



IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas

de Puebla A.C.

ISSN: 1870-2147

revista.ius@hotmail.com

Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.

México

de la Cruz Ochoa, Ramón

El proceso penal y la delincuencia organizada (un examen comparado)

IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., núm. 19, 2007, pp. 117-134

Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.

Puebla, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293222926006>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

## EL PROCESO PENAL Y LA DELINCUENCIA ORGANIZADA (UN EXAMEN COMPARADO)

Ramón de la Cruz Ochoa\*

### SUMARIO

- I. EL ARREPENTIDO
- II. LAS DECLARACIONES DE LOS COIMPUTADOS
- III. AGENTE ENCUBIERTO
- IV. INFILTRACIÓN POLICIAL
- V. PROTECCIÓN DE TESTIGOS
- VI. ENTREGA VIGILADA
- VII. ESCUCHAS TELEFÓNICAS
- VIII. DERECHO DE LA DEFENSA

### RESUMEN

Existe un consenso entre los penalistas de que es imposible controlar eficazmente el crimen organizado sin utilizar nuevas formas en el proceso penal. En este sentido las transformaciones en el ámbito procesal son importantes; sin embargo, el desarrollo de estas nuevas vías en el proceso no pueden ni deben violar garantías que son fundamentales. El afán de lograr seguridad y una supuesta eficacia en el proceso penal no justifican que se violen estos principios esenciales. En el presente trabajo se examinan aquellos aspectos más novedosos que hoy, de una forma u otra, son aceptados en el proceso penal para enfrentar las peculiaridades del crimen organizado.

### ABSTRACT

A consent exists among the penologists that it is impossible to control the organized crime efficiently without using new forms in the penal process. In this sense the transformations in the procedural environment are important, however the development of these new roads in the process are not able to neither they should violate covenants of title that you/they are fundamental. The desire to achieve security and a supposed effectiveness in the penal process doesn't justify that these essential principles are violated. Presently work is examined those more novel aspects that today, in a way or other, they are accepted in the penal process to face the peculiarities of the organized crime.

\* Doctor en derecho, profesor de la Universidad de La Habana y presidente de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales.

Mientras que la persecución de la criminalidad convencional está caracterizada por la investigación aislada que realizan las agencias de policía para lograr la presentación de las pruebas ante los tribunales, la investigación del crimen organizado requiere un modelo más complejo.

Cualquier modelo que se asuma en relación con este tipo de delito debe ser puesto en el contexto de una estrategia de investigación cuyas metas van más allá de la solución de un caso concreto. Estas investigaciones deben ser planificadas, supervisadas y llevadas a cabo con un personal de entrenamiento especializado.

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

La obtención de información debe estar basada en reportes de la policía y de la red de informantes, puede incluir el estudio de documentos públicos, la escucha de los resultados del seguimiento electrónico o de la técnica operativa.

La información puede ser utilizada en diferentes formas, lo fundamental es que la misma nos lleve a sugerir nuevos pasos tácticos. Debe ser tomada en consideración especial toda aquella evidencia que puede ser presentada ante los tribunales. Toda esta actividad de recolección de información tiene que ser realizada cumpliendo escrupulosamente los trámites legales, ya que la misma será analizada cuidadosamente por las instituciones judiciales y la opinión pública. Debe recordarse que la búsqueda de información sobre personas, que tenga que ver con sus hábitos de vida y creencias siempre estará relacionada con preceptos constitucionales.

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

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

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

La policía en general cuenta con servicios especializados y es importante que esto sea así. Debe recordarse que la criminalidad organizada es ante todo una criminalidad lucrativa que se realiza a través de complejas operaciones financieras que sólo pueden ser utilizadas por personal especializado. En Alemania existen fiscalías especiales para este tipo de asuntos. Se necesita también especialización en las agencias administrativas tales como aduanas, agencias de impuestos, ministerios de economía y finanzas, bancos y otras dependencias que tengan de una forma u otra que ver con estas actividades. Ciertas reglas de competencia también son recomendables a fin de centralizar el conocimiento de este tipo de asunto, por ejemplo en las capitales provinciales o de los estados.

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

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

Por otra parte, la recolección de inteligencia es también de suma importancia para poder desarrollar estos trabajos de investigación. Esta información requiere también ser convenientemente analizada por abogados, economistas, contadores, investigadores y, en general, personal altamente especializado.

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

- a) Antecedentes del caso. Estos antecedentes deben incluir información de archivos y en general información proveniente de diversas fuentes.
- b) Identificar los objetivos de la investigación con sus nombres, posiciones, funciones y las metas de la investigación. Se debe tener claridad en lo que se quiere lograr.
- c) Elaborar alternativas de investigación y las posibilidades de cada variante para lograr los resultados que se buscan.

- d) Identificar y resolver los problemas legales de cada alternativa. Todo procedimiento investigativo, cualquiera que sea el que se emplee, tiene implicaciones legales que no pueden ser ignoradas en la investigación. Estos problemas deben ser resueltos de una forma consecuente con la legalidad, de manera que se permita su utilización.
- e) Se debe tener presente que es recomendable en muchas ocasiones formar un grupo de trabajo en que puedan estar presentes varias agencias estatales, que además, tengan la posibilidad de trabajar en diversos territorios; por tanto la cooperación entre distintas agencias y dependencias es decisiva para el éxito de estas operaciones.
- f) Los resultados investigativos no deben medirse por resultados inmediatos y cuantitativos. Generalmente éstos –por ejemplo, detenciones numerosas– sólo tienen un impacto inmediato en estas actividades. Los resultados deben medirse a mediano y largo plazo, especialmente desde el punto de vista cualitativo. El crimen organizado ha demostrado que tiene facilidades para una rápida recuperación. Lo importante es desmantelar las estructuras superiores de las organizaciones criminales.
- g) En las investigaciones deben tenerse en cuenta la compartimentación y el esquema conspirativo bajo el que desarrolla su actividad el crimen organizado. Los estratos inferiores generalmente no poseen información importante. También la experiencia demuestra que la información que proporcionan una vez detenidos no es generalmente valiosa. Los niveles de dirección de las organizaciones criminales se ocupan especialmente de las necesidades económicas de sus familias y esto los estimula a mantener su lealtad.
- h) La base de toda investigación debe sustentarse en la utilización de agentes informantes y la técnica operativa. Deben utilizarse técnicas tales como vigilancia electrónica, escuchas en domicilios privados, localización por satélites, base de datos que permitan el entrecrezamiento. El principio es que todos los medios deben ser utilizados en sistema y que unos medios nunca sustituyan al otro; ambos se complementan.
- i) Deben desarrollarse programas de protección contra la venganza de la organización criminal que es objeto de investigación o persecución. Esta protección debe extenderse a testigos, personal judicial, incluso los presuntos “arrepentidos”.

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

Sobre esta investigación proactiva, existen legislaciones, como la austriaca de 10 de julio de 1997, que reconoce a la policía un conjunto de poderes extraordinarios que le permiten recoger datos a través de una vigilancia secreta desde el momento en que surja la sospecha de un delito de organización criminal. La policía puede solicitar agentes encubiertos equipados con técnicas de grabación cuando va a conversar con un sospechoso, instalar videos en residencias privadas; para ello tiene que haber sospechas de que se va a cometer un delito grave con sanción de más de diez años de privación de libertad o de un delito de organización criminal o peligro de orden público.

Sin embargo, entendemos que estas nuevas técnicas deben respetar principios de la legalidad, proporcionalidad, subsidiariedad y judicialidad. Debe enfrentarse con realismo la necesidad de resolver problemas procesales que faciliten la actividad investigativa, entre ellos: los problemas relativos a la infiltración policiaca, el agente encubierto, la protección de testigos y víctimas, la entrega vigilada, las declaraciones de los coimputados y otros aspectos procesales importantes, tales como:

- Establecer la posibilidad de excluir o reducir la pena si el agente proporciona información que permita evitar la comisión de otros delitos de esta naturaleza, esclarecer el delito que se investiga y capturar a los autores o partícipes.
- Entregar recompensas por la colaboración eficaz o mecanismos de delación; reducción de la pena para los autores, exención de pena para los partícipes.
- Adopción de un procedimiento ordinario para todos los delitos y creación de procedimientos especiales que comprendan las figuras delictivas analizadas. Ello supone, desde luego, una actuación judicial sin mayor injerencia de entidades políticas y administrativas.

- Decomiso de los bienes y dinero provenientes de esta actividad. Incluye en la legislación italiana el secuestro de los bienes de los que la persona resulta disponer, directa o indirectamente, cuando su valor resulta desproporcionado con la renta declarada o con la actividad económica que desarrolla, o bien cuando sobre la base de suficientes indicios se tiene motivo para creer que los mismos sean el fruto de actividades ilícitas o constituyan recolocación.

Con la aplicación de la medida de prevención el tribunal dispone la confiscación de los bienes secuestrados de los que la legítima procedencia no haya sido demostrada, con lo cual según el jurista italiano Octavio Sferlazza, citando sentencias del Supremo Tribunal de Casación de Italia, no se prevé una real inversión de la carga de la prueba, pero se limita a poner a cargo del sospechoso un simple gravamen de alegación, determinar el valor de los elementos indiciarios ofrecido por la acusación, acerca del origen de los bienes que hacen parte de su patrimonio, y a solicitar que los indicios de procedencia ilegítima de dichos bienes o sumas empleadas para su adquisición sean inherentes a cada uno de ellos. Tiene queemerger una desigualdad entre las inversiones y las disponibilidades financieras verificadas; un indicio es la incompatibilidad entre el empleo de capitales y la suma de rentas conocidas.

No resulta nada nuevo que el delito sea realizado profesionalmente o a través de bandas que operan en el ámbito internacional, mediante la utilización de las modernas tecnologías de la comunicación o de considerables medios financieros. La novedad reside en el aumento cuantitativo de la praxis criminal conocida hasta la fecha. Nuestras leyes penales, en especial las procesales, deben estar enfocadas hacia esta realidad, deben ser ajustadas de una manera cuidadosa. En este sentido, deberían anunciarse más bien mejoras en la praxis de la persecución penal de estos hechos y no agravaciones en la ley.

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

#### I. EL ARREPENTIDO

El alcance del tratamiento dado al arrepentido varía bastante de país a país. La mayor parte de los sistemas jurídicos solamente concede la impunidad total a los delincuentes que, mediante informaciones suministradas a tiem-

po, hayan impedido la comisión de infracciones por parte de los miembros de la asociación. Otros países exigen el abandono del grupo y el suministro de la información sobre la identidad de otros miembros, antes de que hayan podido cometer cualquier infracción. Otras legislaciones, como la de Chile, en ciertos casos basta informar a las autoridades para conseguir la no persecución o hasta la absolución y en ciertos casos una atenuación de la pena. Veamos algunos aspectos de su regulación normativa.

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

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

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

La convención también estipula que los estados deberán considerar las opciones de inmunidad y mitigación de la pena para quienes cooperen con las autoridades; en estos casos los jueces pueden requerir autoridad específica para mitigar las penas de las personas que han sido declaradas culpables pero que han cooperado; incluso pudieran y deberían según cada caso recibir sanciones por debajo de las mínimas establecidas.

La concesión de la inmunidad judicial puede requerir, si se aplica, la promulgación de legislación para crear la facultad discrecional de no enjuiciar en casos apropiados o para estructurar la discreción de que ya dispongan los fiscales. Será necesario prever alguna forma de revisión y ratificación judicial a fin de establecer las condiciones de cualesquiera arreglos oficiales y garantizar que las decisiones de inmunidad sean vinculantes.

En algunas legislaciones, como la española, el arrepentido o colaborador de la justicia, va a ser entendido en relación con el delito de narcotráfico (artículo 376 del Código Penal Español), por ser este supuesto el más cercano a nuestro tema. Es clara la conexión entre el artículo 376 y el 579, en el cual se habla de esta figura en relación con el narcotráfico.

También es necesario aclarar que nos referimos al arrepentido en relación con un ámbito claramente delimitado de la criminalidad. Es decir, no nos referimos en ningún caso al arrepentido que pudiera extraerse de la lectura del artículo 21.4 y 5<sup>1</sup> del Código Penal Español donde se trata del arrepentimiento genérico, el cual es una circunstancia atenuante genérica. De igual manera el Código Penal cubano lo trata como una atenuante genérica en el artículo 52 ch).<sup>2</sup> El artículo 376 del código español es un arrepentimiento para un delito concreto y dice:

En los delitos previstos en los artículos 368 al 372,<sup>3</sup> los Jueces o Tribunales, razonándolo en sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito de que se trate, siempre que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y se haya presentado a las autoridades confesando los hechos en que hubiera participado y haya colaborado activamente con éstas, bien para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado.

Hablamos, pues, de un sujeto que ha de reunir unos requisitos necesarios, como afirma Quintana Diez en su obra *La justicia penal y los denominados arrepentidos*, donde explica deben estar presentes diversos comportamientos de colaboración con la justicia por parte del sujeto:

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

<sup>1</sup> Artículo 21.4: La de haber procedido el culpable antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades y 21.5: La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del juicio oral.

<sup>2</sup> 52 ch): haber procedido el agente por impulso espontáneo a evitar, reparar o disminuir los efectos del delito, o a dar satisfacción a la víctima, o a confesar a las autoridades su participación en el hecho, o ayudar a su esclarecimiento.

<sup>3</sup> Se trata de modalidades del delito de tráfico de drogas del C P español tal como cultivo, elaboración o tráfico de drogas o favorezcan o faciliten el consumo de drogas toxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

- b) Para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables.
- c) Impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido.

No se exige un elemento subjetivo o actitud altruista de arrepentimiento, es suficiente que realice una aportación objetiva, seria y eficaz, en los términos legalmente establecidos, para facilitar la persecución de tan graves manifestaciones de criminalidad.<sup>4</sup>

La figura del arrepentido tiene muchos puntos de relación con la bien conocida práctica de “negociar” con los delincuentes, para canjear información útil por benevolencia penal. El conocido penalista mexicano Sergio García Ramírez, en su obra sobre la delincuencia organizada, observa que en la Declaración Política y Plan de Acción Mundial contra la Delincuencia Trasnacional Organizada se señala sobre este particular lo siguiente: “Deberá considerarse la introducción de medidas para alentar a los miembros de organizaciones delictivas a cooperar y prestar testimonio y dentro de los términos del derecho interno, la concesión de un trato por el que se reconozca de algún modo la colaboración que haya prestado a la acusación.” Por otra parte, continúa García Ramírez, la ley federal de México contra el crimen organizado se refiere con entusiasmo a la remisión parcial (aclara que es un error, con lo cual estamos de acuerdo, ya que en realidad se trata de quitas penales o atenuantes) o total de la pena por colaboración eficiente de miembros de organizaciones criminales en la persecución y desarticulación de la delincuencia organizada.

Pero sin duda la polémica que envuelve a esta figura gira en torno al tratamiento que ha de darse a sus declaraciones, pues a nadie se le escapa que ante la posibilidad de un “premio” o recompensa consistente en una reducción considerable de la pena, puede dar lugar a abusos de todo tipo. A esta polémica dedicamos el siguiente punto.

En Italia los arrepentidos o colaboradores de la justicia son un factor muy importante en la lucha contra la delincuencia organizada. A fines de 1995 se les otorgaba esta categoría a cinco mil personas.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> Granados Pérez Carlos, *Instrumentos procesales en la lucha contra el crimen organizado*, Cuadernos de derecho Judicial II-2001. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001

<sup>5</sup> Andrade Sánchez Eduardo, *Instrumentos jurídicos contra el Crimen Organizado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1997

## II. LAS DECLARACIONES DE LOS COIMPUTADOS

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

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

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

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

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

En algunas legislaciones se admite que un partícipe pueda declarar en calidad de testigo (los llamados testigos de la acusación o de la Corona). El tribunal a petición del ministerio público acepta conferir al interesado el

estatus de testigo de la acusación, pero es preciso para ello que suministre informaciones que hayan contribuido al conocimiento de la organización criminal y por supuesto no puede haber cometido un homicidio o haber sido fundador de la organización criminal; si se cumplen estas condiciones se suspende la persecución contra él, asimismo cuando la condena que concierne a los demás autores sea firme.

### III. PROTECCIÓN DE TESTIGOS

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

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

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

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

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

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

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

De no hacerlo así, podrían encontrarse motivos que comportasen retrai- mientos e inhibiciones por parte de posibles testigos y peritos no deseables en un estado de derecho.

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

un proceso con todas las garantías y la tutela de derechos fundamentales inherentes a los testigos y peritos y a sus familiares.

El sistema implantado confiere al Juez o Tribunal la apreciación racional del grado de riesgo o peligro y la aplicación de todas o alguna de las medidas legales de protección que considere necesarias, previa ponderación, a la luz del proceso, de los distintos bienes jurídicos constitucionalmente protegidos; medidas que, en el marco del derecho de defensa, serán susceptibles de recurso en ambos efectos.

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

La ley consta de muy pocos artículos; en el primero nos habla de cuáles son los requisitos que el juez debe apreciar para considerar adecuada la aplicación de las medidas.

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

La ley española plantea en su artículo 1: “Para que sean de aplicación las disposiciones de la presente Ley será necesario que la autoridad judicial aprecie racionalmente un peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en ella, su cónyuge o persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad o sus ascendientes, descendientes o hermanos.”

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

- a) Mantener oculta la identidad del testigo. No constando sus datos personales durante la instrucción. Pero en el juicio oral podrá ser pedido que se desvele la identidad. El juez puede permitir que se arbitren los medios necesarios para que se imposibilite su identificación visual normal. Se podrá fijar como domicilio,

a efectos de citaciones y notificaciones, la sede del órgano judicial interviniente, el cual las hará llegar reservadamente a su destinatario.

- b) El testigo puede recibir protección judicial, incluso tras el proceso. En casos excepcionales se le puede dar una nueva identidad y medios para que pueda cambiar de trabajo y de residencia.
- c) El testigo puede pedir ser conducido a las dependencias judiciales o al lugar donde deba practicarse una diligencia, en vehículo oficial y que se le facilite un local reservado para su uso exclusivo mientras permanezca en la sede judicial.

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

Según Andrade Sánchez mediante este programa se resguardará al testigo y a sus familiares siempre que hayan aportado datos para la captura de participantes en organizaciones criminales. A estas personas se les transfieren a localidades lejanas y se les proporciona nueva identidad, se les sostiene económicamente, se les otorga servicios médicos, apoyo para la educación de los hijos y se les busca nuevos trabajos.

En Estados Unidos, con el propósito de obtener testimonios en contra

de la criminalidad organizada, los fiscales federales tienen la capacidad para ofrecer inmunidad a personas que, aun habiendo estado involucradas en la comisión de delitos, acepten testificar contra los miembros de la organización y especialmente de los cabecillas con el propósito de obtener pruebas testimoniales de las actividades ilícitas de las asociaciones delictivas de alto nivel; esto funciona con mucha eficacia.

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

#### **IV. AGENTE ENCUBIERTO**

El agente encubierto supone una evolución en la lucha contra la delincuencia organizada. Consiste en que un funcionario policial con identidad supuesta se integre en la estructura de una organización que tenga fines delictivos, para, desde dentro de la misma, obtener pruebas suficientes que permitan la condena penal de sus integrantes y, como fin último, la desarticulación de la organización criminal. Se trata de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada. La legislación española lo permite en los siguientes delitos: secuestro bajo condición, delitos relativos a la prostitución, robo con fuerza en las cosas o intimidación en las personas, extorsión, robo y hurto de vehículos, estafa, receptación, contra la seguridad de los trabajadores, tráfico de especies de flora y fauna amenazada, tráfico de material nuclear y radioactivo, falsificación de monedas, tráfico de armas, municiones y explosivos, contra la salud pública, contra el terrorismo y contra el patrimonio histórico.

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

La técnica de provocación se admite también en general bajo la condición de que es preciso que el agente actúe para poner de manifiesto que el sujeto por ejemplo ya se encuentra dedicado al tráfico de drogas, no para provocar infracciones por parte de un individuo que no estaba dedicado a ese tráfico. En los Estados Unidos la jurisprudencia ha creado la defensa de *entrapment* (provocación judicial), que significa que si el individuo no se encontraba predisposto a cometer la infracción será absuelto.<sup>6</sup> Lo mismo rige en Francia y Austria y la jurisprudencia belga admite la misma distinción.

#### **v. INFILTRACIÓN POLICIAL**

La policía, además de utilizar sus propios funcionarios, también utiliza particulares que colaboran proporcionando información de forma ocasional o continua. Se trata de los llamados informantes. Esta actividad debe entenderse como la de infiltrados, que sin conculcar legalidad alguna, se encamina al descubrimiento de delitos y la acumulación de pruebas, lo cual se dificulta extraordinariamente ante la criminalidad organizada, por lo cual se le considera como uno de los instrumentos de investigación penal clave en el combate de la delincuencia organizada. Pueden actuar con retribución de sus servicios por parte del Estado o por ánimo de colaborar con la justicia. Estos colaboradores no buscan la comisión de delitos sino los medios, las formas o los canales por los que ese tráfico ilícito se desenvuelve; es decir, se pretende la obtención de pruebas en relación con la actividad criminal que ya se está produciendo pero de la que únicamente se abrigan sospechas. En tales supuestos no puede entenderse que la actividad policial provoque el delito, sino que utiliza técnicas policiales conducentes al descubrimiento de delitos ya cometidos.

El informante es una persona de confianza de las autoridades estatales, que recoge información en el ambiente criminal para la policía, a cambio de una contraprestación de tipo material o de tipo procesal, en la fase de investigación o instrucción o por el simple interés de colaborar con la justicia. Los datos que aporta pueden servir para que la investigación avance. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera válida la utilización de confidentes en la fase de instrucción, así como la

<sup>6</sup> Tribunal Supremo de los Estados Unidos, asunto *Sorrels vs United Status*, 287 U.S. 435 (1932) citado en la "Relación General Los Sistemas Penales frente al Reto del Crimen Organizado", *Revue Internationale de Droit Penale*, 3ro y 4to trimestre de 1998.

permanencia de su anonimato durante esta fase, pero destaca que cuando se quieran utilizar en el juicio como prueba de cargo, para preservar su carácter de prueba, resulta imposible mantener el anonimato. En casos excepcionales, en que peligra la vida de los confidentes, éstos tienen que declarar ante un órgano jurisdiccional con todas las medidas de seguridad, pero siempre se les debe otorgar posibilidades a los acusados o a sus defensores para interrogarlos y garantizar, asimismo, que dicho testimonio no sea la única prueba de cargo (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20-11-89. Caso Kotovki contra Holanda).

#### **vi. ENTREGA VIGILADA**

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

Se trata de permitir que las sustancias, equipos y materiales que pueden ser objeto de esta medida, así como los bienes y ganancias procedentes de las actividades delictivas, especialmente de “blanqueo de dinero” o “blanqueo de capitales” y del tráfico de drogas que circulen por el territorio de un país dado, salgan o entren, no sean interceptados por la autoridad competente o por funcionarios policiales, con el fin de descubrir las pruebas e identificar a todas aquellas personas involucradas en este tipo de delito, así como desintegrar las organizaciones criminales involucradas.

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

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

## **VII. ESCUCHAS TELEFÓNICAS**

Estas escuchas son a menudo indispensables para probar ciertas actividades propias de la criminalidad organizada. Los sistemas son casi unánimes en la posibilidad de realizar escuchas telefónicas. Sin embargo, las condiciones son muy estrictas: 1) la decisión debe ser tomada de acuerdo al sistema procesal de cada país por un fiscal o juez que tenga la misión de velar por la legalidad y el respeto a las libertades individuales; 2) la decisión sólo debe ser aceptada para ciertas infracciones de especial gravedad; 3) las grabaciones deben ser destruidas después de terminado el procedimiento.

## **VIII. DERECHO DE LA DEFENSA**

Por supuesto, la mayor parte de las legislaciones aceptan la defensa en los casos del crimen organizado; sin embargo, el tema tiene algunas especificidades en la legislación en estos casos. Un ejemplo de ello es la presencia del abogado en el interrogatorio. En varias legislaciones no se permite en el interrogatorio judicial, se trate o no de crimen organizado, por ejemplo Alemania, Bélgica, Francia, Grecia y Suiza. Casi todas las legislaciones reconocen que el abogado tiene el derecho de visitar a los clientes fuera del interrogatorio. Sin embargo, la entrada de los abogados en estos casos son demoradas en algunos países; por ejemplo, si en un caso ordinario puede entrar a las 24 horas de la detención, puede aplazarse a 72 horas en el caso de delitos de terrorismo y tráfico de drogas.

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

Otro aspecto es el relativo a los testimonios anónimos. Como hemos dicho, las pruebas consistentes en declaraciones hechas por testigos anó-

nimos no son evidentemente conformes con el principio de contradicción y desconocen, en consecuencia, los derechos de defensa, por lo cual no pueden ser utilizadas en la fase de juicio oral.

Hemos reseñado estas nuevas vías procesales, sin que por ello pretendamos agotar el tema, el cual es de sumo interés e importancia para el procedimiento penal y para el control del crimen organizado.

## REFERENCIAS

- Andrade Sánchez, Eduardo, *Instrumentos jurídicos contra el crimen organizado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1997.
- Albrecht-Jorg y Fijanault Cyrille, *The Containment of Transnational Organized Crime. Comments on the UN Conventions*, December 2000, Max Plank Institute fur auslandiches und Internationals Strafrecht, Edition Iuscrim, Alemania, 2002
- Anarte, Borrallo, *Conjeturas sobre la criminalidad organizada. Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, España.
- Borjon Nieto, José, “Cooperación internacional para combatir la delincuencia organizada transnacional”, revista *Iter Criminis, Revista de Ciencias Penales*, núm. 7, Segunda época, INACIPE, México, 2003.
- Delgado García, María Dolores, “El agente encubierto. Técnicas de investigación. Problemática y legislación comparada”, en *La criminalidad organizada ante la justicia*, Coordinado por Faustino García y Alviz Conrade, Universidad de Sevilla, España, 1996.
- García Ramírez, Sergio, *Delincuencia organizada*, Porrúa, UNAM, México, 2002.
- García Valdés, Carlos, “Dos aspectos de la represión penal del tráfico de drogas. La teoría del agente provocador y el delito provocado y el blanqueo de dinero procedente del delito”, en *Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del profesor Dr. Don Juan del Rosal*, Editoriales de Derecho Reunidas, España, 1993.
- Granados Pérez, Carlos (Dir.) “La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos procesales y orgánicos”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.
- Gómez de Liaño Fonseca-Herrero Marta, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, Editorial Colex, Madrid, 2004.
- Macedo de la Concha, Rafael (Coord.), *Delincuencia organizada*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2004.
- Sferlazza Ottavio, *Proceso acusatorio oral y delincuencia organizada. Modelo italiano*, Aquesta Terra Comunicación, México, 2005.

[Volver al Índice >>](#)