.

La criminalidad organizada necesita del poder político para asegurar la impunidad de sus servidores y para aumentar su capacidad de influencia en la sociedad. Muchos países han visto comprometidos en los últimos años al propio poder político. Casos como la Italia de la democracia cristiana de los años ochenta, o el gobierno de Fujimori en Perú, han sido evidentes muestras del poder corruptor del dinero proveniente del crimen organizado, en los que todas las esferas sociales, económicas y políticas se encuentran contaminadas. Pero en menor medida quizás, existen muchos ejemplos de influencia de la economía criminal en los propios países, como es el caso de Colombia, Bolivia, Venezuela, Panamá, Paraguay, la antigua Unión Soviética, Ecuador, Turquía, Afganistán, Tailandia, Japón, etc.

De otro lado, un elemento catalizador de determinadas formas de criminalidad organizada ha sido la transición de los países que conformaban el antiguo bloque soviético al sistema de capitalista mundial. El cambio de un sistema de producción socialista a uno capitalista se ha hecho en muchos países de manera incontrolada y con una liberalización salvaje<sup>33</sup>, propiciando redes de comercio ilícito<sup>34</sup> que traspasan incluso las fronteras nacionales. Las mafias rusas<sup>35</sup>, albanesas, yugoeslavas, etc. son residuos mal encaminados de los expoderados de la Unión Soviética, que

aprovecharon la liberalización de los mercados para ser los primeros en acumular y competir salvajemente. Las privatizaciones de las empresas públicas, además de haber sido un catalizador de la corrupción de los agentes públicos, ha servido para blanquear dinero negro y hacer intervenir a los grupos mafiosos en el mercado legal. Como afirma el Premio Nóbel de Economía Joseph Stiglitz: “Los oligarcas rusos robaron activos, los liquidaron y dejaron al país mucho más pobre. Las empresas fueron abandonadas al borde de la quiebra, mientras las cuentas bancarias de los oligarcas rebosaban”<sup>36</sup>.

La existencia de una red del crimen, de una economía criminal que se entrecruza con la economía legal, la competencia por captar los mercados ilegales, todo se reproduce en el ámbito criminal similar al ámbito legal: estrategias de mercado, reparto de cuotas de mercado, competitividad, alianzas entre organizaciones, monopolios y oligopolios de los mercados ilícitos. En la práctica se sigue la misma lógica organizativa de cualquier empresa. Por eso hoy las organizaciones criminales poseen la misma estructura flexible en red que la empresa legal, pequeñas organizaciones ligadas a grandes organizaciones criminales, en diversas redes, entre las cuales se entrecruzan las organizaciones legales y las ilegales.

Concretamente, cuáles son los factores favorecedores de esta triada criminalidad organizada, criminalidad económica y corrupción política. Se pueden sistematizar en tres ítems: exclusión social, debilitamiento del Estado-nación y anomia.

1. *Exclusión social:* En este proceso de redes de capital, trabajo, información y mercados, enlazados por la tecnología, llamado globalización, se han interconectado funciones, personas y localidades valiosas del mundo, a la vez que desconectaban de sus redes a aquellas poblaciones y territorios desprovistos de valor e interés para la dinámica del capitalismo global. Ello ha conducido a la exclusión social y a la irrelevancia económica de segmentos de sociedades, áreas de ciudades, regiones y países enteros, que constituyen “el Cuarto Mundo”. Pobreza y exclusión social, son los “agujeros negros” del capitalismo informacional que se encuentran en todas partes: grupos de personas sin protección social,

32 RAMONET, Guerras del siglo XXI. Nuevos miedos, nuevas amenazas, trad. de J. A. Soriano, Barcelona, Mondadori, 2002, p. 14.

33 Cfr. STIGLITZ, El malestar en la globalización, Madrid, Taurus, 2002, p. 182: “En la mayoría de países predominaron las ideas de los partidarios de la terapia de choque, fuertemente apoyados por el Tesoro de EE UU y el FMI. Los gradualistas, empero, creían que la transición a una economía de mercado sería mejor manejada si los ritmos eran razonables y el orden (secuencia) adecuado. No era imprescindible poseer instituciones perfectas pero, por poner un solo ejemplo, privatizar un monopolio antes de que hubiera una autoridad efectiva de la competencia y la regulación podía simplemente sustituir un monopolio público por uno privado, incluso más despiadado en su explotación de los consumidores. Diez años después la sabiduría del enfoque gradualista es por fin reconocida”.

34 Se habla, por ejemplo, del comercio ilícito de uranio y demás productos radioactivos procedentes de las centrales nucleares rusas, que han sido desmanteladas sin el control debido de las autoridades extranjeras.

35 Sobre sus antecedentes históricos y la situación actual, Cfr. en lengua española: NÚÑEZ PAZ, “Criminología y grupos organizados. Una aproximación al problema de la mafia rusa”, ob. cit., pp. 509 y ss. El autor explica que “las primeras estructuras mafiosas rusas, como tales, surgen en los años ‘80 con la Perestroika de Gorbachev, aprovechando el vacío legal de la transición del comunismo al capitalismo” (p. 521).

36 STIGLITZ, *El malestar en la globalización*. ob. cit., p. 205.

menores, mujeres, parados, marginados, la desigualdad está inscrita en la partida de nacimiento de la globalización, pues el sistema se caracteriza por una *tendencia a aumentar la desigualdad y la polarización sociales*<sup>37</sup>. En suma, millones de personas están condenadas a ser “prescindibles” dentro de la lógica del sistema<sup>38</sup>, porque carecen de importancia tanto como productores, como consumidores. Las personas inermes frente a las fuerzas de los flujos son presa fácil de la criminalidad organizada como “ejército de reserva” o como mercancía dentro del mercado ilegal para surtir a los sectores ricos. Siguiendo a Dahrendorf: “La desfalleciente sociedad del trabajo cierra sus puertas a muchas personas especialmente a hombres jóvenes; éstos no encuentran ninguna actividad que ponga sentido a sus vidas. Estas condiciones son extremadamente favorables para un modo de vida al margen e incluso fuera de la ley y el orden. La delincuencia es una de las formas de individualización del conflicto social”<sup>39</sup>.

2. *Debilitamiento del Estado-nación.* Uno de los principales rasgos del capitalismo informacional es el predominio de las fuerzas económicas sobre la acción política. La desregularización llevada a cabo a partir de los noventa ha llevado al viejo Estado-nación a perder sus atribuciones tradicionales de generador de riqueza para un pueblo (nación), dentro de un territorio determinado. La globalización del mercado, la transnacionalización de la economía, el dominio de los flujos de capital sobre las reglas nacionales, ha supuesto el predominio de la razón del mercado, sobre cualquier otro tipo de razón, moral o política. El protagonismo de la razón económica neoliberalizadora, impuesta como “estado natural”, ha privado al Estado de su capacidad

de creación de riqueza y de protección de sus ciudadanos, quedando residualmente sólo su función de seguridad<sup>40</sup>. Los propios responsables políticos, al favorecer el monetarismo, la desregulación, el libre cambio comercial, el flujo de capitales sin trabas y las privatizaciones masivas, han posibilitado el traspaso de decisiones capitales de la esfera pública a la esfera privada<sup>41</sup>. En estas condiciones, el Estado-nación que tradicionalmente ha sido descrito en términos de soberanía popular y legitimidad para dar bienestar y protección a sus ciudadanos dentro de su territorio, pierde sus grandes ejes de actuación, quedando su función de nudo poder: monopolio de la violencia, pero desterritorializada. En este contexto de aperturas, de capitalismo sin responsabilidades, de Estados mínimos que no son capaces de cubrir las necesidades de sus ciudadanos, la violencia desorganizada y las mafias campan a sus anchas. Como sostiene Dahrendorf: “Cuando se descubrió que la eliminación de las barreras también podía ponerse al servicio de fines perversos y hasta destructivos, ya era demasiado tarde”<sup>42</sup>. Los flujos de capitales han desvelado una economía criminal que discurre soterradamente, incluso emparentada con la economía legal. Los dictados de la razón económica sobre la razón moral y política han sabido imponer, como una realidad, el mundo del crimen organizado. Dos son las amenazas a la seguridad mundial, y por tanto, a las actuales democracias que son reconocidas por Naciones Unidas: el terrorismo y la criminalidad organizada<sup>43</sup>. El crimen global es la “cara amarga” de la globalización en la que perdedores, descontentos, nihilistas, aprovechados, inmorales, consumistas de frutos prohibidos, se unen para lucrar ilícitamente o son objetos de mercancías en el tráfico mundial.

37 Cfr. NACIONES UNIDAS, Informe sobre Desarrollo Humano 2005, Pub. cit., p. 21: “las diferencias en desarrollo humano entre ricos y pobres, ya de por sí importantes, están aumentando” (p. 21), aunque “la pobreza extrema se redujo de 28% en 1990 a 21% en la actualidad, reducción que en cifras absolutas representa unos 130 millones de personas” (p. 22). Después veremos cómo estas desigualdades son un factor importante en el desarrollo de la criminalidad organizada.

38 Ello obedece, según CASTELLS, La era de la información. Fin del Milenio, ob. cit., p. 414, a los tres siguientes factores: a) una diferenciación fundamental entre trabajo autoprogramable y altamente productivo, y trabajo genérico prescindible; b) la individualización del trabajo, que socava su organización colectiva, con lo que los sectores más débiles de la mano de obra quedan abandonados a su suerte; y c) la desaparición gradual del Estado del bienestar bajo el impacto de la individualización del trabajo, la globalización de la economía y la deslegitimación del Estado, privando así de una red de seguridad a la gente que no puede alcanzarla de forma individual.

39 DAHRENDORF, En busca de un nuevo orden, En busca de un nuevo orden. Una política de la libertad para el siglo XXI, Barcelona, Paidós, 2005, p. 99.

40 Recordemos que según la construcción teórica de Max Weber el Estado (Machtstaat) es la institución que ostenta el monopolio legítimo del ejercicio de la violencia; y que en todas las construcciones teóricas modernas sobre el Estado, desde Hobbes hasta Locke, se destaca la sublimación de la lucha por el poder. Por otro lado, hablamos de seguridad “residual” porque esta capacidad también está mermada. Por de pronto, todos los Estados operan como “actores celosos” de sus derechos territoriales y preocupados por defender las culturas nacionales. Cfr. BERIAIN: “La dialéctica de la modernidad: las metamorfosis de la violencia colectiva moderna y postmoderna”, en BERIAIN (ED), Modernidad y violencia colectiva, Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas, 2004, p. 82. Ahora bien, hechos sociales como Auschwitz o el Gulag del socialismo real, prueban que el ideal de seguridad de los de “dentro” del territorio no es alcanzable siempre en la realidad, y que la propia noción de seguridad es construida socialmente.

41 De esta manera, los gobiernos y los parlamentos nacionales se encuentran sometidos a la estrategia general de la economía mundializada, en la que los verdaderos detentadores de la soberanía son un campo de poder: las grandes transnacionales, los conglomerados financieros y las instancias interestatales como el G7, la UE, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, la OCDE o la OMC. Cfr. CAPELLA, Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del estado, Madrid, Trotta, 1997, p. 257; esto es, un campo de fuerzas: “hay que prescindir de la idea de un único agente causal y pasar a hablar de un ámbito en el que se suscitan determinaciones, aunque éstas no puedan ser atribuidas linealmente a un solo agente generador”.

42 DAHRENDORF, En busca de un nuevo orden. ob. cit., p. 37.

43 Cfr. Naciones Unidas, Informe sobre Desarrollo Humano 2005, ob. cit., p. 13.

La caída de los grandes relatos, la secuestro de la sociedad, la ausencia de sujetos colectivos que canalicen las demandas sociales, la individualización de los conflictos sociales, la apatía frente a la esfera pública, la desesperanza, la falta de credibilidad de los políticos, la flexibilidad laboral, la disolución de las estructuras familiares tradicionales, la desprotección social, son caracteres de la nueva sociedad que abonan en la desconfianza en las instituciones públicas, incluso en la propia democracia como ideal, conduciendo a muchos grupos sociales a la anomia<sup>44</sup>. Por un lado, las poblaciones de las metrópolis experimentan en realidad una apatía política profunda<sup>45</sup>, un descrédito en la esfera pública y en los dirigentes e instituciones políticos; y, por otro lado, en el mundo proliferan países pobres con Estados débiles o fracasados<sup>46</sup>, o regiones olvidadas en las que impera la pobreza y la desesperanza, de donde emigran millones de personas, siendo presas de los diferentes tráfico humanos de hoy.

La confluencia de estos tres factores: exclusión social, debilitamiento del Estado-nación y anomia, cristaliza una reedición de la *violencia colectiva* en los albores de este siglo, que es el trasfondo social de la criminalidad organizada. La violencia ilegítima, estructural, incontrolada crea las condiciones para que se desarrollen la criminalidad organizada y sus fenómenos conexos: tanto el terrorismo, como “las nuevas guerras”, la corrupción política y la corrupción privada.

De esto son conscientes en Naciones Unidas, pues terminada la Guerra Fría y cuando parecía haberse iniciado una era de paz, las preocupaciones en torno a la seguridad vuelven a dominar la agenda internacional. Como ha puesto de manifiesto el Secretario General de la ONU, en su informe *Un concepto más amplio de libertad*, “vivimos en una era en que la interacción letal de la pobreza con los conflictos armados plantea graves amenazas no sólo para las víctimas inmediatas, sino también para la seguridad colectiva de la comunidad internacional”<sup>47</sup>. Tam-

bién el *Informe sobre Desarrollo Humano 2005*, del PNUD reconoce que “en un mundo interdependiente, las amenazas que generan los conflictos armados no se detienen ante las fronteras nacionales, no importa cuán bien protegidas estén. El desarrollo de los países pobres es la primera línea en la batalla a favor de la paz mundial y la seguridad colectiva”<sup>48</sup>.

#### 4. Modelos de intervención penal contra la criminalidad organizada: Principales problemas sustantivos

¿Cuáles han sido modelos de intervención penal frente al fenómeno de la criminalidad organizada? En realidad las respuestas con nombre propio frente a este tipo de criminalidad, en los ámbitos penales nacionales, son prácticamente de la década de los noventa. Salvo en Italia<sup>49</sup> y en Estados Unidos<sup>50</sup>, en los que sí se percibió antes como un fenómeno con cierta trascendencia, en la mayoría de países no se había tomado conciencia de la dañosidad social de las organizaciones criminales dedicadas a los tráfico ilícitos. También es verdad que es en esta época en que, al socaire de la liberalización de los mercados, se expande por el mundo, adquiere carácter transnacional y da un salto cuantitativo y cualitativo importante.

El primer modelo de intervención, cuyo paradigma es la legislación italiana, es el *modelo de la emergencia*: el tratamiento de la criminalidad organizada como un enemigo a batir, una “lucha” contra esta criminalidad que se erige como “un statto en lo statto”. Se trata de una lógica utilitarista del “palo y la zanahoria”, inspirada en preocupaciones pragmáticas de prevención general<sup>51</sup>, con las siguientes características: exacerbación de la punición con adelantamiento de la intervención, penalización de la colaboración, delitos asociativos, desmantelamiento de la organización criminal con figuras premiales (favorecimiento de la colaboración policial y del arrepentimiento), así como reconocimiento jurídico de figuras proce-

44 Recordemos que la expresión fue acuñada por Emile Durkheim en 1987, al sostener estudiar las causas del suicidio, para denotar una sociedad en la que impera una ausencia completa de reglas, sin normas, sin asideros, en la que las normas sociales pierden influencia frente al comportamiento individual.

45 Cfr. CAPELLA, *Fruta prohibida*. ob. cit., p. 256. Apatía o desesperanza que parece haber cristalizado en el voto del no francés y holandés, en las elecciones de ratificación del Tratado Constitucional Europeo en 2005.

46 Cfr. Naciones Unidas, Informe sobre Desarrollo Humano 2005, ob. cit., p. 13. Vid. también KALDOR, *Las nuevas guerras*, ob. cit., p. 121, quien pone de relieve: “Una de las características fundamentales de los Estados fracasados es la pérdida de control sobre los instrumentos de coacción física y su fragmentación. Se establece un círculo de desintegración que es casi exactamente el contrario del ciclo integrador por el que se crearon los Estados modernos. La incapacidad de conservar el control físico del territorio e inspirar la adhesión popular reduce las posibilidades de recaudar impuestos y debilita enormemente la base de ingresos del Estado. Junto a ello, la corrupción y el gobierno personalista representan una sangría añadida que se lleva esas rentas... La evasión de impuestos se extiende por la pérdida de legitimidad del Estado y por la aparición de nuevas fuerzas que reclaman “dinero a cambio de protección”. Ahora bien, constatar la presencia de Estados débiles o fracasados, no es lo mismo que etiquetar “Estados canallas” para fundamentar una intervención, como lo ha hecho la política actual del presidente de los Estados Unidos.

47 Naciones Unidas, Informe sobre Desarrollo Humano 2005, ob. cit., p. 13.

48 Ob. ult. cit.

49 Con la Ley Rognoni-La Torre, N° 642/1982, en la que se introduce el art. 416bis de asociación para delinquir de tipo mafioso.

50 Con la citada Ley Rico de 1970.

51 Cfr. FIANDACA, “Lotta alla criminalità organizzata di stampo mafioso nella legislazione penale italiana”, en FORNASARI (ED), *Le strategie di contrasto alla criminalità organizzata nella prospettiva di diritto comparato*, Padua, Cedam, 2002, p. 2.

agente encubierto, entregas vigiladas, por otro lado, en el ámbito de las sanciones se regula el comiso de las ganancias ilícitamente obtenidas, vinculando éstas a la clara tipificación del delito de blanqueo de dinero. En realidad, este tipo de respuesta de emergencia o excepcional es muy próxima a la política criminal contra el terrorismo; de ahí que la tendencia en los últimos tiempos haya sido la de asimilar el tratamiento penal del terrorismo al de la criminalidad organizada<sup>52</sup>.

Desde las filas del *garantismo*, esto es, desde la admisión de los principios de un Derecho Penal “ideal” clásico, se realiza una interpretación crítica de esta legislación antimafia, considerada fundamentalmente limitadora de principios básicos y esencialmente simbólica. Incluso, en Italia, se ha discutido mucho la constitucionalidad del tipo penal de asociación criminal de tipo mafioso del art. 416 bis CP<sup>53</sup>, llegando a denunciar Baratta<sup>54</sup>, “la pérdida de coherencia de esta lucha, pudiendo suponer para el Estado un precio demasiado alto... si la eficacia en la represión debe comportar la pérdida de eficacia del pacto social”, en clara alusión a la deslegitimación de la opción de lucha frontal de tipo emergencial. En general, respecto a esta aproximación, cabe reconocer que no debemos alimentar “un Derecho Penal débil con los fuertes”.

Sin descartar argumentos importantes del *garantismo*, esto es, rescatando la necesidad de regulaciones que respeten los principios básicos del Estado de De-

recho<sup>55</sup>, porque precisamente la gran mafia internacional compete con el Estado mismo<sup>56</sup>, se plantea una tercera vía para prevenir el fenómeno de la criminalidad organizada<sup>57</sup>. Esto es, encontrar fórmulas que sin cejar en la función de protección de la sociedad por parte del Estado y reconociendo la peligrosidad de este flagelo mundial, se establezcan respuestas legales eficaces y efectivas para contenerlo.

Evidentemente, este camino no es nada fácil. Como en muchas áreas la huida hacia el Derecho Penal es lo más común y lo que mayor dividendos políticos da. Pero si se quiere efectivamente dar una respuesta racional frente a este fenómeno que está socavando las estructuras legales, culturales, económicas y políticas de la sociedad, es preciso idear soluciones jurídico-penales que sean respetuosas de los principios básicos del Estado de Derecho, pero a la vez efectivas.

1. Hay que dimensionar la peligrosidad de la criminalidad organizada y los problemas técnicos que plantea al Derecho Penal<sup>58</sup>. Esto es, conocer sus características criminológicas, su fenomenología, estudiar los datos empíricos, su conexión con diversas realidades sociales, las conexiones con el mundo legal, tanto a nivel nacional, como a nivel internacional<sup>59</sup>. Seguramente todo ello nos permitirá conocer realmente ante qué criminalidad nos vamos a enfrentar, para poder diseñar técnicas de tipificación idóneas.

52 Sobre esta problemática y abundando en argumentos en contra de la consideración del terrorismo como criminalidad organizada. Vid. VILLEGAS DIAZ, Terrorismo: un problema de Estado, Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca, 2001, Vol. I, pp. 264-265.

53 Vid. por todos SPANOGLIO, L'Associazione di tipo mafioso, Padua, Cedam, 1997, 5ª ed., pp. 9-20.

54 BARATTA, “Mafia: rapporti tra modelli criminologici e scelte di politica criminale”. En: MOCCHIA, Sergio (DIR.): Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. Tra efficienza e garanzia, Nápoles, Edizioni Scieintifiche Italiane, 1999, p. 113.

55 Pues no faltan posturas que plantean la utilización de fuerzas especiales, o servicios de inteligencia para luchar contra este fenómeno criminal, al igual como ya sucede con el terrorismo en la real politik.

56 Aunque no es posible extenderme sobre este aspecto, pero debe resaltarse que tanto la mafia siciliana, como los cárteles colombianos, grandes representantes de la criminalidad organizada transnacional, han competido con el Estado, mostrándose como una “alternativa” de protección social y bienestar para los sectores marginales, llegando en algunos momentos a echarle un pulso consistente. Debe recordarse los episodios de asesinato de la mafia a jueces especializados como Falcone y Borsalino; o el atentado en Bogotá contra un avión regular para presionar al Estado colombiano contra la extradición de Pablo Escobar a los Estados Unidos.

57 En este sentido Cfr. FIANDACA, “Lotta alla criminalità organizzata di stampo mafioso nella legislazione penale italiana”, ob. cit., p. 3.

58 Sobre estos problemas que se señalarán y otros Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, “El derecho penal ante la criminalidad organizada, nuevos retos y límites”, en GUTIÉRREZ-ÁLVIZ / VALCÁRCE LÓPEZ (DIRS.), La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada, Universidad de Sevilla, 2001, pp. 94-95.

59 Las carencias sobre datos criminológicos de la criminalidad organizada en España es alarmante. Tratándose de un mundo que discurre en la clandestinidad es difícil llevar estadísticas fiables, puesto que la “cifra negra de criminalidad” es bastante elevada. Vid. Mapelli Caffarena / González Cano / Aguado Correa (COORDS.): Estudios sobre Delincuencia Organizada. Medios, instrumentos y estrategias de investigación policial, Sevilla, Mergablum, 2001, donde se comparan datos estadísticos entre 1997 y 1998, provenientes de la UDYCO (Unidades de Droga y Crimen Organizado) de Madrid y UDYCO de Andalucía. Ahora bien, para hacer un estudio criminológico sobre la criminalidad organizada en España habría que analizar datos de varios años, diferentes fuentes, algo que aún no se ha hecho. Prácticamente los datos a los que puede acceder el investigador son periodísticos. Por ejemplo, “El narcotráfico se dispara en España”, El País, 15 de enero de 2006, pág. 24, donde se señala el aumento de los decomisos de cocaína en 2005: “El año 2003 se cerró con un total de 49.279 kilos de cocaína interceptados a las grandes redes. Era un récord que se ha superado en 2005 con más de 50.000 kilos, una cifra que no está cerrada porque faltan por contabilizar las pequeñas cantidades intervenidas”. Ahora bien, los éxitos policiales de decomiso de droga tienen que saber interpretarse. No significan necesariamente que haya mayor ni menor incidencia de narcotráfico, sino simplemente revela una mayor eficacia de las fuerzas policiales en el ámbito de las redes de estupefacientes o un mayor compromiso del Estado con la lucha contra la criminalidad organizada, o un mejor y mayor intercambio de información entre las fuerzas policiales internacionales implicadas. El mismo artículo reconocer: “...los éxitos contra el narcotráfico se contradicen con a situación del mercado interior: la coca abunda, es más barata y de mejor calidad. Su consumo se ha multiplicado por cuatro entre los jóvenes en los últimos cinco años. Expertos policiales reconocen la pasividad contra el mercado minorista”. De otro lado, en junio de 2005 se puso en marcha una operación policial denominada “Ballena Blanca”, en la Costa del Sol, en la que se detuvieron 58 personas, entre ellos abogados, notarios, empresarios y el alcalde malagueño de la localidad de Manilva, al que se le encontró dinero 700.000 euros en bolsas. El despacho de abogados intervenido se dedicaba al blanqueo de dinero de personajes con antecedentes policiales por narcotráfico, fraude, prostitución y un caso de asesinato. Siguiendo la pista de un narcotraficante de origen tunecino del que se sospechaba blanqueaba dinero en la Costa del Sol por medio de sus familiares allí afincados, se descubrió que dicho despacho de abogados participaba en 194 sociedades extranjeras, de las cuales 143 tenían domicilio en Delaware (Estados Unidos) y 25 en Gibraltar. Sucesivas investigaciones han ido engrosando el número de empresas ficticias creadas y el número de grupos criminales relacionadas con ellas. Las ramificaciones del despacho llegan a Holanda, Reino Unido, Francia, Suecia y Finlandia, así como a la red de empresas con ciudadanos rusos y de otros países del Este, vinculados con la petrolera Yukos, e Israel (El País, 14 de noviembre de 2005, “La policía relaciona

¿qué técnica de tipificación penal es más adecuada, teniendo en cuenta que nuestro sistema penal está diseñado a partir de la responsabilidad individual y éstos son comportamientos de grupo, encontrándose en el Derecho Comparado las tres posibilidades siguientes<sup>60</sup>:

- Una agravación general por la pertenencia a una organización criminal.
  - Agravaciones específicas en los delitos que lo requieran, esto es, en los diversos tipos penales de tráfico ilícito.
  - Introducción de un tipo penal de participación en organización criminal como lo plantea la Acción Común de la UE.
3. La tipificación correspondiente tendrá que tener en cuenta estos factores: gravedad de los delitos programados, diferencia de penalidad entre miembros directivos y miembros subordinados<sup>61</sup>, entre miembros de la organización y colaboradores, la conexión del ilícito penal con otras redes criminales, el carácter transnacional de la lesividad de la conducta, los plazos de prescripción, la doble incriminación necesaria para la extradición. Dentro de todos estos problemas, merece una especial reflexión científica para delinear criterios idóneos de sanción penal, para el colaborador externo con la criminalidad organizada: los profesionales, políticos, empresarios, abogados, agentes de bancos, etc. que realizan comportamientos “contiguos” a la cri-

minalidad organizada, siendo personas externas a la organización, pero con una aportación importantísima a la actividad criminal de la misma<sup>62</sup>.

4. El delicado equilibrio entre protección social y derechos fundamentales de las personas debe considerar la tipificación de conductas que incidan sobre la gravedad de las conductas y no sobre la conducción de vida (Derecho Penal del hecho), esto es, a partir de la lesividad de la conducta<sup>63</sup>.

Llegar a acuerdos en el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es clave para dar soluciones a la conexión entre criminalidad organizada y criminalidad de empresa<sup>64</sup>.

En el ámbito sustantivo tiene que reflejarse la conexión de la criminalidad organizada con los delitos más importantes, como el blanqueo de dinero, la corrupción política, el fraude fiscal y el terrorismo, estableciendo en la Parte Especial disposiciones especiales. El desvalor de un delito de prevaricación proveniente de la corrupción del crimen organizado no puede tener el mismo desvalor que cualquier la corrupción que proviene de un particular.

5. La introducción del comiso de los bienes y ganancias ilícitamente obtenidos es un paso importante dentro de la Política Criminal contra el crimen organizado<sup>65</sup>, toda vez que es una criminalidad que tiene como fin el lucro, pero debe

17 grupos criminales con el despacho de Marbella y ha bloqueado 72 millones en 28 bancos”). Las irregularidades que se han destapado desde la operación “Ballena Blanca” en Marbella revelan datos interesantes, como los fallos de los controles de los bancos para otorgar préstamos hipotecarios, pues se han dado incluso por terrenos pendientes de recalificar (El País, 14 de noviembre de 2005). Precisamente, la recalificación de los suelos como terrenos urbanizables y la especulación inmobiliaria, son otras de las vinculaciones con la gran masa de dinero negro que se mueve en España a partir del crimen organizado. En los últimos años varios secándolos de corrupción política han salido a la luz relacionados con las recalificaciones de suelos para la construcción urbanística. Además del alcalde de Manilva, en 2003 el PSOE perdió las elecciones de la Comunidad de Madrid, por los votos de dos miembros del partido que finalmente fueron cambiados, presuntamente motivados por los intereses de un gran proyecto urbanístico. Últimamente, una ex-diputada de Izquierda Unida en Andalucía, denunció ofrecimientos de millonarias sumas de dinero por su voto de recalificación por parte de dueños de empresas constructoras. Y, en noviembre de 2005, en sentido contrario de los designios especulativos, en Alhama (Murcia), el voto en contra de una concejala del PP dio al traste con una recalificación de 20 millones de metros cuadrados de terreno (El País, 12 de noviembre de 2005. Asimismo Vid. el Reportaje, “La especulación vuelve a rugir”, de El País, 4 de diciembre de 2005).

60 En el Derecho penal español se ha optado por las agravaciones específicas en el CP, en los delitos de tráfico de drogas (arts. 369.6, 370 Y 371.2), blanqueo de dinero (art. 302), tráfico de personas (art. 318bis), prostitución y corrupción de menores (arts. 187 y 189) y delitos de defraudación tributaria y a la seguridad social (art. 305 y 307). Además, se encuentra en el CP la figura de las asociaciones ilícitas del art. 515.1 que considera como tales las que promueven la comisión de delitos. Sin embargo, ésta figura, creada en el siglo XIX no fue diseñada para esta nueva forma de criminalidad, por lo que su idoneidad es discutible. En este sentido Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, “El derecho penal ante la criminalidad organizada, nuevos retos y límites”, ob. cit., p. 114. A favor de la idoneidad de la figura GÓNZALES RUS / PALMA HERRERA, “Trattamento penale della criminalità organizzata nel diritto penale spagnolo”, en FORNASARI (ED), *Le strategie di contrasto alla criminalità organizzata nella prospettiva di diritto comparato*, Padua, Cedam, 2002, p. 98, para quienes puede resultar un instrumento eficaz.

61 Esta discusión que tradicionalmente se ha visto como un tema de autoría y participación en aparatos organizados de poder, teoría ideada por ROXIN está pensada para organizaciones jerárquicas. Como se ha dicho, hoy en día las organizaciones son flexibles, y funcionan en redes, por lo que ha de delinearse bien una nueva forma de responsabilidad.

62 En Italia este es uno de los temas más debatidos últimamente: la determinación de responsabilidad penal respecto a actividades mafiosas, de políticos, empresarios, abogados, etc.

63 Sobre esto llama la atención SILVA SÁNCHEZ, “¿Pertenencia o intervención? del delito de pertenencia a una organización criminal a la figura de participación a través de organización en el delito”, en Octavio De Toledo / Gudiel Sierra / Cortés Bechiarelli (COORDS.), *Estudios penales en recuerdo del Prof. Ruiz Antón*, Valencia, Tirant lo blanch, 2004, p. 1073. Vid. en este trabajo la discusión sobre si el injusto de organización puede ser imputado luego por separado a los diversos miembros de la organización. Un tema que merece un estudio especial. Sobre las dificultades de coexistencia del art. 515 CP con las agravaciones específicas Cfr. págs. SUÁREZ GÓNZALEZ, “Organización delictiva, comisión concertada u organizada”, en AA. VV., *Homenaje al Profesor Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, Civitas, 2005, pp. 1778 y ss.

64 Vid. concretamente “Criminalidad organizada, criminalidad de empresa y UE”, en AA. VV., *Criminalidad Organizada. Actas preparatorias de la Asociación Internacional de Derecho Penal*, Univ. de Castilla La Mancha, 1999, págs. y más ampliamente ZÚNIGA RODRÍGUEZ, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Navarra, Aranzadi, 2ª ed., passim.

65 En contra ALBRECHT, *Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero*, Bogotá, Universidad Externado, 2001, p. 83, para quien “la práctica de confiscación de ganancias ilícitas conduce a complejos ordenamientos de embargo y retiro de valores patrimoniales, que equivalen, a lo sumo, a unas muy modestas recaudaciones del total de transacciones que se llevan a cabo en los mercados ilegales”. Creo que esta apreciación debe matizarse, pues quizás para un gran

detenidamente, toda vez que tal como configurada en las legislaciones penales plantea problemas prácticos importantes. ¿Son penas o no lo son? Si no son penas, ¿cuál es su naturaleza jurídica? Se sabe que es difícil determinar la procedencia ilícita de un bien, pues normalmente con la compra del bien ya se lava el dinero, siendo además que muchas de las veces se utilizan testaferros. De ahí que se estudia la inversión de la carga de la prueba, considerando el comiso como una respuesta de naturaleza civil, más próxima a la reparación civil<sup>66</sup>.

6. La respuesta sustantiva debe estar acompañada de otros medios extraordinarios de investigación<sup>67</sup>, detenidamente regulados para salvaguardar el equilibrio entre derechos fundamentales y protección de la sociedad. Así, por ejemplo, debe reconocerse la eficacia en la lucha contra la mafia en Italia de la figura de los *pentiti* o arrepentidos, con la que se ha logrado dar un duro golpe a la Mafia siciliana y a la Camorra Napolitana<sup>68</sup>.
7. Reconocer que la cooperación policial y judicial en este ámbito de control y prevención de la criminalidad organizada, pasa necesariamente por armonizar las legislaciones penales y procesales.
8. Por último, aunque no por ello menos importante, debe reconocerse que el fenómeno de la criminalidad organizada tiene innumerables raíces sociales, a las cuales hay que atender si es que se desea realizar una Política Criminal integral y efectiva, que no centre todo el discurso en el sistema penal, sino que articule diversos mecanismos, sociales, educativos, económicos, administrativos, control financiero, etc., que coadyuven a una prevención en los diversos aspectos.

## 5. Conclusiones: Algunas evidencias sobre la criminalidad organizada

1. Es fundamental llegar a acuerdos en un concepto de criminalidad organizada a los efectos de armonizar las legislaciones penales, especialmente, en función del principio de doble in-

criminación para la extradición, pero también para la cooperación policial y judicial.

2. El principal escollo es la determinación de los fines de la organización, si se admiten fines políticos, con lo cual se consideraría dentro de la criminalidad organizada el terrorismo. Consideramos que debe optarse por centrar el fin de lucro como fin fundamental de la criminalidad organizada, no sólo porque es la realidad de su fenomenología, sino también porque conviene distinguir la política criminal contra el terrorismo, de la política criminal contra la criminalidad organizada.
3. En la práctica la criminalidad organizada está vinculada a la corrupción política, la criminalidad de empresa y el terrorismo, en diversas dimensiones. Esta vinculación de la praxis no impide la distinción conceptual, sino que la requiere, toda vez que es importante distinguir cuándo estamos ante dichos fenómenos.
4. La criminalidad organizada, es un fenómeno criminal que tiene raíces culturales, económicas y política, que deben ser examinadas para programar una Política Criminal eficaz que no centre toda su carga en el Derecho Penal.
5. Se puede sostener, realizando un proceso de síntesis, que las principales causas que favorecen socialmente a la criminalidad organizada son procesos sociales vividos en los últimos años al fragor de la globalización: exclusión social, debilitamiento del Estado-nación y anomia.
6. Dentro de los modelos penales para diseñar respuestas contra la criminalidad organizada ha de optarse por respuestas contundentes en función de la peligrosidad social de este fenómeno, sin soslayar principios fundamentales del Derecho Penal.
7. El Derecho Penal debe diseñar tipificaciones penales que resuelvan los aspectos más relevantes de la fenomenología de la actual criminalidad organizada, a saber, estructura flexible, colaboración de agentes y redes externas.
8. Las medidas procesales y penitenciarias que le acompañen, no deben descuidar el equilibrio entre protección social (peligrosidad de las conductas en función de la lesividad de las mismas) y derechos fundamentales de los imputados.

narcotraficante que le embarguen bienes y dinero no puede mellarle tanto, pero a los medianos y pequeños sí. Lo que si está claro es que la amenaza de perder las ganancias si puede tener un efecto preventivo especial, aunque también es verdad que en estos casos lo más efectivo es la privación de libertad.

66 Cfr. CASTRESANA FERNÁNDEZ, "Corrupción, globalización y delincuencia organizada". En: Rodríguez García / Fabián Caparrós (COORDS.), La corrupción en un mundo globalizado. Análisis Interdisciplinar, Salamanca, Ratio Legis, 2003.

67 Sobre estos temas Vid. GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación, Madrid, Colex, 2004, passim.

68 En lo que respecta a la Cosa Nostra, medio millar de mafiosos se han acogido en una década al perdón para los arrepentidos. Gracias a estos beneficios penales la policía ha podido desarticular organizaciones importantes pertenecientes a la Cosa Nostra siciliana y a la Camorra napolitana. En cambio, en la misma década sólo se cuenta 40 arrepentidos en 'Ndrangheta, todos ellos pertenecientes a las escalas más bajas de la organización, con poca información. Cfr. El País, Suplemento Domingo, 20 de noviembre de 2005: "Los reyes del crimen a gran escala".