



EL PAPEL DE LA INFORMACIÓN¹ EN LA LUCHA CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL

Daniel Sansó-Rubert²

Universidad de Santiago de Compostela

Resumen:

Ante la constatación de que las medidas hasta el momento empleadas en la lucha contra la nueva dimensión de la criminalidad organizada transnacional adolecen en muchos aspectos de eficacia, resulta necesario la explotación de nuevos mecanismos o la perfección de los ya existentes, con el fin de adecuar las capacidades estatales al nuevo escenario operativo y estratégico. En este contexto, en el que el crimen organizado transnacional representa una amenaza de primer orden, los medios de obtención de información y de elaboración de inteligencia se presentan como elementos indispensables. La elección de las operaciones y los agentes encubiertos como objeto de reflexión, obedece a la creencia de que, bien articulados y definidos, pueden constituir dos instrumentos efectivos.

Palabras clave: crimen organizado, amenazas transnacionales, servicios de inteligencia.

Title in English: *“The Role of Information in the Fight against Transnational Organized Crime”*

Abstract:

Having proved that the measures used up to now in the fight against the new dimension of transnational organized crime are not efficient in many respects, it is necessary to use new mechanisms or to improve the existing ones, in order to adequate state capabilities to the new strategic and operational scenario. In this context in which transnational organized crime represents a first order threat, the means for collecting information and elaborating intelligence are indispensable elements. The choice of covert operations and agents as a topic for reflection is due to the beliefs that they can become effective instruments, once they are properly articulated and defined.

Keywords: *organized crime, transnational threats, intelligence services.*

Copyright © UNISCI, 2006.

Las opiniones expresadas en estos artículos son propias de sus autores, y no reflejan necesariamente la opinión de UNISCI. *The views expressed in these articles are those of the authors, and do not necessarily reflect the views of UNISCI.*

¹ La elección del término *información*, radica en la adopción de la terminología empleada por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad Españolas, que denominan a sus órganos de obtención y análisis como servicios de información, con el fin de diferenciarlos de los servicios de inteligencia propiamente dichos. No es objeto de este trabajo el análisis de la polémica doctrinal suscitada con respecto a los conceptos de *inteligencia* e *información*, aunque se abundará sobre este tema más profusamente en el apartado tercero.

² Daniel Sansó-Rubert Pascual es criminólogo y secretario del Seminario de Estudios de Defensa USC-CESEDEN en la Universidad de Santiago de Compostela.
Dirección: Seminario de Estudios de Defensa USC-CESEDEN, Facultad de Derecho, Universidad de Santiago de Compostela, 15782 Santiago de Compostela (La Coruña), España. *E-mail:* danielsanso@yahoo.com.



1. Breve descripción de la amenaza: Aspectos criminológicos³

El incremento exponencial de la actividad criminal organizada caracterizada por el dominio y la ostentación de un fuerte poder económico, y el ejercicio del liderazgo político a través del empleo expeditivo de la violencia, así como mediante la práctica sutil de la manipulación, corrompiendo amplios sectores del sistema económico y político a nivel mundial, resulta hoy un fenómeno altamente productivo y cada vez más sofisticado, que arroja unas cifras de pingües beneficios vergonzantemente suculentas⁴.

La explotación de oportunidades abierta por el mercado internacional, a cuya cabeza están las grandes multinacionales en su afán de competitividad y búsqueda de nuevos mercados, suponen un precedente habitual para la introducción del crimen organizado. Hasta el punto de que importantes segmentos de la economía legal han sido absorbidos por la delincuencia internacional, creando lo que periódicamente algunos denominan las “multinacionales del crimen”⁵, dado que están en posesión de un enorme potencial económico que acrecienta sus posibilidades desestabilizadoras.

El crimen organizado crece, muta y fruto de la transformación continua, se perfecciona, consolidando por todo el orbe una modalidad empresarial delictiva que proyecta su dominación sobre Estado y sociedad con un poder predador.

Por ello, el alcance del crimen organizado es integral: ha adquirido dimensiones globales (en lo geográfico), transnacionales (en lo étnico y cultural), multiformes (en su estructura y en

³ Para profundizar en el concepto de delincuencia organizada transnacional y en los factores de su internacionalización Sansó-Rubert Pascual, D.: “La internacionalización de la delincuencia organizada: análisis del fenómeno”, *UNISCI Discussion Papers*, nº 9 (octubre 2005), en <http://www.ucm.es/info/unisci>.

⁴ En opinión de reputados analistas como Blanco Cordero, Kaiser, Solans y Arlacchi, las tradicionales Cosa Nostra, Camorra, Sacra Corona Unita, N’ Drangheta, la Yakuza japonesa, las Triadas chinas, los Carteles de la Droga Colombianos, Mejicanos, Peruanos y Norteamericanos, las organizaciones Rusas, Turcas y Kurdas, en cálculos aproximados representan un volumen económico anual estimado en un billón de dólares, tres veces superior al presupuesto nacional Francés y más del 50% de esta cifra, 500.000 millones de dólares, se inyecta en el circuito financiero internacional con capacidad de producir rentabilidad. Blanco, C.I.: “Criminalidad organizada y mercados ilegales”, *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, San Sebastián, nº 11, (1997), pp. 213-231 y Arlacchi, P.: “Tendencias de la criminalidad organizada y de los mercados ilegales en el mundo actual”, *Cuadernos del Poder Judicial*, nº 16, (septiembre 1985). De acuerdo con el Informe de EUROPOL sobre crimen organizado de 2003, en el año anterior operaban ya en la Unión Europea unos 4.000 grupos criminales organizados con más de 40.000 miembros. Citado en el “*Report on the Organised Crime Situation in Council of Europe Member States, 2004*”, elaborado por el Group of Specialist on criminal law and criminological aspects of organised crime (PC-S-CO), dependiente del European Committee on Crime Problems del Consejo de Europa (PC-S-CO) (2004), Provisional, Strasbourg, 23 de diciembre de 2004, p. 37. El informe publicado en 2004 por el Consejo de Europa sitúa en España -ateniéndose a los datos suministrados por las autoridades españolas- 542 grupos criminales con 4.250 miembros. El “*Report on the Organised Crime Situation in Council of Europe Member States, 2004*” cit., cifra superada de acuerdo con la estadística elaborada sobre la base de los datos suministrados por los Estados -y advirtiendo que faltan datos de países como el Reino Unido y Hungría-, por Georgia (621 grupos), Alemania (637), Italia (16.314 miembros, no aporta el número de grupos), Rumania (1.062), Turquía (1.448) y Ucrania (634). En el año 2006 estas cifras, a tenor de lo recogido en el *EU Organised Crime Threat Assessment 2006* (OCTA) de EUROPOL, no arrojan una perspectiva halagüeña de futuro.

⁵ Las organizaciones multicriminales supraestatales que operan en el seno de redes internacionales de delincuencia, abarcan un repertorio de actividades que incluyen un inventario muy amplio de delitos, especialmente de naturaleza económica. La tendencia a la diversificación y la conexión entre mercados delictuales, obedece al afán de maximización del lucro obtenible. Resa Nestares, C.: “Crimen organizado transnacional: definición, causas y consecuencias”, en <http://www.uam.es/publicaciones>.



los acuerdos que forja con sectores políticos y sociales) y pluriproductivas (en cuanto a la abundancia de bienes y servicios lícitos e ilícitos que transacciona)⁶.

En este sentido, no hay que pasar por alto la importancia de aquellas organizaciones criminales dedicadas al control ilegal de sectores económicos legales⁷. La tendencia a penetrar cada vez más en el espacio de la economía legal va en aumento, tanto en el sector público como en el privado. Las actividades económicas legales proporcionan cobertura a las actividades delictivas, ofrecen nuevas oportunidades para la actividad criminal y finalmente, los negocios lícitos abren vías de blanqueo del producto del delito⁸.

La criminalidad organizada se asienta en un contexto en el que las relaciones individuales y colectivas favorecen su maduración. Es mucho más que un acto anómico⁹ o desviado. Es una modalidad de crimen que se inserta en una matriz en la que la sociedad es al mismo tiempo víctima y beneficiaria de los bienes y servicios de los que la provee¹⁰. En consecuencia, el escenario en que se desarrolla el crimen organizado es el de una cultura funcional a su expansión.

El enemigo es pues, una organización cada vez más compleja, especializada, flexible, capaz de asociarse con otras, de comprar voluntades y operar cómoda y eficazmente en un escenario internacional. Este fenómeno multiforme y nunca unívoco, representa un peligroso ejemplo de privatización de la violencia, capaz de evadir el principio del control territorial consustancial al Estado, laminando considerablemente la idea de soberanía y su práctica política.

En cuestión de años, un problema que por tradición había sido interno-local o nacional-de orden público¹¹, se ha transformado en una amenaza que puede poner en peligro la viabilidad de las sociedades, la independencia de los gobiernos, la integridad de las instituciones financieras, el funcionamiento de la democracia y los equilibrios en las relaciones internacionales, con profundas consecuencias para los distintos países, siendo especialmente sangrante en algunas áreas geográficas como Latinoamérica, Asia o la Europa del Este.

En general, las organizaciones criminales han experimentado una expansión en la esfera internacional sin parangón¹². Sus planes de crecimiento se han encardinado en términos de

⁶ Tokatlian, J.G.; "El crimen organizado crece, cambia y se perfecciona", *Diario Clarín*, 10 de abril de 2001, Argentina, en <http://www.clarin.com/diario/2001/04/10/o-02304.htm>

⁷ Fijnaut, C.: "Transnational crime and the role of the United Nations in its containment through international cooperation: a challenge for the 21 st century", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* nº 8 (2000), p. 129.

⁸ *European Union Organised Crime Situation Report 2000*, en <http://www.europol.eu.int> (epígrafe "Overall Patterns and general trends").

⁹ Durkheim, E.; (1974): *The Sociology of E. Durkheim*, Oxford University Press, New Cork. Teorías de la Anomía: El término *anomia* suele emplearse para designar ciertos estados de vacío o carencia de normas en una sociedad, que producen entre otros efectos, uno específico: generar conductas desviadas en sus miembros.

¹⁰ Se ha estimado que un 5% del consumo total mundial tiene como objeto bienes y servicios ilegales. Friman, H. R. y Andreas, P. (eds) (1999): *The Illicit Global Economy and State Power*, Lanham. MD., pp. 1 y ss.; Naylor, R.T. (2002): *Wages of crime: black markets, illegal finance and underworld economy*, Ithaca; Rotman, E.: "The globalization of criminal violence", *Cornell Journal of Law and Public Policy*, Vol. 10 (2000).

¹¹ La *internacionalización* aplicada a la seguridad interior consiste en que los problemas desbordan las fronteras nacionales en ambos sentidos: hacia adentro, importando problemas de seguridad ajenos a las estadísticas nacionales y hacia fuera, exportando los problemas de seguridad domésticos. Arteaga, F.; "Una aproximación a la seguridad interior de la Unión Europea", *Grupo de Estudios Estratégicos (GEES)*, Colaboraciones nº 12, 6 de diciembre de 2002, en <http://gees.org>

¹² Lupsha, P. A.: "Transnational organised crime", *Transnational Organised Crime*, nº 1 (1996), pps. 21-22.



flujos de bienes y capitales con una manifiesta visión empresarial, en consonancia con redes migratorias que les resultan especialmente útiles y en último término, de circunstancias favorables como códigos penales laxos, mercados específicos, y todas aquellas oportunidades imaginables para obtener ganancias ilegales¹³.

La delincuencia organizada además, está explotando nuevas esferas de intervención. La delincuencia medioambiental reporta enormes beneficios a los grupos criminales, especialmente en la forma de tráfico de especies amenazadas y contaminación (vertidos de basura tóxica o peligrosa), con un bajo riesgo de persecución. El informe del Consejo de Europa de 1999, aventura el dato de que las organizaciones mafiosas italianas han enviado al fondo del Mediterráneo, más de 20 barcos con basura peligrosa y material nuclear; otros grupos habrían hecho prácticas similares en el Danubio, arrojando toxinas¹⁴.

La delincuencia organizada transnacional es por consiguiente, una realidad incuestionable. Representa sin tapujos, una amenaza directa y seria contra la seguridad, tanto interior como exterior de los Estados.

2. La especial peligrosidad del crimen organizado transnacional frente a otras formas de criminalidad (desestabilización de los sistemas político y económico)

La comisión de delitos por una asociación criminal presenta una peligrosidad superior a la intrínseca de la delincuencia individual¹⁵. La organización permite la construcción de estructuras racionalmente orientadas a la planificación y comisión del delito, así como el encubrimiento de sus miembros para evitar la persecución penal. La suma de fuerzas, y la planificación y división eficaz del trabajo, fundamentan el mayor peligro para los bienes jurídicos. A ello contribuye la profesionalización de los integrantes de la organización, que han elegido el delito como *modus vivendi*.

Para lograr sus fines últimos emplean medios delictivos graves como la violencia, la intimidación o la corrupción en sentido amplio¹⁶, asociados generalmente a conductas

¹³ Resumiendo, sus actividades principales son aquellas que generan la provisión de bienes y servicios ilegales, ya sea la producción y tráfico de drogas, armas, menores, órganos, inmigrantes ilegales, materiales nucleares, el juego, la usura, la falsificación, la prostitución, la comercialización de bienes lícitos obtenidos subrepticamente, especialmente los vehículos de lujo, animales y obras de arte, y la utilización de redes legales para actividades ilícitas como el lavado de capitales. Sansó-Rubert, "La internacionalización de la delincuencia organizada", *op. cit.*

¹⁴ *Report on the Organised Crime Situation in Council of Europe Member States*, 1999, Cap. II, Section 2.13, pp. 60 y ss. ; *Report on the Organised Crime Situation in Council of Europe Member States*, 2004, Cap. 3.8, pp. 51 y ss. El Informe de 2004, hace hincapié en que éste es un tipo de criminalidad generalmente asociada al ámbito empresarial.

¹⁵ Langerstein, R. (1987): *Legitimation und Interpretation der strafrechtliche Verbote krimineller und terroristischer Vereinigungen*, Munich

¹⁶ Albanese, J. S. y Das, D.K. (2003): "Introduction: a framework for understanding", *Organised Crime. World perspectives*, New Jersey, pp. 1 y ss. Entre las tendencias que se manifiestan en el desarrollo de la criminalidad organizada en Europa, América y Japón, destaca tanto el aumento de medios violentos, como el incremento de la corrupción entre los cuadros dirigentes de la política y la administración. Sieber, U. (1997): "Gefahren und Präventionsmöglichkeiten im Bereich der internationalen Organisierten Kriminalität", *Internationale Organisierte Kriminalität (Herausforderungen und Lösungen für ein Europa offener Grenzen)*.



típicamente penales igualmente graves¹⁷. La gravedad de la conducta criminal viene determinada en gran medida por la naturaleza de los bienes jurídicos atacados, o también por el carácter masivo del ataque a bienes de menor rango.

La violencia desplegada por estas organizaciones cobra especial relevancia cuando además de su empleo para la comisión de actos delictivos, para el mantenimiento de la disciplina interna o para la resolución de conflictos con otros grupos criminales rivales, tiene como objetivo la eliminación (mediante intimidación o aniquilamiento) de personas que puedan perjudicar sus lucrativas actividades, preferentemente integrantes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, de la Administración de Justicia o de testigos¹⁸.

La corrupción aparece en todos los estudios criminológicos sobre el crimen organizado, con base empírica, como un componente esencial y definitorio del mismo¹⁹. Éste introduce y alimenta las prácticas corruptas en la Administración pública en todos sus niveles, desde el local hasta las más altas esferas y escenarios, tanto en el ámbito gubernativo, legislativo o judicial, para preservar su propia supervivencia y el éxito de sus actividades, maximizando sus beneficios económicos²⁰.

Finalmente, la mayor parte de las ganancias delictivas reingresan en el sistema financiero legal, medio necesario para rentabilizar las mismas. El blanqueo de capitales ha sido calificado como “la matriz del crimen global”²¹. La peligrosidad de la organización criminal transnacional reside en que puede afectar a la propia seguridad de los Estados en cuanto que, estos grupos tienen capacidad para desestabilizar su organización política y económica²².

Igualmente, el uso de la violencia como forma organizada de control social al margen del poder legítimo, genera efectos destructivos sobre el sistema político y los derechos individuales de los ciudadanos. El crimen organizado ha llegado a definirse como una “nueva forma de autoritarismo político no estatal”, que se traduce en un debilitamiento del Estado democrático y la violación sistemática de Derechos Humanos²³, en aquellos países o regiones en los que logra asentarse desplegando un control social alternativo al oficial. Estas

¹⁷ Este elemento constitutivo o definitorio viene recogido en las definiciones de delincuencia organizada de Naciones Unidas, el Consejo de Europa y la Unión Europea, entre otros organismos internacionales. Desde un punto de vista criminológico “*Report on the Organised Crime Situation in Council of Europe Member States, 1998*”, Cap. V.3, pp. 63 ss.

¹⁸ Esta reactividad ultraviolenta se detecta sobre todo en las clásicas organizaciones criminales italianas, aunque cada vez en menor medida desde los años 90, así como en Albania y Serbia, con especial crudeza. Un ejemplo contundente lo constituyen los atentados perpetrados por la Mafia Siciliana, que en el año 1992, se cobraron la vida de los jueces Falcone y Borsellino. *Report on the Organised Crime Situation in Council of Europe Member States, 2004*.

¹⁹ *Ibid.*, p. 41.

²⁰ Lyman, M.D. y Potter, G.W. (1999): *Organised Crime*, 2ª Edición, New Jersey; Schneider, H. J.: “Recientes investigaciones sobre la criminalidad organizada”, *Revista de Derecho Penal y Criminología* (1993).

²¹ Rotman, E.: “The globalization of criminal violence”, *Cornell Journal of Law and Public Policy*, Vol. 10 (2000); Blanco Cordero, I. (2002): *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª Ed. Elcano, Madrid; Fabián Caparrós, E. (1998): *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid. El término “blanqueo de capitales” o “lavado de dinero”, son neologismos sin arraigo jurídico en abundantes ordenamientos, aunque son comúnmente asumidos para designar las conductas que buscan incorporar al tráfico económico legal, los bienes o el dinero obtenidos ilegalmente, dando apariencia de legalidad al producto del delito. Concretamente, el Código Penal español (artículos 301 y ss.), habla de “adquirir, convertir o transmitir bienes sabiendo que éstos tienen su origen en un delito grave, o realizar cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito”. Pérez, A.: Comentarios publicados en “*La Ley*”, nº 5801.

²² Foffani, L. (2001): “Criminalidad organizada y criminalidad económica”, *Revista Penal*, nº 7, pp. 5 y ss.

²³ Séller, L. I. “Transnational Organised Crime: The new Authoritarianism”, en Friman, H. R.; y Andreas, P. (eds.) (1999): *The Illicit Global Economy and State Power*, Lanham, MD.



sociedades constituyen un objetivo prioritario de las organizaciones criminales transnacionales por la debilidad de sus instituciones. En zonas donde la autoridad estatal es débil o inexistente, las organizaciones criminales poderosas pueden llegar a constituirse como autoridades políticas de facto, reemplazando al gobierno legítimo²⁴, incluso en la provisión de servicios sociales como la seguridad, el arbitraje de conflictos y la ayuda financiera²⁵.

Resulta indispensable reiterar, a los efectos de una nítida aprehensión del fenómeno de la delincuencia organizada transnacional, el hecho de que, además de la búsqueda de beneficios -el fin meramente lucrativo- como objetivo último de su actividad, su peligrosidad resida en no menor medida, en la búsqueda del poder²⁶.

El poder en definitiva es una salvaguarda de su situación, que se cristaliza en el carácter inmovilista de la criminalidad organizada, generalmente de corte conservador y reaccionario a los cambios, especialmente si estos pueden privarles de su situación privilegiada y acomodada en las esferas del poder²⁷.

A modo de colofón, la peligrosidad de este tipo de organizaciones delictivas radica especialmente en el “reciclaje o blanqueo de las ganancias del delito”, en tanto les confiere la capacidad de perturbar la organización económica de un Estado. La inyección de las ingentes ganancias obtenidas ilícitamente en el mercado financiero legal, alteran la libre competencia del mercado, en cuanto han sido logradas sin someterse a las reglas legales que constriñen a los demás competidores. La economía de mercado se basa en el principio de la libre competencia, en la confianza en que todos están sometidos por igual a las normas legales reguladoras del mercado. Este equilibrio quiebra en el momento en el que uno de los competidores, dispone de un inagotable capital de origen ilícito. Los costes de los recursos conseguidos de forma delictiva son notablemente inferiores respecto de los derivados para la obtención de fondos lícitos²⁸.

Subsidiariamente el blanqueo de capitales menoscaba, además de la libre competencia, la estabilidad y solidez del mercado financiero. El lavado de dinero tiene asimismo repercusiones monetarias en los países implicados en él, concretamente sobre la liquidez monetaria mundial y sobre la oferta monetaria nacional. Pueden llegar a desestabilizar los tipos de interés y el tipo de cambio de moneda de un país, sus tasas de inflación y otros

²⁴ Williams, P.: “Transnational criminal organizations and international security”, *Survival*, nº 36 (1994).

²⁵ Shelley, *op cit.* Cita como ejemplos a las Triadas chinas y la Yakuza japonesa, caracterizadas por una larga tradición en la puesta en práctica de políticas de bienestar social. De forma similar, se observan recientemente estrategias análogas por parte de las organizaciones criminales colombianas y rusas. Así, la Yakuza prestó asistencia material a las víctimas del terremoto de Kobe ante la lentitud de la llegada de la ayuda oficial. En Colombia, Pablo Escobar, jefe del Cártel de Medellín, financió instalaciones educativas y deportivas, por citar algunos ejemplos ilustrativos.

²⁶ Las definiciones dominantes en el ámbito criminológico norteamericano incluyen el poder, además de la búsqueda del beneficio económico, entre sus características o rasgos definitorios. Ambos no son excluyentes y pueden coexistir, diferenciándose sólo hasta cierto punto en el plano teórico, toda vez que la concentración de un gran poder económico en una organización se transforma en poder político y por otro lado, el poder político siempre implica poder económico. Maltz, M.D.: “On defining ‘organised crime’: the development of a definition and typology”, *Crime and Delinquency*, nº 22 (1976).

²⁷ Sánchez García de Paz, I. (2005): *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Madrid, Dykinson / Ministerio del Interior.

²⁸ Blanco Cordero, *op. cit.* Destaca como objetivo de la criminalidad organizada su infiltración en la economía legal para tratar de alcanzar posiciones monopolísticas a través de la supresión de competidores.



indicadores económicos, generando desconfianza, impredecibilidad y caos en el sistema financiero²⁹.

En conclusión, la delincuencia organizada transnacional comprende todos los elementos indispensables para su categorización como amenaza estratégica, lo que en último término, ha empujado a los Gobiernos a buscar en la explotación de las capacidades de obtención de información y elaboración de inteligencia, los instrumentos que doten a los Estados de las herramientas óptimas para enfrentar un oponente que se manifiesta netamente desestabilizador³⁰.

3. La información como herramienta eficaz en la lucha contra la delincuencia organizada transnacional

Constatado el hecho de que los instrumentos hasta el momento empleados para enfrentar la nueva dimensión de la criminalidad organizada transnacional analizada, han perdido en muchos aspectos eficacia operativa, son múltiples los análisis que abogan por la búsqueda y explotación de nuevos mecanismos o de perfección de los ya existentes, con el fin de adecuar las capacidades estatales al nuevo escenario operativo y estratégico. En este contexto, el papel de los medios de obtención de información y de elaboración de inteligencia, se presentan como un elemento indispensable para alcanzar el éxito.

²⁹ El Ministerio del Interior ruso estimó en 1993 que el crimen organizado controlaba por aquellas fechas la mayor parte de los 2000 bancos rusos y en torno a la mitad de su capital. Rotman, "The globalization of criminal violence", *op. cit.* Actualmente, el calado de las organizaciones mafiosas rusas en la economía regional es profundamente abrumador. "En agosto de 1999 aparecieron informes en los que se decía que alrededor de 15.000 millones de dólares procedentes de Rusia habían sido blanqueados a través del Bank of New York. [...] Efectivamente, lo que ocurrió fue que una red de personas deseosas de sacar dinero de Rusia se aprovechó de la política del Bank of New York, que buscaba agresivamente relaciones de correspondencia con bancos rusos sin ejercitar en todas las ocasiones las diligencias oportunas". Williams, P. (2003): "Redes transnacionales de delincuencia", en *Redes y guerra en red. El futuro del terrorismo, el crimen organizado y el activismo político*. Madrid, Alianza.

³⁰ España en la última década ha apostado por la creación de Unidades Especiales de Información e Investigación de la Criminalidad Organizada: El Grupo de Respuesta Especial contra el Crimen Organizado (GRECO) y Unidades Territoriales de Inteligencia (UTI), en el seno de la Dirección General de la Policía y la Comisaría General de Policía Judicial, para la recogida, recepción, tratamiento, análisis y desarrollo de las informaciones relativas a la criminalidad, así como de las actividades en materia de prospectiva y estrategia. Con la puesta en funcionamiento de estas Unidades Territoriales se va a poder disponer de la estructura adecuada que permita conocer en tiempo real la situación de la delincuencia y generar informes estratégicos y operativos de gran utilidad, tanto para las Unidades Operativas como para las altas Instituciones de la Nación. Asimismo, destaca la creación de las Unidades de Droga y Crimen Organizado (UDYCO) de la Policía Nacional, dedicadas a la investigación del tráfico de drogas y el crimen organizado en general, instauradas en 1997. En el seno de la Guardia Civil, también se han creado unidades específicas para la lucha contra el crimen organizado: la Unidad Central Operativa (UCO), dependiente de la Jefatura de Información y Policía Judicial. Para ambos casos consultar la Orden del Ministerio del Interior, de 10 de septiembre de 2001, *por la que se desarrolla la estructura orgánica y funciones de los servicios centrales y periféricos de la Dirección General de la Policía*, BOE de 19 de septiembre de 2001. Modificada por la Orden 2766/2003, de 2 de octubre de 2001 y la Orden del Ministerio del Interior, de 10 de septiembre de 2001, *por la que se desarrolla la estructura orgánica y funciones de los servicios centrales y periféricos de la Dirección General de la Guardia Civil*, BOE de 6 de noviembre de 2001. La última apuesta del Gobierno Español en la lucha contra la delincuencia organizada, lo constituye el anuncio de creación de un Centro de Inteligencia contra el Crimen Organizado en el que se integrará toda la información nacional para su puesta a disposición de los cuerpos policiales. En esta misma línea, el ministro de Justicia, Juan Fernando López Aguilar, aseguraba ante los medios de comunicación que el "desafío" en la lucha contra el crimen organizado está más en la "inteligencia y la prevención" que en los avances que pueda haber en el derecho penal. *Cadena SER*, 24 de mayo de 2006, en <http://www.cadenaser.com>.



La utilización efectiva de información para fundamentar los procesos de toma de decisiones en cualquier ámbito por parte de los Estados, constituye una constante histórica, hasta el punto de que resulta incuestionable que, el dominio del conocimiento, ha proporcionado garantías de éxito.

Algunos autores se remontan a Moisés, como la primera referencia documentada acerca de la utilización de información para sustentar la elección de posturas trascendentales, como fue la decisión adoptada por las doce tribus de establecerse en la tierra de Canaán³¹.

Desde tiempos remotos, analistas estratégicos de la talla del tan socorrido Sun Tzu³² (alrededor del año 500 a. C.) y su emblemática obra “*El Arte de la Guerra*”, cuyo capítulo XIII lo dedica íntegramente al espionaje, han estudiado las “virtudes” de la obtención de inteligencia.

El dominio de la información ha cobrado paulatinamente trascendental proyección como elemento de prevención e identificación de riesgos. Defenderse de las amenazas y aprovecharse de las oportunidades que el entorno podía ofrecer, mediante el empleo de las capacidades de inteligencia, es una necesidad que ha permanecido inmutable a lo largo de los siglos. Sin embargo, lo que ha cambiado enormemente han sido las formas y los medios a través de los cuales se obtiene la información³³.

En la actualidad, una dificultad añadida a la hora de abordar este objeto de estudio de por sí complejo, lo constituye la falta de consenso sobre todas aquellas manifestaciones que entran en la categoría conceptual de lo que puede ser considerado como “inteligencia”³⁴. A este respecto, evitando entrar en disertaciones y conflictos doctrinales, al no existir una definición comúnmente aceptada con validez internacional, se ha optado por adoptar como referencia una definición avalada por diversos autores expertos en la materia y contemplada a su vez en documentos oficiales³⁵.

A esto resulta necesario sumar el hecho de que los servicios policiales encargados de obtener información y elaborar inteligencia en el ámbito criminal, se identifican en muchos

³¹ Instituto Español de Estudios Estratégicos / Centro Nacional de Inteligencia (2004): *Estudios sobre Inteligencia: Fundamentos para la seguridad internacional*, Cuaderno de Estrategia, nº 127, Madrid, Ministerio de Defensa, p. 15. “Moisés por mandato divino, envió un informador a cada una de las doce tribus para descubrir la situación real de las nuevas tierras en que podía asentarse el pueblo de Israel” (episodio bíblico, cuarto libro de Moisés).

³² Sun Tzu (2003): *El Arte de la Guerra*, Buenos Aires, Pluma y Papel.

³³ Menneve, R. (1929): *L'espionnage international en temps de paix*, París : [n.p.], 2 vols.; Aramburu, J. (1971): *Espías : Historia de la guerra secreta*, San Sebastián, Buru Lan; Nord, P. (1972): *La actual guerra secreta*, Barcelona, Plaza y Janés.

³⁴ A pesar de la abundancia de definiciones aportadas hasta el momento, el término “inteligencia” sigue estando precariamente definido y envuelto en una continua discusión con respecto a su contenido. Si existe al menos, una postura unánime en torno a su naturaleza: todos coinciden en que no se trata de una simple suma de datos recopilados a partir de diversas fuentes, sino que es el producto de un determinado modo de conectar y analizar estos datos, por parte de los analistas de los Servicios de Inteligencia, para descubrir, comprender y valorar los hechos a los que remiten y prever su posible evolución, con el fin de suministrar conocimiento especializado y estructurado, que permita al Estado tomar decisiones adecuadas y reducir los riesgos inherentes a toda acción.

³⁵ “Con el tiempo, el concepto de inteligencia se ha ido haciendo más complejo, e incluso en los documentos oficiales se puede encontrar docenas de definiciones del término. En el documento OTAN de difusión limitada, el STANAG nº 2.936 “Doctrina de Inteligencia”, e implantado en España en la publicación C-2-001 *Doctrina y Procedimientos Básicos de inteligencia, Contrainteligencia y Seguridad* de 1998, vienen definidos hasta veinte tipos de inteligencia”. En Díaz Fernández, A. (2005): *Los servicios de inteligencia españoles. Desde la guerra civil hasta el 11-M, Historia de una transición*, Madrid, Alianza.



países como servicios de información, empleando la nomenclatura “información”³⁶ para referirse a “inteligencia.” Sumado a la distinción entre la obtención de pruebas y evidencias propias del ámbito de investigación policial, generan una nebulosa conceptual harto compleja³⁷.

Esto puede llegar a tener su sentido, si entendemos que los servicios policiales llevan a cabo una doble función. Por un lado, obtienen información necesaria para la persecución y represión de los delitos (pruebas y evidencias)³⁸ y por otro, obtienen igualmente información que, procesada pertinentemente, adquiere el valor añadido que la transforma en inteligencia, empleando para ello mecanismos muy similares de los utilizados por los servicios de inteligencia³⁹, que a su vez combaten la delincuencia organizada transnacional desde una

³⁶ *Curso de Especialista en Información de la Guardia Civil, Tomo I, apartado “El servicio de Información”,* página 1, consideraciones previas: “Informar es presentar al Mando, en una síntesis desprovista de detalles inútiles, noticias capaces de determinar una decisión o de modificar otra tomada con anterioridad. El Mando, para tomar sus decisiones, precisa del más exacto conocimiento de los hechos, de las causas que los producen, de las personas que intervienen, de las circunstancias que lo rodean y, si fuera posible, de las situaciones que puedan llegar a originarse, con el fin de adoptar las adecuadas medidas de previsión. La información proporcionada al Mando los datos que precisa para decidir, tanto sobre los hechos acaecidos como sobre aquellos otros que puedan suceder en el futuro; con ella se hace posible prevenir los acontecimientos no deseables y limitar o reducir las consecuencias de los ya sucedidos, a la vez que se facilita la pronta realización de los servicios y se da seguridad a todas las actuaciones. Por tanto, debe ser eminentemente activa y preventiva, teniendo en cuenta que no existe seguridad sin previsión, ni esta sin previa información”.

³⁷ “Detective work and intelligence collection may resemble each other, but they are really completely different. Detectives aim at meeting a specific legal standard – ‘probable cause,’ for example, or ‘beyond a reasonable doubt’ or ‘preponderance of evidence.’ It depends on whether you want to start an investigation, put a suspect in jail or win a civil suit. Intelligence, on the other hand, rarely tries to prove anything; its main purpose is to inform officials and military commanders. The clock runs differently for detectives and intelligence analysts, too. Intelligence analysts – one hopes – go to work before a crisis; detectives usually go to work after a crime. Law enforcement agencies take their time and doggedly pursue as many leads as they can. Intelligence analysts usually operate against the clock. There is a critical point in time where officials have to ‘go with what they’ve got,’ ambiguous or not. But the biggest difference – important in all the current controversies – is that intelligence agencies have to deal with opponents who take countermeasures. Indeed, usually the longer one collects information against a target, the better the target becomes at evasion. So do other potential targets, who are free to watch.” Berkowitz, B.: “The Big Difference Between Intelligence and Evidence”, *The Washington Post*, 2 de febrero de 2003.

³⁸ La *prueba* en materia criminal, es “toda razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende demostrar la verdad o falsedad de una cosa.” Para Peña Torrea, la prueba está constituida por “los actos, hechos o efectos por los que se evidencia la participación de una persona o cosa en la perpetración de un delito, y las razones, argumentos, instrumentos y efectos que se obtienen de indicios más o menos vehementes o de hechos fehacientes por los que se demuestra la certeza de una cosa”. Para que la prueba sea válida jurídicamente se requiere que, tanto la prueba por sí misma, como los medios empleados para su obtención sean legales. La prueba ilícita es ineficaz. (Sentencia del Tribunal Constitucional español 114/1984, de 29 de noviembre) Este requisito procesal es universal, estando presente en el acervo jurídico de los países de nuestro entorno con matizaciones nimias. El *indicio* puede definirse como “aquella circunstancia de la que se induce otra que nos lleva a obtener la prueba.” O como “acción o señal que da a conocer lo oculto,” o bien como “todo hecho conocido que demuestra la existencia de otro desconocido.” La prueba demuestra una evidencia. El indicio nos lleva al conocimiento de cosas ciertas, utilizando el razonamiento inductivo, el deductivo o el analógico. Los indicios constituyen la comprobación del delito por excelencia, de ahí su importancia en la investigación policial. Nieto Alonso, J. (2002): *Apuntes de Criminalística*, Madrid, Tecnos.

³⁹ La inteligencia es el resultado de un proceso cíclico que consta de varias fases. Hay distintas versiones del ciclo de inteligencia. Las fases reciben nombres diferentes dependiendo de las agencias y de la bibliografía utilizada. Básicamente la secuencia de un modelo simplificado e ideal de ciclo de inteligencia es la siguiente: Los “consumidores” de la inteligencia indican la clase de información que necesitan y esas necesidades generales son convertidas en requerimientos específicos por los responsables de alto nivel de inteligencia. Los requerimientos indican cómo se deben distribuir los recursos y marcan las directrices de los que “obtienen” información (fase de Dirección). Los que trabajan en obtención consiguen información bruta (fase de Obtención). Esa información bruta es la materia prima con la que trabaja el analista y acaba convirtiéndose en



perspectiva diferenciada, a pesar de las muchas similitudes. Sin embargo, en algunos países los servicios de inteligencia están dotados de capacidades policiales, complicando aún más si cabe el panorama a exponer.

La polémica nuevamente aflora en lo tocante al papel de los servicios de inteligencia en la lucha contra la delincuencia organizada, en contraposición a los servicios de información netamente policiales. El objetivo de los servicios de inteligencia, a diferencia de otras agencias estatales relacionadas también con la seguridad, no consiste en perseguir delitos o crímenes, y esta característica les diferencia de aquellos otros que sí tienen como objetivo esta finalidad de persecución de las actividades ilícitas con fines judiciales, y a los que en consonancia, se les exige obtener pruebas con garantías suficientes para el ejercicio posterior de la Justicia.

Los servicios de inteligencia por su parte, deben obtener información y elaborar inteligencia para que el Gobierno pueda tomar las decisiones adecuadas para preservar la seguridad frente a amenazas o riesgos que muchas veces tendrán carácter criminal, pero no siempre.

A diferencia de los servicios de información policiales, que manejan en su trabajo tipos penales, los servicios de inteligencia se mueven en el campo más impreciso de la amenaza, del riesgo, de la situación predelictual. Esto provoca que su cercanía a la línea que delimita los medios legales e ilegales para realizar su trabajo sea mucho mayor que la que tienen los servicios de información policiales. Además, se da la circunstancia de que a menos que tenga que producirse alguna intromisión en los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, su actuación no requiere la puesta en marcha de los mecanismos de la Justicia⁴⁰.

En el ámbito nacional, los miembros del Centro Nacional de Inteligencia (CNI) no tienen estatus de agentes de la autoridad y por lo tanto, no pueden llevar a cabo detenciones ni operaciones de neutralización. Su labor no está orientada a instruir procesos penales, sino a proporcionar análisis al Gobierno sobre determinados temas de importancia para la seguridad y la defensa contemplados en la Directiva Nacional de Inteligencia. Para ello el Centro cuenta con medios de obtención propios y en sus análisis integra la información relevante que le transmiten las agencias policiales⁴¹.

inteligencia (fase de Elaboración). La inteligencia es distribuida a los consumidores, que marcan nuevas necesidades o hacen ajustes en los programas de inteligencia con el fin de mejorar la eficacia y eficiencia (fase de Difusión).

⁴⁰ Díaz, *op. cit.* Existen excepciones como Estados Unidos y Dinamarca, cuyos servicios sí tienen poderes policiales, en cualquier otro país, los servicios de inteligencia deberán poner en conocimiento de las autoridades policiales cualquier indicio que tengan de acciones delictivas. Del mismo modo, cuando estas actividades delictivas se convierten en una amenaza para el Estado, los servicios de información policial deben pasar a los servicios de inteligencia la dirección y responsabilidad de su vigilancia. Es precisamente este tipo de amenazas como el terrorismo o la delincuencia organizada, en las que la necesidad de coordinación y transmisión de información es más importante, donde mayores acuerdos deben existir sobre cómo repartirse las responsabilidades para combatirlas. Farson, S.: "Security Intelligence Versus Criminal Intelligence: Lines of Demarcation, Areas of Ofuscation, and the Need to Re-evaluate Organizational Roles in Responding to Terrorism", *Policing and Society*, vol. 2, nº 1 (1997). Este planteamiento suscita una reflexión de tipo organizativo de importancia capital, donde no existe unanimidad de criterio, ya que no todos los expertos coinciden en la necesidad de especializar definitivamente a las organizaciones de inteligencia y eliminarles todo rastro de capacidades policiales o viceversa. Esta fusión/confusión entre actividad policial y de inteligencia se reproduce en no pocos países.

⁴¹ Comparecencia de D. Jorge Dezcallar, ex-director del Centro Nacional de Inteligencia (CNI), en la Comisión de Investigación del Congreso de los Diputados sobre los atentados del 11 de marzo de 2004, 19 de julio de 2004, en <http://www.congreso.es>. Los miembros del servicio de inteligencia español no tienen consideración de



En el campo concreto de la inteligencia, contar con fuentes de obtención de inteligencia humana, de procesamiento de información, o con suficientes analistas especializados, requiere siempre varios años de preparación e inversión. Se trata de capacidades que no se improvisan. Por ello, la delincuencia organizada transnacional juega por el momento con ventaja, en tanto las iniciativas serias en desarrollo y proyección de las capacidades de inteligencia como apoyo a la investigación policial son, en muchos países como España, una apuesta reciente aún por eclosionar con fuerza, sin menospreciar las labores que en las últimas décadas se están llevando a efecto con la obtención de fructíferos resultados⁴². La inversión en capacidades de inteligencia y de captación de información, constituye una elección estratégica de política criminal a medio y largo plazo.

Las utilidades de la inteligencia en el ámbito criminal son tanto de carácter preventivo, evitar que suceda, como su vertiente represiva, ayudando a la averiguación mediante la recolección y análisis de la información obtenida para detectar a las personas involucradas, el *modus operandi*, y cualquier hecho relevante para la investigación formal del delito.

Las fuentes de obtención de inteligencia son múltiples y de muy variada índole⁴³, pero la preponderancia de las fuentes humanas frente a los medios técnicos radica en la necesidad de acceder a la información sólo disponible en el seno de los arriesgados, dispersos y muy restringidos círculos de las estructuras, redes y células⁴⁴, en las que se articula el crimen organizado, difícilmente detectables por cualquier otro medio y aún más difíciles de penetrar⁴⁵.

En el máximo nivel de estas organizaciones se sitúan los dirigentes del grupo, que adoptan las decisiones tanto a nivel organizativo, como funcional. No participan por lo general en la comisión de los delitos, lo cual representa no pocas dificultades a la hora de su incriminación en los hechos delictivos, de ahí la imperiosa necesidad de una buena información extraída a través de la infiltración en las más altas esferas, máxime cuando en demasiadas ocasiones, la imagen pública de los dirigentes criminales goza de prestigio y reconocimiento social, pues a menudo actúan en la vida social como empresarios y políticos⁴⁶.

agentes de la autoridad, exceptuando en lo relativo a la protección y seguridad del personal e instalaciones del servicio. El CNI carece de competencias policiales o judiciales, de hecho, evoluciona hacia la profesionalización; es decir, dedicándose exclusivamente a análisis de inteligencia, dejando a la Guardia Civil y la Policía Nacional los aspectos policiales de la información. Serán estos los que establezcan lazos operativos y de coordinación con el poder judicial. Gabinete de Análisis del Centro Nacional de Inteligencia (CNI): “Servicios de inteligencia y lucha contra el terrorismo”, en De Cueto, Carlos y Jordán, Javier (eds.) (2003): *Respuestas a nuevos desafíos de seguridad*, Granada, Comares.

⁴² En España, operaciones como Ballena Blanca, Mármol Rojo, Avispa y Tacos, por citar ejemplos relevantes, han contribuido a que la Fuerzas y Cuerpos de Seguridad detuvieran en 2005 a 3925 personas y dismantelaran 290 grupos vinculados con el crimen organizado. *Comunicado de prensa de la Dirección General de Relaciones Informativas y Sociales*, Ministerio del Interior, Madrid, 13 de febrero de 2006.

⁴³ La inteligencia (en los medios de recolección) se clasifica en Inteligencia humana (HUMINT) y técnica, y dentro de la técnica se encuentran: la inteligencia de imágenes (IMINT) y de firmas radioeléctricas (MASINT), inteligencia de señales (SIGINT), captación de comunicaciones canalizadas a través de diversos medios: radio, teléfonos, fax o Internet (COMINT) y la inteligencia de fuentes abiertas (OSINT).

⁴⁴ Otra dificultad añadida es la tendencia de la criminalidad organizada a adoptar, al igual que el terrorismo, estructuras en red, dotadas de una mayor flexibilidad y anonimato, constituyendo auténticas “redes criminales” globales. Arquilla, J. y Ronfeldt, D. (2003): *Redes y guerra en red. El futuro del terrorismo, el crimen organizado y el activismo político*, Madrid, Alianza.

⁴⁵ Jordán Enamorado, J.; “Servicios de inteligencia y lucha antiterrorista”, *Al servicio del Estado: Inteligencia y contrainteligencia en España*, *Arbor*, nº 709, tomo CLXXX (enero de 2005), Madrid, CSIC.

⁴⁶ Bassiouni, M.C. y Vetere, E: “Towards understanding organised crime and its transnational manifestations”, *Organised Crime: A Compilation of U.N. Documents 1975-1998*, pp. XXVII ss., con ulteriores referencias



A pesar de las dificultades que pueda entrañar, a largo plazo es la opción que puede deteriorar más sensiblemente la capacidad operativa de las redes criminales. Las razones principales son dos: por un lado permite conseguir información de gran calidad sobre la composición, modo de actuar y planes de estos grupos y por otro, genera psicosis de infiltración en los grupos de delincuentes, obligándoles a aumentar las medidas de seguridad internas y a cerrarse sobre ellos mismos, con lo que sus oportunidades de reclutar nuevos integrantes y de coordinarse con otras organizaciones se ven considerablemente mermadas.

En cuanto a las dificultades originadas por la composición étnica de muchas de estas organizaciones delictivas, pueden ser salvadas mediante el reclutamiento de potenciales confidentes y agentes entre las comunidades de emigrantes. La presencia de colaboradores de los servicios en dichos entornos puede facilitar la infiltración de las redes de la delincuencia organizada transnacional⁴⁷.

4. Medios de investigación proactivos: operaciones y agentes encubiertos

La captación de información, tanto para la persecución del delito como para la elaboración de inteligencia criminal, se lleva a cabo por múltiples vías y fuentes. La mayor parte de la información se obtiene de fuentes públicas (abiertas) y el resto de fuentes no públicas o cerradas. Para acceder a esta información no pública a su vez existen varios métodos. Por un lado existen medios convencionales o formalizados: las escuchas telefónicas y los registros domiciliarios, son los principalmente empleados⁴⁸.

Junto a estos mecanismos formalizados de obtención de información, las agencias de seguridad suelen utilizar operaciones y agentes encubiertos. La gran paradoja de la regulación general de esta modalidad de actuaciones, es que su funcionamiento debe ser secreto⁴⁹, pero debe estar regulado y garantizado por las instituciones públicas.

La elección de las operaciones y los agentes encubiertos como objeto de reflexión, sin menosprecio de otros instrumentos, obedece a la creencia de que, bien articulados y definidos, pueden constituir dos mecanismos de primer orden en la lucha contra el crimen organizado transnacional, actualmente infrautilizados y no exentos de fuertes controversias.

bibliográficas sobre estudios criminológicos acerca de la estructura de los grupos criminales en Norteamérica y Europa fundamentalmente.

⁴⁷ Leiken, R.S. (2004): *Bearers of Global Jihad? Immigration and National Security after 9/11*, Washington DC, The Nixon Center.

⁴⁸ Las actividades de interceptación y grabación de telecomunicaciones y actividades de vigilancia electrónica de espacios mediante medios técnicos (*Grosse Lauschangriff* en alemán, *intercettazione ambientale* en Italia y la *directed and intrusive surveillance*, en el ámbito anglosajón) tanto óptica como acústica, así como a la grabación de imágenes y sonidos y al tratamiento automatizado de tales informaciones. También se incluyen las actividades de observación y seguimiento secreto de personas, así como el acceso domiciliario. Zwiehoff, G. (2000): *Grosser Lauschangriff*, Baden-Baden.

⁴⁹ “El secreto es el sello de la inteligencia: la base de su relación con el gobierno y la sociedad y de su propia autoimagen. La actividad de recogida de información sobre la que descansa la posterior labor de los servicios de inteligencia es fundamentalmente clandestina, que no ilegal, por el carácter de sus materias, de lo que se deriva la necesidad de proteger y mantener ocultos, misiones, agentes, fuentes, métodos e instalaciones. También es necesario salvaguardar del público el conocimiento del alto valor añadido elaborado a partir de esta información, por el carácter e importancia de las decisiones que se hayan de adoptar en función de éste”. Herman, M. (2001): *Intelligence Services in the Information Age*, Londres, Frank Cass, p. 5.



En este ámbito, el Consejo de Europa a través de la *Recomendación Rec (2001) 11 del Comité de Ministros sobre principios directrices en la lucha contra el crimen organizado*, indica que deben desarrollarse nuevos métodos de trabajo policial que muden su foco de atención de una policía reactiva (reactive policing), a una policía proactiva (proactive policing), incluyendo el uso de inteligencia estratégica y análisis del crimen.

En materia procesal penal numerosas recomendaciones de organismos internacionales van en la misma línea de potenciar nuevos métodos de investigación criminal calificados de proactivos (proactive) y encubiertos (undercover), que si bien resultan más intrusivos que los tradicionales, generando incompatibilidades con principios y derechos fundamentales, proporcionan resultados más eficaces en la lucha contra la delincuencia organizada.

En este grupo de instrumentos se ubican las denominadas acciones encubiertas (“Covert action”, EE.UU-“special political action”, Reino Unido). Se caracterizan principalmente porque el país que las lleva a cabo evita que se conozca su responsabilidad. Son operaciones sistemáticamente negadas en caso de ser descubiertas. La mayoría de las veces este tipo de acciones constituyen una opción especial de los gobiernos a la hora de implementar ciertas políticas de seguridad. Son encargadas a los servicios secretos ya que, en virtud de sus características, se adecuan bien a la naturaleza secreta de las mismas.

Estas acciones generalmente plantean graves problemas de carácter moral, legal y democrático. Por ello, lo habitual es recurrir a su empleo en casos extremos, previo examen de los posibles riesgos que entrañan: Riesgo de que lleguen a ser conocidas y consecuencias que podrían derivarse de ello y el riesgo de que fracasen, causando pérdida de vidas humanas y un desastre político.

Si bien es cierto que una de las competencias de las agencias de seguridad comprende la faceta correspondiente a la *acción*, el Derecho en muchas legislaciones estatales, guarda silencio sobre estos extremos. Distinto es el caso de otros servicios como los norteamericanos, pues su ordenamiento jurídico regula con cierto detalle la realización de operaciones encubiertas (*covert actions*)⁵⁰.

De su análisis se deduce que su finalidad, es apoyar los objetivos (en sentido amplio) de la política nacional; en segundo lugar, estas acciones son ‘no oficiales’ y finalmente, se realizan en el extranjero, aunque ciertas tareas de apoyo puedan ser llevadas a cabo en el interior del país, destacando su condición de “secretas”, ya que se trata de ocultar la identidad de quien patrocina las mismas⁵¹. El abanico de acciones encubiertas es muy amplio, pero de entre las diversas opciones el “asesinato selectivo”, ha recobrado vigencia con la Administración Bush⁵², a pesar que desde 1981 se prohibió la comisión, directa o indirecta, del asesinato.

⁵⁰ Las operaciones encubiertas son actividades del Gobierno de los EE.UU. dirigidas a influir en las condiciones políticas, económicas o militares del extranjero con la intención de que el papel de los EE.UU. en la transformación de tales condiciones no resulte reconocido públicamente, quedando expresamente prohibida su realización en territorio norteamericano. 50 USCA ' 413 (f); 50 USCA ' 413b (e).

⁵¹ Oseth, J. M. (1985): *Regulating U.S. Intelligence Operations. A Study in Definition of the National Interest*, Lexington, The University Press of Kentucky, p. 26.

⁵² Risen, J. y Johnston, D.: “Bush has widened Authority of C.I.A. to kill terrorists”, *New York Times*, 16 diciembre 2002.



Existen diferentes tipos de acciones encubiertas y una gradación entre ellas, en función de si comprenden un ilícito penal o no y en caso afirmativo, la gravedad del mismo, y el objetivo a conseguir con su práctica⁵³.

Pero circunscribiendo su empleo al contexto del enfrentamiento con las redes de delincuencia transnacional y ciñendo el alcance de sus actividades al marco de los condicionamientos impuestos por el ordenamiento constitucional, pueden desarrollarse con eficacia en el seno de los regímenes democráticos.

Para atacar a las organizaciones criminales resulta determinante establecer los objetivos fundamentales: ¿queremos destruir la red, disminuir simplemente su capacidad para realizar acciones delictivas o desgajarla de su aparato de apoyo en el mundo de la legalidad?⁵⁴ Los objetivos de las operaciones encubiertas pueden variar desde dificultar la realización de operaciones provocando inestabilidad en el entorno, la mera obtención de información, la creación de relaciones disfuncionales que descompongan gravemente las capacidades de la grupo criminal, acciones destinadas a destruir la confianza mediante información tendenciosa y a crear suspicacias y acritud internas, intoxicación informativa, hasta ataques más directos a la propia organización con el fin de interrumpir sus actividades, dislocar o degradar sus capacidades o incluso destruirla completamente. Esto podría tener no sólo un efecto corrosivo, sino además forzar a los delincuentes a efectuar movimientos que aumentarían su vulnerabilidad. Aunque todos los objetivos resulten legítimos, resulta esencial que exista claridad sobre la delimitación legal del marco de actuación aplicable.

En el caso del ordenamiento español, no hay una previsión clara sobre la posibilidad de que el CNI pueda realizar “acciones encubiertas”. Sin embargo, la lectura de la Ley del CNI permite inferir que éstas no están en modo alguno, expresamente excluidas. Una primera lectura del artículo 4.b LCNI⁵⁵ habla en general de “neutralización” de actividades de personas que atenten contra el ordenamiento constitucional, pudiendo, a primera vista, dar a entender que las acciones encubiertas podrían ejecutarse en un contexto de inteligencia política interior. No obstante, esta interpretación debe ser rechazada pues parece claro que esas eventuales tareas de “neutralización” dentro de España, sólo serían posibles en el contexto de los estados de excepción. Sin embargo, cabe una segunda lectura del precepto según la cual estas tareas de “neutralización” quedarían en manos de los servicios de inteligencia militares (cuando operen fuera de España) o de política exterior. El hecho de que

⁵³ Desde la propaganda (diseminando determinadas informaciones en apoyo de amigos o con el fin de hundir a los enemigos); activismo político (por ejemplo financiación secreta a determinados partidos de un país extranjero); activismo económico (contaminando sus cosechas, intentado devaluar su moneda, etc); golpes de Estado (apoyo a que se produzcan); operaciones paramilitares (en este tipo de acciones es muy difícil mantener el secreto de la autoría, como sucedió por ejemplo en el apoyo a los cubanos anticastristas, la Contra nicaragüense, o los muyahidin en Afganistán) y el asesinato, pasando por la obtención de información. Para un análisis riguroso sobre las acciones encubiertas véase Treverton, G. F. (1987): *Covert Actions: The limits of intervention in the postwar world*, Nueva York, Basic Books; Reisman, M. y Baker, J. E. (1992): *Regulating Covert Action*, New Haven, Yale University Press.

⁵⁴ Williams, “Redes transnacionales de delincuencia”, *op. cit.*

⁵⁵ El Centro Nacional de Inteligencia ha sido dotado de una normativa legal compuesta por la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia y de la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del propio Centro. Este avance normativo ha sido crucial para el buen funcionamiento del servicio al incorporar al ordenamiento jurídico, a través de normas con rango de ley, una regulación adecuada, completa y sistemática de su organización, de su régimen jurídico y de su actividad. Ruiz Miguel, C.; “El CESID: Historia de un intento de modernización de los Servicios de Inteligencia”, *Al servicio del Estado: Inteligencia y contrainteligencia en España*, Arbor, nº 709, tomo CLXXX (enero 2005), Madrid, CSIC.



un ordenamiento permita la realización de acciones encubiertas en el exterior no significa que, siempre y en todo caso, se pueda realizar cualquier acción encubierta.

Además, éstas encierran un riesgo añadido, y es la posibilidad de contaminación delictual de los hábitos y comportamientos de los agentes, que terminan asumiéndolos como “recto proceder”⁵⁶. En contraposición, la tendencia generalizada aunque discutible, aboga por que los servicios de inteligencia recorran el camino de la especialización a lo largo del cual, la acción deja de ser prioritaria para ocupar su lugar la información⁵⁷.

En otro orden de análisis, concretamente en lo tocante a la financiación y uso de los fondos reservados, los servicios secretos implicados en acciones encubiertas en función del gasto elevado que conllevan, pueden llegar a sufragar buena parte de estas actividades mediante los dividendos que origina su inmersión en el crimen organizado⁵⁸.

⁵⁶ Las manifestaciones delictivas más comunes encuentran una solvente explicación en la Teoría de la neutralización (Sykes, G. y Matza, D.), que constituye una variante más del modelo de aprendizaje social, si bien estrechamente relacionada con la temática subcultural. Desde esta perspectiva, el proceso en virtud del cual una persona se convierte en delincuente responde a un aprendizaje basado en la experiencia. Parte de la premisa de que la mayor parte de los delincuentes comparten los valores convencionales de la sociedad, de modo que lo que aprenden, son ciertas técnicas capaces de neutralizarlos racionalizando y autojustificando la conducta desviada, de los patrones sociales comúnmente asumidos. Ello significaría que compartiendo los mismos valores, el agente desarrolla una variada gama de mecanismos de autojustificación de su conducta criminal, que le permiten apartarse temporalmente de aquéllos, cumpliendo el objetivo que persiguen dichas técnicas de autojustificación: “preservar la autoimagen del desviado como no delincuente”. La conducta delictiva, según este planteamiento, procede de la neutralización de los valores y modelos socialmente aceptados, que tiene lugar mediante el empleo de un conjunto de racionalizaciones estereotipadas del comportamiento ilegal. Las técnicas de neutralización serían fundamentalmente cinco: **la exclusión de la propia responsabilidad**, mediante la cual el delincuente se presenta a sí mismo “impulsado irremisiblemente” hacia el delito por las circunstancias que le rodean. La “obediencia debida”, ha sido una causa de justificación empleada en no pocas ocasiones. **La negación de la ilicitud y nocividad del comportamiento**, consiste en una técnica de autolegitimación del comportamiento desviado, que pretende restar trascendencia al mismo. Se asienta en la creencia de la moralidad inherente del grupo y de sus actos, de tal forma que sus integrantes están convencidos de la justicia de su causa y por tanto, ignoran las consecuencias éticas de sus decisiones. **La negación de la víctima**, -negación de la condición efectiva de víctima- tratando de presentar el hecho criminal como un acto de justicia. Muy socorrida en la lucha contraterrorista. Opera a través de una descalificación del sujeto pasivo, haciéndolo merecedor de tal castigo. Se refuerza mediante la visión estereotipada del exogrupo, frente a la visión perversa del “enemigo” haciendo innecesario cuestionarse el sentido del conflicto. **La descalificación de quien ha de perseguir y castigar el hecho delictivo**, consiste en definitiva, en desviar la atención inicialmente centrada en la conducta criminal hacia las motivaciones y conductas de los ciudadanos respetuosos con la ley. Como éstos desaprueban la conducta, son presentados como hipócritas, injustos, corruptos, a fin de restarles legitimidad. Finalmente, **el reclamo a instancias y móviles superiores**, apelando a valores éticos superiores (patriotismo, lealtad) para justificar un comportamiento criminal. El hecho criminal se presenta como un sacrificio, incluso heroico, enraizado en lazos de lealtad con una causa que está por encima de la ley. Esta teoría, a pesar de que estos cinco supuestos abarcan el amplio espectro de comportamientos delictivos que mayoritariamente se generan en la actuación de las agencias de seguridad y que encuentran aquí una explicación, no obstante, adolece de una inevitable ambigüedad y carga especulativa. El problema sigue sin una respuesta empíricamente contrastada: ¿precede o subsigue el mecanismo autojustificador al comportamiento criminal que trata de neutralizar?; ¿Es la causa de que éste tenga lugar o una mera coartada ex post?. En definitiva, el modo más sencillo de defenderse de la reacción negativa de la sociedad consiste en “redefinir” el propio comportamiento desviado como una conducta “realmente no criminal”. Vold, G.B.; *Theoretical Criminology*, en García-Pablos de Molina, A. (2003): *Tratado de Criminología*, 3ª ed., Valencia, Tirant Lo Blanch.

⁵⁷ Díaz, A. (2006): *El papel de la comunidad de inteligencia en la toma de decisiones de la política exterior y de seguridad de España*, Documento de Trabajo 3/2006, Observatorio de Política Exterior Española (OPEX), Madrid, Fundación Alternativas.

⁵⁸ El escándalo “Iran gate” (en el año 1987, el dinero procedente de la venta ilegal de armas al régimen iraní sirvió para financiar la guerrilla contrarrevolucionaria de Nicaragua). Pero también la CIA alimentó la guerrilla islamista en Afganistán y, en particular, a Ben Laden con más de mil millones de dólares.



La otra gran afección que padecen las operaciones encubiertas, es el uso fraudulento de los fondos reservados y demás dotaciones económicas acaparadas por el secreto. En el caso español, por retraernos nuevamente a una realidad cercana, la regulación sobre el uso de los fondos reservados adolecía de importantes lagunas que, unidas a la trascendencia que tuvo en la opinión pública el llamado “Caso de los fondos reservados,” originó que en 1995 se procediera a su regulación por la correspondiente ley⁵⁹.

Por todo ello, la clave del empleo fructífero de una herramienta útil pero difícil de encuadrar en los ordenamientos jurídicos democráticos, reside en una regulación bien definida, que evite la degradación del Estado de Derecho de un lado, y la victimización de los agentes⁶⁰ por otro.

En función de lo expuesto, si bien es cierto que el Estado está legitimado para utilizar todos sus recursos en la lucha contra el crimen organizado y que cercenar el número de instrumentos a su disposición, constituye una mutilación insostenible que puede llegar a mermar la eficacia de los demás factores empleados, esta posibilidad no justifica en modo alguno el empleo de medios contradictorios con la normativa legal imperante. Resulta indispensable compatibilizar las restricciones que conlleva la seguridad con el respeto a los derechos y las libertades de los ciudadanos, máxime cuando en las próximas décadas las agencias de seguridad van a ocupar un papel tremendamente destacado en la vida y la seguridad de los individuos, haciendo que sea de la mayor importancia que éstos cuenten con algún canal al que puedan apelar en caso de sospechar o tener constancia de que sus derechos o libertades han sido vulnerados por su actuación⁶¹.

Es una realidad, el que las actividades estatales que puedan vulnerar los derechos y libertades, en la práctica, únicamente son controladas por el poder judicial, el político y la

⁵⁹ Ley 11/1995, de 11 de mayo, Reguladora de la utilización y control de los créditos destinados a gastos reservados (LGR). Como ha sostenido el TS “tales fondos constituyen una partida presupuestaria que, aprobada por las Cortes Generales y excluida por su propia naturaleza y destino de cualquier control, queda vinculada a los fines que constitucional y legalmente son propios del Ministerio a quien se encomienda su gestión. STS (2ª), de 12 de marzo de 1992. (ponente Vega), FJ 13º. “Caso Roldán” y “Caso Marey”, donde el TS se expresó en los siguientes términos que “el que tales gastos o fondos reservados no hayan de ser justificados en cuanto a su aplicación concreta, precisamente por el secreto del fin o actividades a que se hallan destinados, no impide el que cuando se acredite un uso desviado de ese fin el hecho pueda ser constitutivo del delito de malversación de caudales públicos” (STS (2ª) de 29 de julio de 1998 (ponente: Delgado García), FJ 18º.

⁶⁰ La “victimización de los agentes”, se produce ante el desamparo en el ejercicio de sus funciones. El miembro de un servicio de inteligencia o de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad estatales, como cualquier otro funcionario, debe sentirse plenamente amparado por la ley en su trabajo, lo que le permitirá sentirse seguro y actuar a favor del Estado. Sirva de ejemplo el caso británico: Hasta la promulgación de la Ley de los Servicios de Inteligencia de 1994, los servicios británicos de inteligencia y seguridad existían en una especie de “limbo” donde el Gobierno rechazaba cualquier debate abierto acerca de sus funciones, a pesar de su historial, que se remonta a principios del siglo XX. Asimismo, baste recordar igualmente la “juventud” de la normativa española reguladora del Centro Nacional de Inteligencia, del año 2002. Díaz, *op. cit.*

⁶¹ En países como Australia, Nueva Zelanda, Reino Unido, Noruega o Irlanda, cuando un ciudadano cree que ha sido objeto de alguna actividad ilegítima o ilícita por parte de los servicios de inteligencia e información, puede solicitar a un inspector general o bien al *Ombudsman* (similar a nuestro Defensor del Pueblo) que revise la conducta de la agencia. Están habilitados para exigir la comparecencia de miembros del servicio, consultar documentación e incluso visitar sus instalaciones. Una vez acabada la investigación, al ciudadano se le indica que su situación ha sido resuelta, lo que supone una fórmula interesante para que el administrado cuente con un mecanismo de garantía frente al secretismo de esta parte de la Administración y que, a su vez, el servicio pueda trabajar fuera de los focos de los juzgados y de los medios de comunicación. Díaz, *op. cit.*, pp. 454-463.



opinión pública cuando llegan a cierto nivel de penetración⁶², sea esta cualitativa o cuantitativa. En los restantes casos, la impunidad de estas organizaciones de seguridad está casi garantizada.

La existencia de unos mínimos formalismos legales no representa por tanto, un obstáculo para que estas agencias de seguridad cuenten con una gran capacidad para mantener un comportamiento autónomo. Aún más si cabe, si a su reducido tamaño e invisibilidad de cara al conjunto social, se une su independencia presupuestaria generando recursos a través de actividades legales o ilegales. Dicha autonomía, sería el nivel máximo de independencia de los servicios de inteligencia e información con respecto de las elites políticas del Estado, que puede medirse por el volumen de sus actividades que no pueden ser controladas o reguladas por estatuto o por cualquier otro acto formal o instrumento judicial. Existe además el agravante de que estas organizaciones puedan emplear la inmensa información que manejan para minimizar su vulnerabilidad a la influencia y control exterior, como medio para preservar su independencia funcional⁶³. De ahí que se haga hincapié en una regulación previa que dentro de la exhaustividad, permita la flexibilidad de actuación, lo cual supone *per sé* el primer gran obstáculo a superar.

A pesar de lo expuesto, su utilidad ha sido reconocida en no pocos foros internacionales. La Convención de Naciones Unidas contra el crimen organizado de 2000 insta, siempre que lo posibiliten los principios fundamentales del ordenamiento jurídico de cada Estado, el reconocimiento de técnicas de investigación especial como las operaciones encubiertas (artículo 20.1). En esta misma línea, la Convención de la ONU contra la corrupción de 2003 (artículo 50.1), añade que los Estados adoptarán las medidas necesarias para permitir la admisibilidad de las pruebas derivadas de esta técnica.

En el ámbito del Consejo de Europa la *Recomendación Rec (2001) 11 del Comité de Ministros sobre principios directrices en la lucha contra el crimen organizado*, propone el uso como técnica de investigación para esta forma de criminalidad, la práctica de operaciones encubiertas y el uso de informantes. El *Convenio entre los Estados miembros de la Unión Europea de Asistencia Judicial Penal de 2000*⁶⁴ regula las operaciones encubiertas internacionales (artículo 14). Establece la posibilidad de que los Estados convengan su realización, así como el régimen jurídico al que deban ceñirse los funcionarios implicados. Además, el artículo 15 recoge que, en el desarrollo de estas operaciones los funcionarios de un Estado Miembro que actúen en territorio de otro, se asimilarán a los funcionarios públicos del Estado en que se desarrolle la operativa en lo que respecta a su responsabilidad penal. Esto conlleva inevitablemente a su variación, en función de la legislación de cada país, cuya consecuencia inmediata será la menor rentabilidad de desarrollar una operación en un país dotado de una legislación excesivamente garantista.

En cuanto a la figura del agente encubierto⁶⁵ se refiere, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española en materia de *perfeccionamiento de la actividad investigadora relacionada*

⁶² Un concepto clave sería el de penetración. Esto es, el grado de intromisión que estas organizaciones realizan en la vida de los ciudadanos, y más concretamente, su capacidad para buscar información y ejercer poder por encima del ordenamiento jurídico que permite al Estado el mantenimiento de la ley y el orden.

⁶³ Wilsnack, R. W.: "Information control: A Conceptual Framework for Sociological Analysis", *Urban Life*, vol. 8, nº 4 (1980).

⁶⁴ Acto del Consejo (CE) 2000/C 197/01, de 29 mayo de 2000. DO C 197, de 12 de julio de 2000, p. 1.

⁶⁵ Vid., entre otras, SSTS 25/09/2003, 12/06/2002, 29/10/2001, 03/05/2001, 07/11/2000, 11/01/1998 y 14/06/1993. Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha admitido la figura del agente encubierto o infiltrado, en particular en la Sentencia de 15 de junio de 1992, caso Lüdi vs. Suiza.



con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves, efectuada por LO 5/1999 de 13 de enero, proporciona por vez primera una definición de delincuencia organizada en el artículo 282 bis (LECr). Esta definición rige únicamente a los efectos del apartado 1 del citado precepto, que regula la figura del agente encubierto, de modo que no se configura en absoluto un tipo penal sustantivo especial relativo a esta forma de asociación ilícita⁶⁶.

El trabajo de infiltración de miembros de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en las organizaciones criminales mediante agentes que ocultan su verdadera identidad, puede resultar en ocasiones uno de los pocos medios eficaces para su desmantelamiento. Especialmente para alcanzar la cúspide jerárquica y obtener la identidad de sus ideólogos y dirigentes, y aprehender su verdadera magnitud. Este es el denominado “undercover agent” en el derecho anglosajón⁶⁷.

El agente encubierto, se limita a realizar tareas de información sobre la actividad de la organización criminal facilitando el descubrimiento y prueba de las actividades delictivas realizadas. Esta figura no plantea problemas de admisión desde la perspectiva del Estado de Derecho, ni del reconocimiento de su irresponsabilidad penal por las eventuales conductas penalmente típicas en las que pudiera incurrir en el desarrollo de sus funciones. La reflexión orbita en torno a la capacidad de maniobra que se le confiere a este agente, con mayores o menores limitaciones y prerrogativas, en función del carácter garantista o no del ordenamiento jurídico de que se trate.

Goza de expreso reconocimiento en muchos ordenamientos, en ocasiones de modo específico para la investigación de delitos relativos al crimen organizado. En el Derecho Alemán, el uso de agentes encubiertos se prevé en el artículo 110^a de la *Strafprozessordnung*, siempre que el delito objeto de investigación tenga cierta importancia y, en particular, cuando ha sido cometido “por el miembro de una banda o por alguien organizado de cualquier otro modo.”⁶⁸ El Derecho Suizo, lo contempla en el marco de la investigación por delitos relativos al tráfico de drogas en el artículo 23.2 de la *Betaübungsmittelgesetz*, de 3 de octubre de 1951, con ulteriores reformas. El Derecho Italiano, en el artículo 97 de la *Texto Unico de las Leyes en materia de regulación de los estupefacientes y sustancias psicotrópicas, prevención, cura y rehabilitación de los estados de toxicodependencia*, aprobada por Decreto del Presidente de la República, nº 309, de 9 de octubre de 1990, bajo la rúbrica “adquisición simulada de drogas”. El Derecho procesal belga lo contempla en el artículo 47 octies del *Código de Instrucción*

⁶⁶ Sobre este concepto Anarte Borallo, E. (1999): “Conjeturas sobre la criminalidad organizada”, en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Huelva, Universidad de Huelva. La redacción actual del artículo 282 bis procede de la LO 15/2003, de 26 de noviembre.

⁶⁷ Este procedimiento puede dar lugar a dos figuras diferentes. Por un lado la del agente encubierto, que desarrollaremos más profusamente y de otro, el agente provocador, que actuaría como inductor de un delito, que de otro modo no se hubiese cometido, si bien, sin querer en última instancia su consumación y adoptando para ello las medidas de precaución oportunas, con el fin de facilitar el procesamiento de los involucrados en el hecho delictivo. Esta figura, lleva aparejada una polémica doctrinal prolija acerca de su validez jurídica y de la punibilidad del agente o no, que excede el contenido de este análisis. De todas formas para el supuesto español, un amplio sector de la doctrina (Antón Oneca, Cuello Calón, Rodríguez Devesa, Rodríguez Mourullo y Bacigalupo, algunos con matices), así como la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es favorable a la punición del agente provocador en todo caso. Por el contrario, Ruiz Antón, defiende la solución de impunidad en tanto falta del tipo objetivo de la inducción, en cuanto el provocador al poner los medios necesarios para evitar la lesión o puesta en peligro del bien jurídico no ha contribuido objetivamente a la lesión del bien jurídico, de modo que no se dan los presupuestos objetivos que permitirían la extensión de la pena al partícipe. Ruiz Antón, L. F. (1982): *El agente provocador en el Derecho Penal*, Madrid. Para profundizar más, Sánchez García de Paz, *op. cit.*

⁶⁸ Gropp, W.; Schubert, L. y Wörner, M. (2001): *Landesbericht Deutschland*, Freiburg, Rechtliche gegen organisierte Kriminalität.



Criminal, recientemente introducido por la Ley nº 34, de 30 de junio de 2003. En Francia, las operaciones de infiltración mediante agentes encubiertos, han sido objeto de reciente regulación mediante la Ley nº 2004-204, de 9 de marzo de 2004.

El agente encubierto en el Derecho Español, como ya se apuntó con anterioridad, viene determinado por la reforma de la *Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la actividad investigadora relacionado con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves*, efectuada por LO 5/1999, de 13 de enero, que introduce dicha figura exclusivamente para la lucha contra el crimen organizado (artículo 282bis LECr). “Crimen Organizado,”⁶⁹ que debe entenderse en el sentido dado en este mismo precepto del artículo 282bis. 4. LECr.

Consiste en que un funcionario policial (policía judicial) con identidad supuesta a los fines de la investigación en materia de delincuencia organizada, adquiera y transporte los objetos, efectos o instrumentos del delito y difiera la incautación de los mismos. Pueden mantener esa identidad cuando testifiquen en el proceso (artículo 282bis 1 y 2). Debe ser autorizada por el Juez de Instrucción o el Ministerio Fiscal dando inmediata cuenta al Juez. La identidad supuesta la otorga el Ministerio del Interior por el plazo de seis meses prorrogables por periodos de igual duración⁷⁰.

El artículo 282bis.5 LECr prevé la exención de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituya una provocación al delito. En caso de exceder este marco legal, el agente en el ejercicio de las funciones de su cargo resultaría exento de responsabilidad igualmente, de acuerdo con la causa de justificación prevista en el artículo 20.7 del Código Penal español, siempre desde luego que se atuviese a los requisitos generales de legalidad, necesidad y proporcionalidad⁷¹.

En definitiva, esta figura se limita a labores secundarias dentro de la organización criminal a la que simula pertenecer, por lo que, ajustándonos al caso español, su proyección real en la lucha contra la delincuencia organizada es ínfima.

Desde una perspectiva jurídica cabe hacer hincapié en las siguientes notas características de esta opción:

⁶⁹ La exposición de motivos de la citada Ley, justifica la introducción del presente artículo conectado con las técnicas de investigación y persecución de la criminalidad organizada de la siguiente manera: “La criminalidad organizada ha adquirido en nuestro tiempo una alarmante dimensión, tanto por su importancia, como por el “*modus operandi*” con que actúa. Ante este nuevo reto, los sucesivos Gobiernos han ido poniendo instrumentos de todo orden en manos de quienes tienen la misión de perseguir y reprimir dichas conductas, si bien existen todavía algunos de los que puede dotarse legítimamente un Estado en su lucha contra esas formas de criminalidad que no han tenido acogida en nuestro sistema jurídico. Asimismo la persecución de los fenómenos relacionados con la delincuencia organizada y su vinculación al tráfico ilegal de drogas, común motivo de preocupación para todas las naciones, han sido en los últimos años materia de urgente atención y absoluta prioridad, como viene a demostrar la elaboración de distintos instrumentos jurídicos internacionales.”

⁷⁰ Se establece un importante control del Juez de Instrucción y del Ministerio Fiscal, no sólo en lo tocante a la autorización, sino igualmente durante el desarrollo de la infiltración, de la que deberá darse cuenta puntualmente con la mayor brevedad posible, lo cual supone una constante exposición del agente a ser descubierto.

⁷¹ Delgado García, M. D. (1996): “El agente encubierto: técnicas de investigación. Problemática y legislación comparada”, en *La criminalidad organizada ante la justicia*, Sevilla; Ruiz Antón, L. F. (1982): “El agente provocador en el Derecho Penal”, Madrid; “Del Agente provocador y del delito provocado”, en *Cuadernos de Derecho Judicial: problemas de autoría* (1994), pp. 333-392.



En primer lugar, el sujeto activo ha de ser específicamente un agente de la Policía Judicial, con la consiguiente exclusión de todos aquellos que no sean funcionarios de policía⁷². Quedan por ende vedados los llamados “Hombres-V” (*V-Leute*) en el Derecho Alemán o confidentes y los informantes, los cuales no son, en principio, miembros de la policía⁷³.

La delimitación en positivo de esta figura por tanto, permite a *sensu contrario* analizar aquellas técnicas policiales de investigación práctica que inexplicablemente no gozan de regulación y que además, no tienen cabida en la figura del agente encubierto a pesar de su proximidad real. En este sentido destacan sobremanera la figura del informador policial y del confidente, esto es, aquellas personas (ciudadanos particulares) que por diversas razones o motivaciones colaboran con la organización policial, aportando datos relevantes para la investigación criminal, ya sea por pertenecer al entorno en que se indaga, o por que se infiltran expresamente en la organización criminal investigada. Esta exclusión ha sido objeto de abundantes críticas por diversos estudios doctrinales de máxima autoridad⁷⁴.

La realidad al respecto es profundamente desalentadora al permanecer carente de regulación una técnica de investigación de naturaleza eminentemente policial, de hecho, prácticamente el grueso de la práctica operativa que en esta materia se emplea cotidianamente por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, a la par que se ha pretendido dotar a los cuerpos policiales de un instrumento (el agente encubierto) que, aún potencialmente de máxima eficacia, resulta ser máximamente disfuncional en su aplicación. En palabras de quienes la utilizan, resulta inseguro, temerario en su uso, carente de respaldo legal, seguro, desechable, difícil de llevar a cabo, incluso perjudicial para el agente⁷⁵.

⁷² El agente infiltrado es una técnica de investigación cuyo ámbito es estrictamente el procesal penal, para ciertos delitos cometidos por la delincuencia organizada. Gascón Inchausti, F. (2001): *Infiltración policial y “agente encubierto”*, Granada, Comares, p. 35. Esta figura procesal nada tiene que ver con el agente secreto del CNI con el que lo único que comparte son las técnicas de investigación. Pérez Villalobos, M^a. C. (2002): *Derechos fundamentales y servicios de inteligencia (Un estudio a la luz de la nueva legislación)*, Sevilla, Grupo Editorial Universitario.

⁷³ Kleinknecht, Theodor/Meyer-Goßner, Lutz, *Strafprozeßordnung*, 41^a. edición, C.H. Beck, München, 1994, p. 386, nº 4. Por “Hombres.V” se comprende aquellos particulares que colaboran habitualmente con la policía y son utilizados por ella para sus tareas de investigación; los “informantes”, por el contrario, son sólo colaboradores ocasionales, que, por lo general, intervienen cuando han tenido noticia de la comisión de un delito. La afirmación de que los Hombres-V no integran las fuerzas policiales puede ser relativizada, ya que su actuación es guiada y controlada por la policía, y sirve directamente a sus tareas (Weßlau, p. 88). Por ello, no resulta admisible sin ningún tipo de matización el considerar a dicha actividad como “privada” y en consecuencia, libre de todas las limitaciones que el Estado de Derecho le impone a la persecución penal. Cfr. Nack, Armin (1993): *Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung*, Munich, C.H. Beck, 1993, p. 421, n 6.

⁷⁴ Gómez Rodríguez, *op. cit.*, p. 70 y ss. Este autor estudia los debates parlamentarios previos a la aprobación de la citada Ley, poniendo de relieve que el Grupo Parlamentario Catalán (Convergencia y Unión) y el Grupo Socialista (PSOE), apuntaron la necesidad de regular este tipo de técnicas de investigación.

⁷⁵ De Diego Díez, L. A. (2000): “Especialidades de la declaración testifical: Agentes encubiertos, confidentes y testigos de referencia”, *El Proceso Penal. Doctrina, jurisprudencial y formularios*, Valencia. Ello conduce, directamente, a que cualquier confidente policial existente, introducido en organizaciones criminales, delinque sistemáticamente en igual medida que el agente policial que lo controla y tolera, lo que genera situaciones contraproducentes para el fin último de aplicación de la Justicia, puesto que se puede forzar al falseamiento y alteración de los atestados policiales en aras a proteger la vida y el anonimato del confidente o informador. A este respecto, cabe traer a colación lo dispuesto por la Unión Europea en esta materia. En efecto, por Decisión de 28-4-99, del Comité Ejecutivo de Schengen, (D.O.C.E, nº L-239, de 22/09/2.000) se aprueban los «principios generales en materia de retribución de confidentes y personas infiltradas», que deben de servir de orientación a los Estados miembros. Dice así: “La acción planificada, coordinada y selectiva de las personas infiltradas, así como el recurso a confidentes deben ser objeto de una especial atención...”, lo que a todas luces no tiene reflejo efectivo en el ordenamiento jurídico español.



Hasta el punto de que se ha llegado a decir que, para los integrantes de organizaciones criminales resulta fácil probar irregularidades procedimentales en la investigación del agente encubierto, articuladas en orden a invalidar diligencias de prueba e incluso imputar directamente al agente. La conclusión es clara, la falta de seguridad jurídica que en esta materia reina por doquier sobre todo en relación con los agentes policiales que materializan esta figura, fomenta supuestos de “victimización” de los propios agentes encubiertos⁷⁶.

Algunos autores se expresan la situación actual de dichas técnicas de investigación en términos de “desastre jurídico” en el que se enmarca la investigación criminal contra la delincuencia organizada⁷⁷ en España.

El resultado fáctico es que se entorpece sistemáticamente la infiltración policial, dado que al agente encubierto español sólo se le permite diferir la incautación de efectos delictivos o detención de autores de delitos; en resumen, retrasar levemente la incautación o detención. En la práctica se ha legislado de forma tal que es imposible, sin saltarse la legislación, llegar a las altas esferas criminales, lo que significa, ni más ni menos, que cuando la Policía o la Guardia Civil han desarticulado una cúpula criminal es porque, consciente, voluntaria y personalmente, han “flexibilizado” la literalidad de la ley.

Asimismo, se desperdician agentes y tapaderas a tenor de la aplicación de la regulación procesal penal nacional, dado que tras cada operación “se queman” –en argot policial- la fuente operativa y el método de investigación empleado en base al cumplimiento de los principios procesales que obligan al agente encubierto a comparecer en juicio, descubriendo su identidad⁷⁸ de forma menos segura que en el ordenamiento alemán en el que, por ejemplo, comparece en juicio el superior jerárquico del agente como testigo de referencia, transmitiendo lo que le ha sido informado por su subordinado⁷⁹.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su Sentencia de 20 de noviembre de 1989, Caso Kostovski, inadmite que la defensa desconozca la identidad de la persona a la que intenta interrogar, ya que puede verse privada de datos que precisamente le permitan probar que es parcial, enemiga, o indigna de crédito, no pudiendo demostrarlo si no tiene información que le posibilite fiscalizar el crédito que le merece el autor o ponerlo en duda. En

⁷⁶ Quintanar Diez, M.: “El Agente encubierto”, *Revista Electrónica de Derecho*, nº 1.

⁷⁷ Gómez Rodríguez, S. R.: “Confidentes: ¿desastre policial o irresponsabilidad del Parlamento?”, *La Razón*, 1 de diciembre de 2004.

⁷⁸ Durante la fase de instrucción se le atribuirá una identidad supuesta, que será la que le sirva de cobertura y que habrá de tener el respaldo documental y oficial oportuno. El agente está autorizado a actuar bajo identidad supuesta no sólo en todo lo relacionado en la investigación, sino que también puede participar bajo su cobertura en el tráfico jurídico y social. La concesión de la identidad supuesta durante el proceso penal, partiendo de que ningún funcionario de la Policía Judicial puede ser obligado a actuar como agente infiltrado, resulta una necesidad. Si el ordenamiento no garantiza adecuadamente la integridad física, tanto la del agente como la de su familia, difícilmente podrán encontrarse funcionarios dispuestos a prestarse al desempeño de este tipo de actividad. En este sentido, el artículo 2 de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección de testigos y peritos en causas criminales, establece que durante el período de instrucción el Juez, al objeto de preservar la identidad de los testigos y peritos, podrán acordar que no consten en las diligencias que se practiquen su nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión, ni cualquier otro dato que pudiera servir para la identidad de los mismos, pudiéndose utilizar para ésta un número o cualquier otra clave. Cuando se legisló no se pensó en las capacidades de reacción de las organizaciones criminales ante la infiltración y su potencial para la obtención de datos protegidos a través de todo tipo de mecanismos ilícitos, que ponen en serio peligro a los miembros de los cuerpos policiales que acceden a trabajar de forma encubierta.

⁷⁹ Martínez de Salinas, A.L.: “Delincuencia organizada. Instrumentos Internos”, *La Razón*, 14 de octubre de 2002.



la misma línea la Sentencia de idéntico Tribunal, del 27 de septiembre de 1990, Caso Windich, afirma que al ignorar la identidad de los testigos la defensa sufrió un menoscabo casi insuperable, al no disponer de los datos necesarios para controlar la credibilidad de los testigos o lanzar dudas sobre los mismos.

Las críticas arrecian igualmente con respecto a la judicialización absoluta de una técnica policial que, hasta entonces, podía discurrir, en la mayor parte de su empleo, con la cobertura que otorgaba el artículo 282 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, bajo el mandato genérico de llevar a cabo la misión de averiguar los delitos que se cometieren en su territorio o demarcación y practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos con el objetivo de descubrir a los delincuentes. En contraposición, parece que la disposición legal camina en sentido contrario a la eficacia que se requiere, dejando en manos del Juez la utilización de una herramienta policial⁸⁰.

A tenor de lo expuesto, las figuras sometidas a análisis (operaciones y agentes encubiertos), plantean no pocas incertidumbres y conflictos jurídicos de solución dilemática. Si la balanza se inclina a favor de ajustar estrictamente la actividad de obtención de información a los principios fundamentales acordes con el Estado de Derecho, el resultado será unos instrumentos enormemente limitados en su capacidad real de actuación. Si por el contrario, se decanta por potenciar sus capacidades funcionales y operativas, se han de asumir riesgos y restricciones justificables en mayor o menor medida en el ejercicio de las libertades. Se plantean dos visiones: una pragmática y otra ético-jurídica⁸¹.

Conclusiones

El informe Panyaranchun define con precisión la amenaza que representa la delincuencia organizada transnacional, como factor de deterioro de la seguridad humana y degradación de la capacidad de los Estados para garantizar la Ley y el orden, al tiempo que contribuye a la perduración de los conflictos internos, a la proliferación de los armamentos y al terrorismo⁸². No se trata ni muchos menos de una cuestión de segundo orden, sino de un factor fundamental de inseguridad, cuyo desarrollo se ve favorecido por la globalización.

No ha sido sin embargo hasta los años noventa, cuando la delincuencia transnacional ha sido reconocida como un problema internacional grave. Un paso decisivo se dio en diciembre de 2000 cuando, por iniciativa de las Naciones Unidas, 124 Estados firmaron en Palermo (Italia) una Convención Contra la Delincuencia Organiza Transnacional.

En función de lo argumentado hasta el momento, asistimos a la implacable expansión cualitativa y cuantitativa de un crimen organizado que no conoce fronteras, transformándose hasta alcanzar la categoría de amenaza estratégica. Este crecimiento ha cobrado vigor en las últimas décadas, cogiendo desprevenidos tanto a las fuerzas policiales y a los servicios de inteligencia, como a los sistemas políticos y judiciales. A múltiples niveles se carecía de experiencia. En la actualidad, a pesar de una profunda revolución de los mecanismos y

⁸⁰ Gómez Rodríguez, *op. cit.*

⁸¹ Ignatieff, M. (2004): *El mal menor, ética política en una era de terror*, Madrid, Taurus.

⁸² United Nations (2004): *A more secure world: our shared responsibility*, en <http://www.un.org>.



capacidades de respuesta ante las transformaciones del crimen organizado en el nuevo milenio, en muchos aspectos seguimos sin estar preparados⁸³.

En múltiples países como resultado de la penetración en sus estructuras de la delincuencia organizada, se ha generado una profunda crisis derivada de la escasa transparencia en los asuntos públicos. Las intenciones de zanjar resueltamente las actividades de las organizaciones mafiosas, tienden a agotarse frente al infranqueable muro levantado por la ausencia de pruebas o las dificultades para su admisibilidad, y especialmente, por los fructuosos intentos de acallar las investigaciones que conducen inexorablemente a destapar la corrupción y el tráfico de influencias en las altas esferas.

Como respuesta ante la amenaza planteada por la delincuencia organizada transnacional, desde múltiples foros nacionales e internacionales, se postula a favor de la implementación y puesta en práctica de un elenco de mecanismos articulados en aras a procurar un aumento de la eficacia tanto a nivel preventivo como represivo. La clave de futuro reside en la proactividad, neutralizando la amenaza antes de que se materialice el daño, porque su coste resulta excesivamente elevado, e incluso en ocasiones, inasumible.

Esta capacidad de anticipación, sólo es posible mediante la explotación de los medios de información y las capacidades de inteligencia tanto en el ámbito estratégico, como en el puramente operativo.

Disminuir nuestras vulnerabilidades implica apoyar en todos los ámbitos a aquéllos que deben velar por nuestra seguridad: los servicios de inteligencia y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Deben ser acreedores de nuestra confianza y comprensión en su difícil tarea, receptores de medios materiales y humanos, de apoyo político y de respaldo legal. Desde luego, implica también exigir la adecuada sujeción a la legalidad y al derecho en su actuación.

No hay que perder de vista que los límites legales de las técnicas propuestas⁸⁴ de enfrentamiento contra las organizaciones de delincuencia transnacional, han de encontrar su acomodo en el sistema de derechos y libertades propio del Estado de Derecho, ya que por más adyectas que sean las formas de delincuencia que se trata de erradicar, no está justificado la utilización de medios que puedan violentar garantías constitucionales.

El paradigma actual en el que ha de desenvolverse la lucha contra la delincuencia organizada, resulta insatisfactorio desde la perspectiva de alcanzar un equilibrio entre eficacia y legalidad, especialmente en el contexto tocante al marco de actuación de los servicios de inteligencia y a las labores de información, haciendo necesaria la articulación de un nuevo esquema, que permita trazar con nitidez los parámetros legales de actuación y una clara delimitación de los objetivos.

“El guardaespaldas maniatado” refleja una cuestión que no ha dejado de estar en permanente debate en la literatura internacional, en relación con las actividades desempeñadas por los servicios de inteligencia: siendo la misión básica de los servicios obtener, analizar y proporcionar información para elaborar inteligencia, se han visto obstaculizados por legislaciones restrictivas más allá de lo razonable, en el ejercicio de tales funciones.

⁸³ Sansó-Rubert Pascual, “La internacionalización de la delincuencia organizada”, *op. cit.*

⁸⁴ Gascón Inchausti, *op. cit.*



Se requiere necesariamente de un equilibrio entre los mecanismos de obtención de información y la protección de derechos fundamentales⁸⁵. ¿Cómo obtener información? Siendo obvio que no toda información es abierta y por tanto, accesible mediante métodos convencionales, ¿cómo se legalizan los métodos ilegales en un Estado democrático? En 1997 una revista italiana reunió a una serie de expertos internacionales con la intención de que respondieran a la pregunta. De las distintas respuestas destaca la del Almirante Gianfranco Batteli, Jefe durante cinco años (1996-2001) del Servizio per la información e la Sicurezza Militare (SISMI)⁸⁶.

“Estoy convencido de que si un Estado decide dotarse de Servicios de Inteligencia, es porque ha llegado a la conclusión de que con los medios ordinarios no es posible adecuadamente la seguridad. Pedir que operen en el ámbito de la legalidad que hace de marco a la actividad de la magistratura y de las fuerzas de policía es, en consecuencia, una auténtica *contradictio in terminis*, que termina por negar la propia razón de la creación de servicios de información y seguridad. Me parece, por tanto, demasiado obvio que los servicios deban poder hacer cosas ilegales”.

En un posicionamiento radicalmente opuesto al planteado y dado que la delincuencia es un fenómeno estructural consustancial a la sociedad, no puede erradicarse con improvisación, adoptando sin el pertinente estudio y reflexión normas excepcionales de naturaleza coercitiva y restrictiva de derechos. El combate contra la delincuencia organizada transnacional debe asumirse como una lucha *sine die*, por lo que la solución puede estar en llevar a cabo modificaciones legislativas, pero nunca como reacción a las situaciones extremas planteadas. La lucha contra la delincuencia organizada debe ser una lucha inteligente y el Estado de Derecho, dada la complejidad del problema que le ocupa, debe desarrollar su acción contra el mismo con instrumentos jurídicos, policiales, financieros y políticos, procurando la búsqueda de una efectiva coordinación nacional e internacional, pero siempre sin rebasar su propia lógica existencial.

De esta forma se contribuye a constreñir la actividad delictiva, a la par que se legitima la actuación de los servicios de inteligencia y de los cuerpos policiales, amparando a sus integrantes en el ejercicio de sus competencias. En el caso contrario, la no utilización de este recurso de forma eficaz genera la desmoralización consiguiente en aquellos que lo combaten y tiene efectos demoledores sobre la capacidad de disuasión y persuasión del Estado.

A pesar de esta exposición manifiestamente a favor de la supremacía de la legalidad en la actuación de las agencias de seguridad, resulta igualmente importante entender que por su propia naturaleza, requieren de cierta flexibilización de las exigencias legales. La dificultad reside en alcanzar un equilibrio aristotélico entre las posturas celosamente garantistas y la vulneración flagrante del ordenamiento jurídico.

En definitiva, los Estados democráticos cuentan con servicios secretos y cuerpos policiales que, como cualquier otra realidad estatal, caben en la Constitución y deben estar integrados en ésta, porque en un Estado constitucional no puede haber ningún sector del mismo que escape al principio de legalidad, al sometimiento al Derecho y al respeto escrupuloso de los derechos fundamentales: “el constitucionalismo actual no sería lo que es sin los derechos fundamentales”⁸⁷. Por ello, a nadie escapa que las agencias de seguridad no

⁸⁵ Sansó-Rubert Pascual, D.: “Seguridad Vs. Libertad: el papel de los servicios de inteligencia”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 48 (2004) Universidad de Valencia.

⁸⁶ “A che servono i servizi”, *LIMES*, nº 3, 1997, p. 293.

⁸⁷ Pérez Luño, A. (1988): *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, p. 19.



pueden ser una institución autónoma desligada de todo contacto gubernamental. Es la diferencia entre unos servicios secretos eficaces y democráticos y unos servicios que constituyen “un Estado dentro del Estado”⁸⁸.

La obtención de información y las capacidades de inteligencia adquieren un valor preeminente, en parte porque la lucha entre las fuerzas del orden y los servicios de inteligencia frente a las redes de la delincuencia organizada transnacional, puede entenderse como una competencia entre traidores: confidentes, informadores, infiltrados y desertores de las organizaciones por un lado, y políticos, burócratas, policías y jueces corruptos del otro, todo ello inmerso en una tendencia global hacia la persecución policial dirigida por los servicios con capacidades de inteligencia⁸⁹.

El desarrollo de estrategias e instrumentos más efectivos para neutralizar la actividad delictiva del crimen organizado transnacional, debe constituir una de las prioridades gubernamentales para este siglo XXI. Ello requiere de cambios en las actitudes y las maneras de pensar, en las estructuras de las organizaciones y fundamentalmente, en las relaciones entre servicios de inteligencia y cuerpos policiales. En conclusión, tratar de evitar duplicidades y solapamientos, lo cual nos conduce a otra cuestión trascendental igualmente compleja y conflictiva, de la que adolecen en mayor o menor medida todo los Estados: la articulación de una verdadera Comunidad de Inteligencia.

⁸⁸ Pérez Villalobos, *op. cit.*

⁸⁹ Williams, “Redes transnacionales de delincuencia”, *op. cit.*