

Nuevas formas de criminalidad: “Problemas y desafíos en la lucha contra el crimen organizado transnacional”

Por **Cintia Natalia Cibulskas**, Escribiente en la Fiscalía Federal de Primera Instancia N° 1 de Lomas de Zamora.

***Sumario:** La autora se centra en cuatro problemas fundamentales que se presentan para los Estados y la comunidad internacional frente a la lucha contra las nuevas modalidades de delincuencia. En primer término, se intenta una aproximación al concepto de criminalidad organizada transnacional desde un enfoque criminológico-sociológico para que, luego, pueda ser abordado por el derecho penal. Asimismo, y teniendo en cuenta la característica esencial que este fenómeno presenta - transnacionalidad-, se aborda uno de los principales desafíos: la lucha contra el lucro ilícito.*

1. Introducción

Con la caída del muro de Berlín y la posterior disolución de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, el escenario político-económico se vio transformado, especialmente por la apertura de mercados, la modificación de métodos y técnicas, y la aparición de nuevas tecnologías, dando origen a un moderno orden económico internacional.

Estos dos grandes hitos históricos motivaron la aparición del fenómeno de la *globalización*, al que podemos definir como aquel proceso por el cual la creciente comunicación e interdependencia entre los distintos países unifica mercados, sociedades y culturas a través de una serie de transformaciones sociales, económicas y políticas que le dan carácter global o mundial. La globalización tuvo distintos tipos de repercusiones -tanto positivas como negativas- pero, en lo que aquí interesa, es dable destacar que el derecho y, en especial, la criminalidad no se encuentran apartados de este fenómeno. De ese modo, aparecieron nuevas modalidades delictivas. Así el crimen organizado, especialmente el transnacional, ejecutado por organizaciones delictivas de alcance global, de enorme poderío económico y técnico, constituye en nuestros días la amenaza más grande para el desarrollo democrático de los Estados.

Este tipo de delito afecta a los Estados tanto a nivel local como internacional puesto que, por un lado, ponen en riesgo la delincuencia transnacional desde adentro, afectando directamente su soberanía y, por el otro, se presenta la

posibilidad de que esa amenaza sea difusa en el espacio, superando la capacidad estatal de control de su economía y seguridad, debido a que las organizaciones criminales no reconocen fronteras ni jurisdicciones.

Frente a este panorama, los Estados y la comunidad internacional se ven en la obligación de combatir este delito; no obstante ello, su lucha presenta interminables problemas que requieren ser abordados.

En los próximos apartados se intentará una aproximación al concepto de crimen organizado transnacional, teniendo en cuenta la evolución de la normativa internacional.

Durante los últimos años, la comunidad internacional ha intentado desarrollar y unificar determinados conceptos de crimen organizado transnacional, con el fin de poder hacer frente a estos grupos delictivos y poder elaborar políticas criminales en su territorio como así también que permitan la cooperación internacional.

Es que al tratarse el delito de crimen organizado transnacional de una figura compleja, con cambios sustanciales y constantes, nos encontramos con la necesidad de un cambio de paradigma, pues se trata de un fenómeno social, que debe ser estudiado y analizado con el apoyo de otras ciencias, ya que no solo pone en riesgo diferentes bienes jurídicos sino que, además, resultan ser de carácter colectivos. Estas nuevas características plantean diferentes cuestiones que deben ser afrontadas.

Desde esta perspectiva, uno de los problemas principales en el derecho penal se centra en que la teoría del delito se ha convertido en una construcción teórica-dogmática de difícil utilización frente a un concepto criminológico-sociológico de crimen organizado, el que implica un análisis de comportamientos grupales que afectan distintos bienes jurídicos colectivos, a diferencia de lo que se sucede en casos de delitos comunes, donde se observan conductas de alcance individual.

Por otra parte, a nivel internacional fue necesario elaborar conceptos que permitieran la unificación de pautas y criterios de actuación y cooperación entre todos los Estados para hacer frente al crimen organizado con proyección transnacional.

En lo que aquí interesa, podemos destacar el esfuerzo de la comunidad internacional plasmado en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional del año 2000^[1] (Convención de Palermo) y en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (Convención de Viena), aprobada en 1988^[2].

Este proceso de normativización de conceptos jurídicos en materia penal resulta esencial para resolver los problemas que se advierten en las investigaciones, así

como también en la desarticulación de estas organizaciones criminales y en el recupero de las ganancias ilícitas que generan estas nuevas modalidades delictivas.

Finalmente, y teniendo en cuenta que en los mercados ilícitos se producen exuberantes ganancias, las que permiten el constante financiamiento de éstas organizaciones, abordaré dos cuestiones que son de interés en la lucha contra el crimen organizado para evitar el lucro ilícito. Por un lado, la utilización de las personas jurídicas como medio para cometer delitos, para financiar sus actividades a través del lavado y, por el otro, el decomiso de las ganancias obtenidas ilícitamente.

Por tal motivo, con el objetivo de hacer frente y tener capacidad de reacción frente a estos grupos, es que se han dotado a los órganos encargados de la persecución penal de los delitos de criminalidad compleja de diversos institutos a efectos de sancionar a las sociedades instrumentales y de evitar el disfrute de las ganancias y de los bienes provenientes de aquellas conductas delictivas.

Expuesto lo anterior y para comprender este fenómeno es preciso abordar los problemas fundamentales que, a mi criterio, se presentan para los Estados y la comunidad internacional en la lucha contra el crimen organizado.

1. Problemas en la lucha contra el crimen organizado transnacional

Quienes trabajamos como operadores de la justicia así como también quienes son los encargados del diseño e implementación de la política criminal y los legisladores, al analizar un problema jurídico primero pensamos en la norma y después observamos si la realidad se adecua a ella. Como se ha dicho, hace algunos años las modalidades delictivas se han visto modificadas. Por ello, para hacer frente a estas organizaciones criminales es necesario observar la realidad para luego proponer políticas públicas que aborden el fenómeno. Veamos los 4 problemas fundamentales que se presentan al momento de combatir el crimen organizado transnacional.

1. ¿Qué es el crimen organizado? Conceptualizando su definición.

Sabido es que definir crimen organizado es objeto de un debate interminable. Sin embargo, como punto de partida para lograr una conceptualización de este fenómeno debemos entender que cualquier delito que se organiza a través de la lógica del mercado, supone diferentes formas de organización que no implican, precisamente, concluir que todos sus actores forman parte de una misma organización criminal.

Con ello quiero decir que, cuando cuatro jóvenes, quienes seguramente se conocen entre sí, son reclutados por un delincuente profesional para vender

drogas en las esquinas de un barrio, éstos probablemente se dividirán tareas y cada uno tendrá un rol específico. Quizás dos de ellos harán de “campana”, otro entregará el estupefaciente y el último será quien perciba el dinero. Ahora bien, ¿podemos concluir que dicha estructura constituye una banda de criminales organizados? Veamos.

Al intentar definir al crimen organizado se presentan una serie de interrogantes y dificultades que son necesarios abordar de forma previa.

El primero de ellos es que cuando hablamos de esta nueva modalidad de delincuencia nos estamos refiriendo a un fenómeno social y no a un concepto estrictamente jurídico. Es decir que, teniendo en cuenta esta premisa se puede afirmar que los hechos sociales no se regulan directamente con el Derecho Penal, sino que es necesario recurrir a otras disciplinas, tales como la sociología, la criminología, la economía y la política, para la construcción del concepto.

Sobre este punto, según Zúñiga Rodríguez es fundamental concebir una definición de la criminalidad organizada desde un punto de vista criminológico, sintetizando su visión en cuatro postulados fundamentales.

En primer término, la autora supone que la definición debe ser construida previamente con criterios comunes. Sostiene que, existen ciertas modalidades y ataques comunes que hacen referencia al fenómeno y que son los que deben ser utilizados *ex ante* para definir el objeto que se pretende tutelar. Solo a partir del conocimiento de esas características comunes entiende que se podrá distinguir al crimen organizado de otro tipo de criminalidad compleja.

A su vez plantea que, ante la necesidad de hacer frente a este tipo de criminalidad, que con motivo del proceso de globalización se ha convertido en un crimen transnacional, es necesario contar con la cooperación de otros Estados.

Como consecuencia de ello, la autora enfatiza en la necesidad de armonizar la legislación en materia penal a nivel internacional, utilizándose esos criterios comunes -previamente elaborados- con el fin de lograr acuerdos internacionales y establecer lineamientos comunes en la implementación de políticas criminales, particularmente en la prevención y el control de la problemática.

Finalmente, y por ello no menos importante, coincidimos con Zúñiga Rodríguez, en cuanto sostiene que *“(…) prevenir determinado fenómeno significa evitar sus causas, eliminar los condicionantes que llevan a la producción de ese fenómeno. Si se busca prevenir la criminalidad organizada, habrá que comprender lo más posible, qué se entiende por dicho fenómeno.”*^[3]

En concordancia con lo expuesto, la utilización de otras ciencias resulta clave para abordar esta problemática, ello pues, toda disciplina científica busca generar conocimiento sobre un sector de la realidad.

En ese lineamiento, es dable destacar que toda investigación se plantea a partir de una serie de interrogantes que problematizan determinada temática.

En ese sentido, Marradi afirma que *“Todo tema puede llegar a convertirse en un problema de investigación; es decir, puede dar lugar a una pregunta o a un conjunto articulado de preguntas específicas que se puede abordar e investigar empíricamente. (...) Un problema, entonces, siempre se define y construye a partir de un tema más amplio. Esta definición implica fundamentalmente un movimiento progresivo desde lo abstracto y general del tema hacia lo concreto y específico del problema.”*^[4]

Desde esta perspectiva, es imprescindible la utilización de métodos de investigación para indagar sobre las conductas que se pretenden criminalizar, lo que permitirá conocer el fenómeno y, en consecuencia, será el legislador quien evaluará si tales comportamientos deben ser criminalizados, es decir, tendrá la potestad de determinar cuándo aquellos constituyen una amenaza o afectación a uno o varios bienes jurídicos, siendo relevante desde el punto de vista de la dogmática penal.

Más aún, teniendo en cuenta que estas formas de criminalidad compleja son procesos en lo que intervienen diversos actores sociales, debemos construir un concepto que no sea fijo, sino variable en tanto el tiempo como en el espacio.

Resulta oportuno hacer hincapié en el trabajo de investigación sobre el crimen organizado en las favelas de la ciudad de Río de Janeiro, en el que Silva Souza propone analizar el funcionamiento de redes criminales que operan en la economía ilícita.^[5]

El autor sostiene que la comprensión de un fenómeno como el crimen organizado debe ser realizada empíricamente en un contexto determinado. Para ello, se centra en la dimensión económica del crimen organizado y la articulación con la vida local, basándose en que la lógica del comercio ilícito representa un factor esencial para el entendimiento de las relaciones sociales en las favelas cariocas actuales. La comprensión de las relaciones sociales en las favelas cariocas será, lógicamente, fundamental para entender la manera particular como se realiza el crimen organizado allí.

En definitiva, resulta necesario comenzar a construir un concepto desde el punto de vista criminológico-sociológico del fenómeno del crimen organizado para que, una vez estudiado aquel y conocido sus características elementales, pueda ser trasladado al derecho penal.

1. Normativización Soberanía: una definición *pactada*

Al no existir una concepción homogénea y consensual del fenómeno, se infiere indirectamente un segundo problema: la compleja tarea de unificar criterios y conceptos que sean aplicables a todos los Estados de igual forma.

Si bien puede considerarse que la criminalidad organizada es un fenómeno relativamente nuevo, ya que comenzó a tener mayor visibilidad a partir del año 2001 con el ataque a las Torres Gemelas en la ciudad de New York -Estados Unidos- la homogeneización de conceptos a nivel internacional comenzó a gestarse desde mediados del Siglo XX.

Con la creación de la Organización de Naciones Unidas^[6] (ONU) y la posterior aparición de los organismos internacionales, abogando desde un comienzo por la plena vigencia de los Derechos Humanos, este proceso de normativización a nivel internacional comenzó a expandirse no solo a nivel mundial sino que, también, generó efectos a nivel regional. Es así que, la criminalidad organizada no quedo excluida de aquella transformación.

La preocupación de unificar un concepto a nivel internacional aparece por primera vez en el año 1975 en la "V Convención de las Naciones Unidas para la Prevención del Crimen". Pero la lucha contra la criminalidad organizada transnacional obtuvo su máximo esplendor con la aprobación de la Convención de Palermo (2000).

Así, los Estados adoptaron una serie de definiciones comunes que permitieron armonizar las legislaciones penales internas frente al crimen organizado transnacional, construyendo una base mínima para facilitar la cooperación internacional

En efecto, la mencionada Convención propone una definición en la que se hace hincapié en la presencia de ciertos componentes comunes que se presentan en las organizaciones criminales, los cuales resultan ser la base sobre los cuales se estructuran las políticas de prevención y persecución de los Estados a nivel global.

Lo primero que debemos destacar es que, la finalidad de la Convención de Palermo es clara al momento de consignar que su propósito resulta ser la cooperación entre Estados para combatir al crimen organizado transnacional (art. 1).

Por su parte, en el artículo 2 se establecen una serie de definiciones, entre las que se destacan –en el marco del presente- "*grupo delictivo organizado*" (inc. a), "*delito grave*" (inc. b) y "*grupo estructurado*" (inc. c).

Para Zúñiga Rodríguez^[7], la Convención recepta dos definiciones de organización criminal. La primera de ellas responde a un concepto "fuerte", en tanto que "*grupo estructurado*" obedece a un concepto débil, tratándose de una figura residual que será aplicable en aquellos casos en que no se haya podido reunir las características específicas a las que alude el "*grupo delictivo organizado*".

Desde un punto de vista criminológico, la Convención nos propone una definición de "*grupo delictivo organizado*", que exige la existencia de los siguientes elementos comunes.

En primer término, se requiere que el grupo esté compuesto por tres o más personas. En segundo lugar, debe estar presente un factor estructural, es decir

que, debe existir una estructura material y personal que este destinada a delinquir y que, para ello, aquellas personas se hayan dividido las tareas, adjudicándose diferentes roles.

Por su parte, el factor temporal está dado por la permanencia en el tiempo. En ese sentido, este factor no requiere la comisión de varios delitos, en sentido cuantitativo, sino que simplemente exista cierta estabilidad en la conformación del grupo organizado.

A su vez, el concepto se encuentra compuesto por elementos de tipo subjetivo, es decir que, ese grupo de personas debe tener un plan común, la finalidad delictiva. Ese plan común destinado a cometer delitos debe estar, a su vez, acompañado por una finalidad última: obtener directa o indirectamente un beneficio económico o de orden material.

Siguiendo este lineamiento, también podemos mencionar elementos accesorios que pueden estar o no presentes en estas estructuras criminales y que sirven para agravar el tipo básico.

En algunas oportunidades, aunque por lo general en forma aislada, estos grupos deben recurrir a la violencia. La utilización de la violencia, la intimidación o la corrupción resultan necesarios para obtener beneficios o ejercer el control en algún territorio o mercado.

Asimismo, si bien no es un requisito esencial, también se requiere la existencia de vínculos jerárquicos o la presencia de relaciones personales que permiten efectuar el control del grupo por sus *jefes*.

Finalmente, otro factor distintivo que se hace presente en este tipo de criminalidad es el blanqueo de capitales de procedencia ilícita, los cuales serán destinados a la financiación de alguna actividad delictiva o para infiltrar alguna actividad económica legítima.

Así, la ONU estableció, a través de la aprobación de la Convención de Palermo, una serie de pautas y criterios comunes para todos los Estados con el objeto de establecer que se debe entender por crimen organizado transnacional.

Asimismo, se logró la unificación de algunas definiciones con fines de cooperación internacional, a efectos de evitar que por razones territoriales los Estados no pudieran llevar a cabo la desarticulación y desbaratamiento de organizaciones criminales a nivel global.

Sin embargo, todo lo expuesto no parece darse de manera sencilla. De alguna manera, estamos de acuerdo en que este proceso de normativización jurídica tiene por finalidad brindar criterios y principios jurídicos comunes que permitan que los diferentes ordenamientos internos o nacionales puedan dar respuestas congruentes entre sí.

Es decir que, en cierta medida, la aceptación de esos criterios y la adecuación normativa interna implica ceder soberanía nacional. Por ello, es que los Estados resultan ser reticentes y reacios a conceder poder a organismos internacionales o supranacionales en la creación de nuevas figuras delictivas como así también en su persecución y su juzgamiento. Es que el poder punitivo se encuentra estrechamente vinculado a la soberanía nacional.

Nótese que, al momento de establecer determinados criterios, los actores jurídicos hacen jugar los valores, los intereses y las necesidades que son propias de sus sociedades y ordenamientos nacionales.

A modo de ejemplo, a nivel regional el Parlamento de la Unión Europea (PUE) tiene amplia competencia legislativa; es decir que tiene la atribución de crear órganos y normas que son obligatorios para todos los Estados que conforman la Unión Europea (UE) sin que sea necesario un procedimiento formal para su internalización y adecuación interna en cada legislación, lo cual implica ceder soberanía.

Sin embargo, esta simplificación del Derecho Comunitario no resulta en todo positiva. Sucede que, en muchos casos estas reformas penales incorporan delitos que se superponen con otros ya legislados por los propios Estados, lo que da lugar a que surjan problemas con relación al concurso aparente de normas, conformándose un ordenamiento jurídico nacional incoherente.

Por otra parte, en el caso de Argentina se advierte otro tipo de obstáculo. A diferencia de lo que ocurre en el Derecho Comunitario en la UE, la normativa internacional, una vez aprobada, tiene que ser internalizada a través del procedimiento constitucional establecido al respecto. Es decir, resulta necesario un proceso de recepción normativa por parte del Congreso Nacional que produzca la norma penal para cumplir con los requisitos de legalidad material.

Paralelamente, se advierte que esta nueva modalidad de delincuencia no afecta bienes jurídicos individuales, sino que amenaza o lesiona bienes jurídicos de carácter colectivos. Se trata de un nuevo desafío en la adecuación de la teoría del delito ya que no solo se ven transformados los modos de participación de los diferentes actores –autoría, participación, responsabilidad penal de las personas jurídicas- sino que, además, varían los bienes jurídicos que queremos tutelar; por ejemplo: hacienda pública, salud pública, orden económico y financiero, entre otros.

Específicamente, en el caso de la criminalidad organizada, con el avance de la tecnología se presentan riesgos que ocasionan daños de carácter global, los que no se encuentran circunscriptos en un espacio y tiempo delimitado.

1. Transnacionalidad: la característica distintiva.

Habiendo *conceptualizado* una definición, corresponde adentrarnos en una de las características distintivas de esta nueva modalidad de delincuencia y que conforma el tercer problema para los Estados: la *transnacionalidad*.

Como se ha dicho, el fenómeno de la globalización tiene diversos tipos de consecuencias, tanto positivas como negativas. Como consecuencia de este fenómeno, se han planteado diferentes problemáticas debido a que estos grupos criminales operan fuera del territorio nacional.

En ese sentido, desde una perspectiva positiva, como se ha expuesto en los párrafos anteriores, se produce la armonización de la ley penal y, en consecuencia, la cooperación policial y judicial a nivel internacional; pero desde un punto de vista negativo, surgen los refugios para las organizaciones criminales transnacionales, tales como los denominados paraísos fiscales o las sociedades *off shores*, así como también, se presenta la dificultad de perseguir las exorbitantes ganancias producto de los ilícitos cometidos.

Si bien pareciera que estos aspectos negativos responden a las problemáticas que enfrenta el Derecho Penal Económico, aquellos aspectos negativos también responden a estos grupos criminales.

En ese sentido, Zuñiga Rodríguez sostiene que *"Las organizaciones criminales siempre han existido, pero ahora estas organizaciones delictivas han adquirido una nueva dimensión con la globalización: transnacionalidad, estructuras flexibles, complejidad, alianzas con otras formas de criminalidad, etc. Desde el paradigma de la prevención de los nuevos riesgos (el Derecho Penal del riesgo), parece haberse alcanzado más consenso últimamente en cuanto a la necesidad de su modernización; pero este paradigma es más propio para entender la criminalidad económica, aunque no se descarta para la criminalidad organizada cuando ésta utiliza las nuevas tecnologías."*^[8]

Ello pues, es necesario la utilización de nuevas técnicas que les permita no sólo eludir a los órganos encargados de la persecución penal sino que, además, que los ayude a continuar operando en el mercado ilícito y generando ganancias para su financiación.

En ese marco, es posible afirmar que el delito transnacional se ha intensificado debido a la entidad que han alcanzado las organizaciones en tanto cuentan con bastos recursos técnicos y económicos no solo para su ocultación, sino para lograr sus cometidos, mediante la circulación de personas y capitales financieros.

El carácter eminentemente transnacional que han adquirido las organizaciones criminales determinó la necesidad de plantear estrategias globales para combatirlas. Ello, ha conducido a la elaboración de normas uniformes sobre cooperación entre los Estados, sobre investigación y recolección de pruebas, así como también sobre estandarización de la transmisión de información.

Hay que tener en cuenta que la lucha contra el crimen organizado transnacional implicó modificar el paradigma tradicional de investigación, ello por cuanto en estos casos los autores son observados por los órganos encargados de la persecución penal en tiempo real, es decir mientras se van desarrollando los acontecimientos.

De este modo, se ha dotado a los órganos encargados de la persecución penal de distintos instrumentos de investigación e indagación, que sirven para optimizar el avance de las investigaciones y determinar las responsabilidades penales.

Algunas técnicas especiales de investigación en materia de delitos complejos son las figuras del agente encubierto, agente revelador, prórroga de jurisdicción y entrega vigilada, entre otras.^[9]

En síntesis, ello implica modificar la visión retrospectiva por una prospectiva, con las consecuencias que trae aparejada dicha modificación en los métodos de obtención de pruebas, valoración de las circunstancias necesarias para solicitar medidas intrusivas en torno a las estrategias investigativas.

En relación con este problema, la comunidad internacional ha elaborado una definición de *"delito transnacional"*, entendiendo que la transnacionalidad es una característica distintiva de este fenómeno. Veamos.

En primer lugar, se considera que estamos frente a este fenómeno cuando se comete alguno de los delitos graves tipificados en la Convención. Éstos son: la participación en un grupo delictivo organizado (art. 5), el blanqueo del producto del delito (art. 6), corrupción (art. 8) y obstrucción de la justicia (art. 23).

En segundo lugar, la Convención define al delito transnacional cuando un grupo organizado criminal -con sus componentes comunes- presenta la agravante establecida en el artículo 3, apartado 1, inciso b), esto es la transnacionalidad, trasgrediendo las fronteras de los Estados.

Este elemento implica, el potencial para introducirse en alguna nueva actividad o para extenderse más allá de las fronteras nacionales, así como también, la cooperación con otros grupos organizados de delincuentes transnacionales.

Finalmente, en tercer lugar, establece que si una organización criminal comete delitos graves, esta encuadraría en el concepto que estamos intentando definir. Al respecto, el artículo 2, inciso b), define al *"delito grave"* como *"(...) la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave"*.

Como se puede advertir, realizar una enunciación exacta de crimen organizado transnacional resulta una ardua tarea que la comunidad internacional intenta resolver.

En definitiva, se puede concluir que el crimen organizado consiste en la estructuración de un grupo que tiene un cierto desarrollo operativo y logístico, con

permanencia temporal, pero para ser considerado dentro de la categoría de crimen organizado transnacional que intentamos conceptualizar, hay que tener en cuenta que estas grandes organizaciones deben actuar traspasando las fronteras de los Estados y suministrar bienes y servicios ilegales, no sólo redistribuir los existentes, es decir que deben estar abocados a una actividad de carácter esencialmente económico.

1. **La punta del *Iceberg*: la lucha contra el lucro ilícito.**

Al encontrarnos frente a un fenómeno criminal que traspasa las fronteras nacionales y utiliza métodos sofisticados de reciclaje de dinero mal habido, las estrategias políticas internacionales para combatirlo eficazmente buscan principalmente evitar la generación de aquellas ventajas financieras.

En un primer momento, esas herramientas fueron diseñadas y aplicadas a nivel local y, con posterioridad, se comenzaron a difundir a nivel internacional a través de convenciones que en un comienzo estuvieron orientadas específicamente al mercado de drogas ilícitas, pero que con luego fueron extendidas a todos los delitos que generan ganancias económicas.

Dos de las principales estrategias adoptadas en este sentido son, por un lado, la obstaculización de la utilización de las sociedades instrumentales y, por el otro, el decomiso de bienes de origen espurio. Sobre ello nos abocaremos en los siguientes apartados.

1. **Las sociedades como *instrumentos* para cometer delitos**

Hoy estamos presenciando el avance de las nuevas modalidades de criminalidad organizada transnacional, estrechamente vinculadas con la economía, en donde existe una amplia desregulación del mercado y flexibilidad en las formas de control y prevención del blanqueo de capitales.

Para ocultar las identidades de autores y partícipes criminales, así como también para borrar la trazabilidad del dinero sucio, estas organizaciones constituyen sociedades con nula o escasa actividad comercial, solo a los fines de ingresar al circuito formal los bienes de origen ilícito.

Antes de ingresar al análisis en detalle de las denominadas sociedades *pantallas*, *interpuestas* o instrumentales, es preciso efectuar una breve diferenciación con aquellas sociedades que tienen una actividad lícita pero que, ocasionalmente y/o simultáneamente, las personas físicas las utilizan para llevar a cabo actividades ilícitas.

Éstas últimas, suelen ser las utilizadas en el marco del denominado crimen empresarial. Como se ha dicho, estas son constituidas con el objetivo de llevar a cabo actividades legales pero, en cierta ocasiones, realizan actividades delictivas, encubriendo de esa forma otros delitos. Para estos supuestos, el artículo 10, inciso 3° de la Convención de Palermo, establece que las personas jurídicas son

pasibles de responsabilidad penal, independientemente de las responsabilidades que le corresponda a las personas físicas.

En efecto, de la norma citada surge que la imputación penal puede alcanzar a las personas de existencia ideal, cuando el autor o los partícipes han actuado en representación de sus órganos, miembros o administradores y se hayan beneficiado en razón de esas ganancias ilícitas.

En resumen, la separación jurídica entre los socios y la persona jurídica, no admite que el provecho del delito pueda ponerse al amparo de una persona de existencia ideal, para evitar su recuperación o con el fin de que el delito rinda sus frutos.

En tanto que, las sociedades instrumentales son aquellas utilizadas por las organizaciones criminales para llevar a cabo sus actividades delictivas.

Las diferencias en algunos casos suelen ser mínimas, pero a los fines de la presente exposición, solo me enfocaré en las utilizadas por las organizaciones criminales para lograr sus cometidos.

Los responsables de la comisión de los delitos transnacionales, utilizan sociedades con escasa o nula actividad o meramente patrimoniales para dar apariencia lícita a sus adquisiciones. Este tipo de maniobras favorecen el reciclaje del dinero obtenido de manera ilícita por las organizaciones criminales.

Para combatir el blanqueo de capitales proveniente de este tipo de delitos, mediante la Convención de Palermo, se obligó a los Estados Parte a adecuar su legislación interna para establecer la responsabilidad de las sociedades en los casos en que un grupo delictivo organizado las utilizará para cometer delitos graves (art. 10, inciso 1).

Asimismo, el inciso 2 del citado artículo, refiere que la sanción a estas sociedades instrumentales puede ser de carácter civil, administrativo o penal, por lo que cada Estado deberá optar por el carácter de ésta.

Por su parte, en la UE rige la Directiva Marco 2008/841/JAI del Consejo, del 24 de octubre de 2008, mediante la cual se obliga a los Estados a adoptar las medidas necesarias para sancionar a las personas jurídicas cuando sean responsables de los delitos de participación en la organización criminal, las que serán sancionadas con multas de carácter penal o administrativo.

Es indudable que la normativa internacional está orientada a responsabilizar tanto a las personas físicas que actúan en nombre de una persona jurídica para realizar en el marco de sus actividades comerciales legales algún otro tipo de actividad delictiva, así como también, el uso por parte de las organizaciones criminales de las sociedades pantalla, las que carecen de actividad real.

Sin embargo, con la introducción de la responsabilidad penal de la persona jurídica en la legislación, se complejizó la tarea de determinar cuándo corresponde efectuar la imputación penal a la sociedad o cuándo se trata de un instrumento de la organización criminal.

A modo de ejemplo, cabe señalar el tratamiento jurisprudencial que los tribunales españoles le han otorgado a esta difícil labor.

Así en los autos “GeorMadrid”[\[10\]](#), se condenaron a personas físicas y jurídicas por haber organizado una estructura empresarial destinada a introducir en el mercado lícito el dinero procedente de las actividades ilícitas relativas al tráfico de sustancias estupefacientes, con el fin de ocultar y proteger el patrimonio adquirido, evitando su individualización y decomiso por parte de los órganos encargados de la persecución penal, mediante la utilización de sociedades comerciales, tanto lícitas como ilícitas.

El fundamento de la diferenciación radicó en que, una sociedad pantalla es aquella que no tiene actividad real, y por lo tanto se le aplica el artículo 66 del Código Penal Español. El citado artículo establece que a este tipo de sociedades, creadas al solo efecto de blanquear bienes de origen ilícito, no son pasibles de responsabilidad penal en los términos del artículo 31 bis, que rige la materia. Sino que la sanción que se les debe aplicar es la del artículo 129, es decir la de organizaciones sin personería jurídica.

Con ello es posible afirmar que, este tipo de sanciones de carácter patrimonial o pecuniario resultan ser herramientas de política criminal que ayudan a combatir el avance y despliegue de estas organizaciones criminales, ya que están orientadas a privarlos del disfrute de ese lucro ilícito, es decir que están dirigidas directamente contra las personas físicas que cometen el delito.

Complementariamente, las sanciones de carácter administrativo tienen por finalidad la suspensión de la sociedad con el fin de hacer cesar el delito cometido, evitando que las personas jurídicas que podrían estar vinculadas a la maniobra de lavado de activos continúen operando.

Sin embargo, la utilización de sociedades instrumentales se enmarca en un contexto que facilita la impunidad, dadas las dificultades que se presentan al momento de investigar, probar y condenar esas conductas delictivas, debido a que por lo general estas se crean fuera del país de donde se origina el dinero mal habido.

A su vez, permite que no se conozcan las verdaderas identidades de los autores y partícipes ya que éstas suelen estar constituidas en *paraísos fiscales*, donde la normativa de prevención y control suelen ser demasiado flexibles.

En ese marco, es necesario repensar en el diseño e implementación de mecanismos y controles más rigurosos que permitan anticiparse y detectar con

mayor facilidad cuando estamos en presencia de sociedades sin actividades comerciales reales o lícitas.

En ese sentido, resulta necesario la creación de un registro público de sociedades que permita conocer quiénes son los verdaderos responsables a nivel internacional, la realización de inspecciones periódicas a efectos de constatar la actividad real de la sociedad y, por sobre todo, renovar la lucha por parte de la comunidad internacional contra la paraísos fiscales, para evitar que sus territorios actúen como guaridas del dinero proveniente de actividades ilícitas.

En síntesis, por tales motivos es necesario crear diferentes mecanismos jurídicos idóneos a nivel internacional, destinados a ejercer un control eficaz sobre la constitución de esas sociedades y de su actividad comercial.

1. El decomiso de bienes

En oportunidad de instar a los países a adoptar todas aquellas medidas de orden legislativos necesarias para combatir con eficacia a los diversos aspectos del delito de organización criminal transnacional y evitar el disfrute de las ganancias exorbitantes que genera, la comunidad internacional recomendó la incorporación del instituto del *decomiso*.

La incorporación del comiso en la comunidad internacional fue reticente, debido a que las monarquías habían abusado del decomiso, distorsionando su uso para incrementar las rentas fiscales, por lo que esta herramienta fue objeto de desconfianza en la modernidad.^[11]

Sin embargo, para adecuarse a estas nuevas modalidades de criminalidad organizada transnacional se produjo un cambio de paradigma. Éste implicó dejar atrás la visión tradicional según la cual el decomiso es una pena accesoria a la condena, para adoptar una visión moderna que lo entiende como una herramienta de política criminal para recuperar bienes provenientes del delito, procurando evitar que el autor del ilícito penal pueda seguir financiando sus actividades delictivas y disfrutando de aquellas ganancias.

De este modo, el cambio de paradigma es notorio, en tanto se advierte un enfoque en la persecución de las personas pero, además, se encuentra orientado al decomiso de sus bienes.

El principal fundamento radica en que recuperar los activos ilícitos es mucho más efectivo que la imposición de una pena privativa de la libertad, ya que impide que esos capitales sean reutilizados en los mercados criminales o bien blanqueados e incorporados en el mercado formal.

Desde esa perspectiva, Blanco Cordero refiere que, por un lado, el decomiso tiene un fin preventivo que consiste en reducir el incentivo en la obtención de ganancias con la comisión de delitos graves y, por el otro, un fin especial que es evitar que los

autores gocen de esas ganancias y las reinviertan en la financiación de sus actividades delictivas.^[12]

En esa dirección, el artículo 5 de la Convención de Viena establece que los Estados Parte adoptarán las medidas que sean necesarias para autorizar el *decomiso del producto* de los delitos tipificados en ella, es decir aquellos relacionados con el tráfico de estupefacientes, y aclara que cuando el producto se haya transformado o convertido en otros bienes, éstos también deberán ser decomisados. Para alcanzar estas medidas dispone que las Partes deberán permitir a sus autoridades competentes la identificación, la localización, el embargo preventivo o la incautación de tales bienes con miras a su eventual decomiso.

De este modo, se pone de manifiesto que una estrategia eficiente en la lucha contra el narcotráfico consiste en privar a las organizaciones criminales de las ganancias procedentes de sus actividades delictivas, mediante su decomiso, neutralizando una ventaja patrimonial obtenida injustamente.

Posteriormente, con la aprobación de la Convención de Palermo esta estrategia de política criminal, dirigida a asfixiar económicamente a las organizaciones criminales despojándolas de las ganancias ilícitas se extendió a las diferentes manifestaciones de la criminalidad organizada.

En tal sentido, el artículo 12 regula de manera amplia las facultades estatales para proceder al decomiso de bienes y determina, entre otras cuestiones, que se deberá autorizar respecto *“a) Del producto de los delitos comprendidos en la presente Convención o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto; b) De los bienes, equipo u otros instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados en la comisión de los delitos comprendidos en la presente Convención.”*

Concretamente, la comunidad internacional se vio obligada a establecer que además de los bienes e instrumentos utilizados para la comisión del delito, se deberá proceder al decomiso del beneficio económico obtenido por el delito, es decir que se incluyen las cosas que se han obtenido en el delito, o sea su producto, así como también también las cosas obtenidas con ese producto, que puede ser dinero o bienes en general.

Asimismo, la norma también habilita la procedencia del decomiso de otros bienes por un valor equivalente en aquellos casos en que por diversos motivos los bienes directamente relacionados con el delito no pudieron ser individualizados o ejecutados.

En el mismo orden de ideas, en materia de prevención y persecución del delito de lavado de activos y la financiación del terrorismo, el GAFI en su recomendación N° 4 refiere al decomiso y medidas provisionales.

En el ámbito regional, la UE establece en sus artículos 4, 5 y 6 de la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, las pautas y criterios que regulan el embargo y el decomiso de los instrumentos y del

producto del delito en el caso de las organizaciones criminales, entre las cuales se encuentran los traficantes de estupefacientes transnacional.

La normativa internacional citada, con el fin de neutralizar las ganancias provenientes de actividades ilícitas, ha establecido diferentes modalidades de procedencia del decomiso de bienes. Veamos brevemente.

El decomiso directo es la modalidad clásica de pérdida de dominio sobre un bien en beneficio del Estado. Esta modalidad es aquella que se limita al decomiso de los instrumentos y sus efectos, es decir, al objeto del delito.

Se trata de una pena accesoria que requiere la existencia de una sentencia condenatoria, alcanzando solamente a los bienes que son de propiedad del autor. Así, en el caso del narcotráfico, tanto la sustancia estupefaciente como el avión mediante el cual se la traslada hacia otro país, se encontrarían alcanzados por esta modalidad.

En segundo lugar, corresponde mencionar al decomiso ampliado. En estos casos, si bien se necesita que haya recaído sentencia condenatoria sobre la persona, lo cierto es que el decomiso se puede expandir a otros bienes que, según los indicios objetivos señalados por los juzgadores, puedan proceder de actividades criminales, no habiéndose podido acreditar su origen lícito.

A mi entender, en estos casos, se advierte una clara violación al principio de inocencia, toda vez que se invierte la carga probatoria, obligando al imputado a que demuestre el origen lícito de sus bienes, cuando dicha carga le corresponde al órgano acusador en representación del Estado.

Por su parte, una tercera modalidad se da en el decomiso sin condena. Esta consiste en la posibilidad de la pérdida del dominio sobre los bienes cuando se hubiere podido comprobar la ilicitud de su origen y el imputado no pudiese ser enjuiciado por cualquier motivo, sea fallecimiento, rebeldía, suspensión o extinción de la acción penal.

En estos casos, será necesario tener por acreditada en mayor medida la existencia de una situación patrimonial ilícita en virtud de la realización de una conducta penalmente relevante, pero sin haber sido condenada.

Finalmente, el decomiso podrá recaer sobre aquellos bienes que se encuentren en manos de terceros, siempre que no sean de buena fe. Con esta modalidad, se busca hacer frente a los testaferros, es decir evitar que personas interpuestas oculten las ganancias de los autores de las conductas delictivas.

Resulta relevante destacar que para que el decomiso sea eficaz se requiere necesariamente que simultáneamente se orienten desde un comienzo las tareas

de investigación penal para la pronta identificación de los bienes que son el producto o provecho del delito.

Por ello, para verificar si una persona jurídica está siendo utilizada para ocultar las ganancias provenientes del delito, o para detectar el uso de personas interpuestas o testaferros para disimular bienes de origen ilícito, resulta ineludible, que desde el comienzo de la pesquisa, y en forma simultánea a las medidas destinadas a lograr el esclarecimiento del hecho, se realicen las investigaciones patrimoniales necesarias que permitan la identificación de los bienes o el dinero vinculado a la maniobra ilícita investigada.

En suma, esta herramienta en la recuperación de bienes de origen ilícitos, en su nueva visión, debe ser regulada en los Estados a fin de poder evitar el goce y disfrute de las ganancias obtenidas por estos grupos criminales transnacionales.

III. Aproximaciones finales

Frente a este panorama, el mayor reto se centra en repensar las políticas criminales que se deben elaborar en torno a estas nuevas modalidades de delincuencia organizada transnacional, para evitar la impunidad de estos grupos y el ingreso de las ganancias al mercado formal provenientes de los delitos con el fin de financiarse.

Por ello y para hacer frente a los problemas que se presentan, en primer lugar, se propone formular un concepto de criminalidad organizada transnacional desde un punto de vista criminológico-sociológico, lo que implica abandonar construir un concepto estrictamente jurídico.

Ello por cuanto, estas nuevas modalidades delictivas son hechos sociales que debemos observar con la participación de otras disciplinas, lo que nos permitirá conocer en forma más acuciosa los comportamientos que se pretenden criminalizar mediante la sanción de una norma, en el sentido estricto de la dogmática penal.

En ese sentido, se deberán flexibilizar los postulados de la teoría del delito, ya que resulta ser un obstáculo en materia probatoria y de investigación para aquellos actores encargados de la persecución penal y del juzgamiento de dicho comportamientos.

De ese modo, repensar la teoría del delito es uno de los desafíos que se les presenta hoy a los legisladores y juristas de la comunidad internacional ante esta nueva forma de delincuencia transnacional.

Sin embargo, considero que la batalla más importante en la lucha contra la criminalidad organizada transnacional resulta darse en el campo de la economía, los flujos financieros y, por tanto, en los mercados ilegales, debido al avance de las tecnologías.

Pues, la revolución financiera permite que todas las ganancias producto de los delitos cometidos por estas organizaciones sean ingresadas al mercado formal, produciéndose una desventaja para los Estados frente a estos delincuentes.

Es que éstos actúan con la complicidad no solo de otras organizaciones criminales sino de estudios jurídicos y/o contables que cuentan con profesionales altamente capacitados, para evadir la justicia y ocultar sus exorbitantes ganancias.

A su vez, existen Estados que no brindan información sobre los titulares de los bienes así como tampoco permiten conocer los verdaderos orígenes.

Frente a estos *paraísos fiscales*, los Estados deben comprometerse a regular dichos sistemas *off shores* y a efectuar controles más rigurosos para impedir la constitución de entramados societarios que cooperen en el ocultamiento de bienes de origen ilícito.

Considero que, si bien tanto las sanciones patrimoniales, civiles y administrativas que le caben a las sociedades instrumentales como el instituto del decomiso presentan algunas dificultades para su aplicación, el camino elegido presenta buenos pronósticos.

- [1] Aprobada por Ley 25.632, publicada en el B.O. el 29/08/2002.
- [2] Aprobada por Ley 25.072, publicada en el B.O. el 09/04/1992.
- [3] ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, "Criminalidad de Empresa y Criminalidad Organizada. Dos modelos para armar en el derecho penal", en *Colección de Ciencias Penales*, N° 4, Lima – Perú, Jurista Editores IR.L., 2013, página 623.
- [4] MARRADI, Alberto et al., *Metodología de las Ciencias Sociales*, Buenos Aires, EMECÉ, 2007, página 60.
- [5] SILVA DE SOUZA, "Narcotráfico y economía ilícita: las redes del crimen organizado en Río de Janeiro", en *Revista Mexicana de Sociología*, N° 1, México D.F., Instituto de Investigaciones Sociales, 2004, páginas 141-191.
- [6] La Organización de las Naciones Unidas empezaron a existir oficialmente el 24 de octubre de 1945.
- [7] ZUÑIGA RODRÍGUEZ. "El concepto de criminalidad organizada transnacional: problemas y propuestas", en *Revista Nuevo Foro Penal*, N° 86, Medellín, Universidad EAFIT, 2016, páginas 62-114.
- [8] Ídem, página 616.
- [9] En Argentina, dichas técnicas especiales de investigación se encuentran reguladas en la Ley 27.319 (B.O. 22/11/2016).
- [10] TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, SENTENCIA N°: 154/2016, del 29/02/2016.
- [11] GUILLERMO, Jorge. *Recuperación de activos de la corrupción*, Buenos Aires, Editorial Del Puerto, 2008, página 68.
- [12] BLANCO CORDERO, Isidoro, *Principios y Recomendaciones Internacionales para la Penalización del Lavado de Dinero. Aspectos Sustantivos*, consultado en [http://www.cicad.oas.org/Lavado_Activos/esp/Documentos/OEA%20CICAD%20LIBRO%204%20EDICION.pdf.]