

## REDES INTERNACIONALES Y CRIMINALIDAD: A PROPÓSITO DEL MODELO DE “PARTICIPACIÓN EN ORGANIZACIÓN CRIMINAL”

(in El derecho penal ante la globalización, L. Zúñiga r./ c. Méndez R./ R. Diego Díaz Santos (coords.),  
Colex, Madrid, 2002, p. 51-71)

**Laura Zúñiga Rodríguez**  
**Profesora Titular de Derecho Penal de la**  
**Universidad de Salamanca**

*Sumario: 1. Introducción: nueva criminalidad de las organizaciones ilícitas y desafíos para el Derecho Penal. 2. ¿Qué asociaciones u organizaciones se persiguen penalmente? La cuestión de la tipificación penal. 3. El controvertido tema del bien jurídico protegido. 4. El comportamiento delictivo. 5. Problemas de consumación. 6. Concursos: relación con otras figuras delictivas. 7. Problemas de autoría y participación. 8. Las penas aplicables. 9. Consideraciones finales: la persecución penal de las organizaciones criminales en un mundo globalizado.*

### **Introducción: nueva criminalidad de las organizaciones ilícitas y desafíos para el Derecho Penal.**

Después del 11 de septiembre de 2001, en que no sólo se ha hecho evidente para el mundo la vulnerabilidad de las sociedades postindustrializadas, sino también la capacidad criminógena de las organizaciones ilícitas, cobra especial vigencia el análisis de los instrumentos penales que posee el Estado, en especial las figuras de participación en asociaciones criminales, dado que se trata de un modelo que la mayoría de países de nuestro entorno cultural posee. El interés por perseguir las organizaciones que tienen como finalidad la comisión de delitos, es aún mayor en momentos de cambios acelerados en el panorama jurídico y político propiciados por los mencionados atentados, cuando los sistemas políticos se han visto palpablemente amenazados frente a la potencialidad de las organizaciones criminales.

El modelo de participación en asociación (u organización<sup>1</sup>) criminal con amplios antecedentes históricos, de gran raigambre en el Derecho Comparado, debe ser ahora analizado a la luz de una nueva macrocriminalidad, que actúa realizando acciones de amplio espectro, donde los sujetos activos suelen ser grandes organizaciones criminales, los bienes jurídicos plurales (de índole colectivo e individual) y las víctimas son prácticamente indeterminadas. La criminalidad organizada de nuestros días, expresada en los tráfico de personas, niños, órganos humanos, prostitución, capitales ilícitos, drogas y un largo etcétera, ha sido capaz de beneficiarse de los avances tecnológicos y de la libertad de los mercados para dar un salto cualitativo en su actuar criminógeno y ofrecernos un tipo de delincuencia que parece no ser fácilmente definible con los parámetros tradicionales de las categorías penales. Sus caracteres transnacional, fuertemente

---

<sup>1</sup> Ya veremos que tradicionalmente se ha hablado de “asociación criminal”, pero hoy en día se prefiere el concepto de “organización criminal”, más acorde con el grado de estructuración de estas asociaciones. Por eso usaremos al comienzo el vocablo “asociación” para luego utilizar más propiamente “organización”.

estructurado, con importantes vinculaciones con el mundo empresarial, sino utilizando burdamente la tapadera de las empresas, hace de la criminalidad cometida por las grandes organizaciones ilícitas, una delincuencia que se perpetúa con nuevas dimensiones hasta entonces nunca antes vista.

En el ámbito propiamente criminológico, autores como Jäger<sup>2</sup>, empiezan a reclamar un cambio en el interés cognoscitivo del estudio de la criminalidad, hasta entonces focalizado en la criminalidad constitutiva de una desviación individual, para pasar a atender la denominada “criminalidad de grupo”, llamando la atención sobre la “dimensión colectiva del delito” y sobre el potencial criminógeno que posee una organización criminal en una sociedad colectivizada como la que vivimos. Para este autor el foco de análisis criminológico de la macrocriminalidad descansa en “las graves formas de *violencia colectiva*, cuyas consecuencias destructivas son particularmente peligrosas (...): delitos cometidos en la guerra, deterioros en masa y de poblaciones enteras, destrucciones nucleares, conflictos de religiones y de culturas, lucha guerrillera, movimiento revolucionarios y contrarevolucionarios y agudas crisis políticas de masa”<sup>3</sup>. Sin desmerecer la importancia del estudio de la violencia colectiva, varios autores reclaman incorporar como ámbito de conocimiento dentro de la macrocriminalidad, también a la moderna criminalidad económica, que tantos daños causa también a la economía y a los cimientos de las estructuras políticas de nuestras sociedades<sup>4</sup>.

El ingrediente de “sociedad de riesgo”<sup>5</sup>, como tópico para entender la vulnerabilidad de las sociedades tecnológicas actuales, aumenta a un nivel exponencial ese poder devastador que pueden adquirir las organizaciones criminales actuales, trágicamente demostrado con los últimos acontecimientos de septiembre/2001. La unión entre energía humana y energía tecnológica propicia riesgos imposibles de predecir por el conocimiento humano. Este factor de inseguridad en la previsibilidad de los resultados del actuar humano se hace más patente cuando nos encontramos ante redes internacionales de la gran criminalidad organizada, capaz de poner en jaque incluso al Estado más poderoso del mundo.

Los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 que han sido calificados por la Comunidad Internacional como “actos de guerra”, nos anticipan en las nuevas formas de conflictos que se avecinan en el presente siglo: violencia colectiva propiciada por grupos fuertemente estructurados. Su tratamiento como “conflictos asimétricos”, es decir, como guerras no convencionales ha propiciado, como se ha podido ver ostensiblemente con las imágenes de los presos de Guantánamo<sup>6</sup>, un tratamiento del tema por fuera de los cauces jurídicos incluso del Derecho de guerra, en el que los más elementales principios de humanidad han sido desconocidos. Recordemos, aunque pareciera demás hacerlo, que los principios se han construido no sólo para juzgar con mayor justicia a los imputados, sino también como signo de legitimidad del poder político juzgante.

La fundamentación de las “guerras asimétricas”<sup>7</sup> vendría a legitimar un tratamiento de las organizaciones criminales de signo terrorista y de las mafias internacionales dedicadas a los tráficos ilegales como “enemigos” del Estado y, por tanto, agentes pasibles de la respuesta del mismo por medios “no convencionales”, como combates en los que no se enfrentan dos Estados determinados y en los que las poblaciones civiles son las principales damnificadas,

---

<sup>2</sup> Su *Makrokriminalität. Studien zur Kriminologie Kollektiver Gewalt*, Frankfurt a.m., 1989, constituye un hito en esta aproximación epistemológica.

<sup>3</sup> Op. ult. cit., pág. 89.

<sup>4</sup> Cfr. MILITELLO, “Attività del gruppo e comportamenti illeciti: il gruppo come fattore criminogeno”, en *RTDPE*, 1998, pág. 370.

<sup>5</sup> Fue el sociólogo Ulrich Beck quien desarrolló esta caracterización de las modernas sociedades, resultando un tópico fructífero para entender el moderno Derecho Penal. Cfr. del mismo, *La sociedad de riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Paidós, 1998.

<sup>6</sup> Esta es quizás la imagen más álgida que nos queda sobre esta desregularización, pero se puede dar muchos más ejemplos de desconocimiento de reglas elementales: Tribunales militares, detención indefinida, pena de muerte, etc.

<sup>7</sup> Vid. más ampliamente KALDOR, *Las nuevas guerras*, Barcelona, Tusquets, 2001 (passim).

fuerzas especiales y, en definitiva, desregulación de los principios de intervención del Estado de Derecho y del Derecho Internacional<sup>8</sup>.

Como sostenía brillantemente el Profesor de Franckfurt, Winfried Hassemer, antes incluso de los atentados de septiembre, pero siendo perfectamente aplicable a la reflexión actual, “las posibilidades de dramatizar la violencia y politizarla son extraordinariamente grandes”<sup>9</sup>. Los círculos concéntricos entre las “guerras asimétricas” y el “Derecho Penal del enemigo” cuyas bases establece el profesor Jakobs<sup>10</sup>, nos retrotraen a tiempos en que el “extraño”, el desviado es el delincuente/enemigo y quien se encuentra fuera de nuestro pacto social, contra quien hay que “luchar”. Las políticas criminales fundadas en el criterio de eficacia, que desconocen el anclaje normativo de sus parámetros, por mor de una *real politik*, terminan por ser respuestas meramente oportunistas, de talante burdamente simbólico y, finalmente, ni siquiera suelen lograr los objetivos propuestos<sup>11</sup>.

Por otro lado, es importante no desconocer el poder corruptor de las organizaciones que tienen como fines la obtención de ganancias ilícitas. El fenómeno de contaminación de las relaciones económicas lícitas por parte de la criminalidad organizada, va de la mano de la globalización de las relaciones económicas y de las libertades que brindan las redes del comercio internacional. La similitud estructural entre una organización criminal y la empresa<sup>12</sup> –principal agente económico de la sociedad moderna-, otorga a las primeras cierta funcionalidad para moverse fácilmente por el mundo social y económico. De hecho, las organizaciones criminales parecen adoptar como punto de referencia los modelos y estructuras del mundo de la industria y los negocios: la racionalización de los medios personales y materiales, la vocación de permanencia para la obtención de un fin de naturaleza predominantemente económica, la expansión de la actividad en otras áreas geográficas, la interrelación con otras organizaciones, la tendencia a reinvertir una parte de los beneficios, etc<sup>13</sup>.

Todo ello ha llevado a hablar de la existencia de una verdadera “industria del crimen”. En países como Italia, donde la mafia logró infiltrarse en las relaciones sociales y políticas, se observa en los últimos tiempos una mayor contaminación de empresas legales, con prestigio en el mercado, con el fin de reciclar sus beneficios económicos, al ser este “ciclo productivo” fundamental para su desarrollo económico<sup>14</sup>. Incluso se habla de una “mafia empresarial” o “empresa mafiosa” para denominar a este fenómeno de inmersión del capital ilícitamente obtenido en el capital “sano” de empresas consolidadas. El proceso inverso, de utilización de empresas en apariencias lícitas para obtener provecho económico que sirve para la financiación de las organizaciones criminales, es bien conocido en España, toda vez que se ha

---

<sup>8</sup> Obsérvese que la calificación de un acto terrorista como acto de guerra también puede ser contraproducente para los propios Estados de Derecho, en la medida que el propio Estado se autocalifica de enemigo y por tanto da argumentos a los grupos subversivos para calificarlos de combatientes en el mismo nivel, rompiendo con la última tradición jurídica de lucha antiterrorista de no considerar delito político cuando el agredido es un Estado de Derecho.

<sup>9</sup> HASSEMER, “El destino de los derechos ciudadanos en un Derecho Penal “eficaz”, en *Foro Judicial*, publicación periódica de FESPAD (Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho), San Salvador, 1995, pág. 1.

<sup>10</sup> JAKOBS, “Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtgutverletzung”, *ZStW*, Nº 97, 1985, págs. 751 y ss. Hay traducción castellana en SUÁREZ GONZÁLEZ / PEÑARANDA RAMOS / CANCIO MELIÁ, “Estudios de Derecho Penal”, Madrid, 1998, págs. 293 y ss.; JAKOBS, *Bases para una teoría funcional del Derecho Penal*, Lima, Palestra Editores, págs. 209 y ss.

<sup>11</sup> Sobre la Política Criminal como la coordinación de estrategias (medios) para el logro de determinados fines (objetivos) dentro de un marco normativo Vid. más ampliamente ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Política Criminal*, Madrid, Colex, 2001, especialmente págs. 21-66.

<sup>12</sup> Nótese que ambas poseen: organización funcional, jerarquías, división del trabajo, profesionalización de sus miembros.

<sup>13</sup> Cfr. FABIÁN CAPARRÓS, “Criminalidad organizada”, en GUTIÉRREZ FRANCÉS / SÁNCHEZ LÓPEZ (COORDS.), *El nuevo código penal: primeros problemas de aplicación*, Univ. de Salamanca, pág. 176. En otro lugar (pág. 172), el mismo autor sostiene: “En realidad, la organización criminal es una sociedad de profesionales del delito en la que se manifiesta un sistema de relaciones definidas a partir de una serie de deberes y privilegios recíprocos, e inspirados en los principios de jerarquía y obediencia”

<sup>14</sup> Cfr. PALIERO, “Problemas y perspectivas de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el Derecho italiano”, en *ADP*, Lima, 1996, págs. 50 y 51.

investigado que la organización terrorista ETA se ha provisto de fondos provenientes de un grupo de empresas especialmente constituidas para ello<sup>15</sup>.

Las vinculaciones entre las organizaciones criminales y las empresas legalmente constituidas se hacen cada vez más evidentes, ya que existen necesidades mutuas que cubrir dentro del ciclo productivo: comisión de delitos (societarios, de iniciados, etc.), encubrimiento de delitos (lavado de dinero) y financiación para la comisión de delitos (empresas para financiar las organizaciones criminales). El círculo se cierra cuando las organizaciones criminales tienen que invertir el dinero mal habido. Quizás ello suceda porque la economía suele prescindir de parámetros éticos y muchos comportamientos en el ámbito de las empresas se desarrollan entre los límites de la legalidad y la ilegalidad (por ejemplo, un fraude de subvenciones, abuso de información privilegiada, una autorización con tráfico de influencias, etc.).

Por su parte, la construcción dogmática de la teoría del delito, piedra angular del sistema de imputación penal, ha sido diseñada a partir del comportamiento de una persona individual. La evolución de este edificio teórico se fundó desde un paradigma de conducta centrado en un sujeto individual que causa un daño a una persona individual. Es lo que se ha venido en llamar modelo "bipolar"<sup>16</sup>. Este desarrollo conceptual que hunde sus raíces en el liberalismo individualista de la época<sup>17</sup>, ha dado lugar a una concepción del delito como *injusto personal*<sup>18</sup>, que ha llegado a ser un consenso general en la doctrina penalística. A partir de esta estructura, las categorías del delito, llámese acción, dolo, culpa, culpabilidad, autoría y participación, etc. se entienden solamente aplicables a comportamientos humanos de una persona física individual.

Los delitos cometidos en organizaciones complejas, donde la lesión al bien jurídico es producto de una serie de comportamientos humanos, difícilmente atribuibles a determinadas personas, que son consecuencia de políticas de grupos o de actuaciones encaminadas a fines comunes, donde existe una alta parcialización del proceso decisional, son precisamente aquellos que están dando lugar a una crisis de los modelos tradicionales de responsabilidad o "cambios de paradigmas" en los sistemas de imputación<sup>19</sup>. Aunque se haya analizado este asunto fundamentalmente asociado a los delitos cometidos en el ámbito de las empresas<sup>20</sup>, las dificultades para establecer la responsabilidad penal también son verificables cuando se trata de individualizar la responsabilidad penal en la criminalidad organizada (Vid. epígrafe 7).

---

<sup>15</sup> El reportage de "El País" de 21 de octubre de 2001, titulado "ETA después del 11 de septiembre", se destaca como en las últimas operaciones antiterroristas se han incautado documentos que comprueban la existencia de una verdadera trama financiera, de empresas "satélites" de la organización, así como empresas legales que constituyen estructuras para blanquear dinero y proveerse de dinero negro. La caída de la cúpula de ETA en Bidart (Francia) el 29 de marzo de 1992, permitió desvelar el Proyecto Udaletxe: el diseño teórico de una estructura financiera legal para crear fondos a partir del desarrollo económico de las organizaciones y empresas afines, situando a militantes de ETA en los consejos de administración.

<sup>16</sup> La doctrina italiana es la que ha desarrollado más nítidamente esta idea, de importantes repercusiones en la discusión actual. Cfr. especialmente: PALIERO, "L' autunno del Patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penal dei codici?", en *RIDPP*, 1994, pág. 1229; DONINI, "Selettività e paradigmi della teoria del reato", en *RIDPP*, 1998, pág. 367, para quien el paradigma es el delito de homicidio; MILITELLO, "Attività del gruppo e comportamenti illeciti: il gruppo come fattore criminogeno", en *RTDPE*, 1998, pág. 279, según el cual es bipolar porque se estructura sobre una doble posición de los sujetos activo y pasivo, singulares.

<sup>17</sup> Del que son un claro exponente las concepciones filosóficas de Kant y Hegel, para quienes la pena se funda en el libre albedrío, esto es, la capacidad del hombre de evitar la conducta punible.

<sup>18</sup> La definición más acabada del injusto personal llega de la mano de Welzel, para quien lo injusto penal se funda en una acción final del hombre. Para observar la centralidad del sujeto individual de la teoría del delito dominante, acudo a la voz autorizada de ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, págs. 319 y 320: "... la acción sólo es antijurídica en cuanto obra de un determinado autor... La antijuricidad es siempre la desaprobación de un hecho referido a un determinado autor"

<sup>19</sup> Cfr. principalmente los trabajos de LAMPE, "Systemeunrecht und Unrechtssysteme", en *ZStW*, N° 196, 1994, en especial págs. 687 y ss. y PALIERO, "L' autunno del Patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penal dei codici?", ob. cit., pág. 1229.

<sup>20</sup> Vid. más ampliamente, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Pamplona, Aranzadi, 2000, especialmente, págs. 191.

En suma, aunque en el ámbito de la realidad criminológica se presenten los delitos cometidos por agrupaciones con un especial índice de peligrosidad y desde diversos foros se demande la necesidad de sancionar penalmente a las asociaciones criminales<sup>21</sup>, hoy por hoy nuestro sistema dogmático de imputación está construido sobre la base de un comportamiento humano de una persona individual, por lo que la penalización de las asociaciones ilícitas va a presentar necesariamente tensiones con principios diseñados bajo esos paradigmas individualistas, como los de taxatividad, lesividad, o culpabilidad. Prueba más de que la penalización de las organizaciones o sistemas complejos debe abordarse bajo un sistema distinto, paralelo al existente para las personas individuales<sup>22</sup>.

## 2. ¿Qué asociaciones u organizaciones se persiguen penalmente? La cuestión de la tipificación de la figura.

El delito de asociación para delinquir tiene su primer antecedente en nuestro entorno cultural en el Código Napoléonico de 1810 (arts. 265 y ss. que se refiere a las “bandas armadas”, pero luego después con la reforma de 1893 a las “asociaciones de malhechores”), precisamente como figura destinada a proteger al nuevo Estado liberal frente a las asociaciones, época en que se consideraban los comportamientos de grupo como una de las principales amenazas a las tesis liberales. La prohibición de las agrupaciones profesionales y de las coaliciones (Ley Le Chapelier de 1791), cuya formación se convirtió en delito, permite vislumbrar cómo la figura de las asociaciones ilícitas estaba destinada a imposibilitar la organización sindical de los trabajadores, para evitar cualquier tipo de contratación colectiva que distorsione el libre juego de la oferta y la demanda de la contratación de la fuerza de trabajo<sup>23</sup>.

En estos primeros momentos la tipificación de las asociaciones ilícitas servía para perseguir a las agrupaciones que se oponían al Estado, es decir, tenía como finalidad clara la persecución de los opositores políticos. Así ingresa al CP español de 1822, donde al lado de la criminalización de las genuinas asociaciones criminales (la “cuadrilla de malhechores” de los arts. 338-349), se persigue a “facciones”, “parcialidades”, “confederaciones” y “reuniones” (arts. 315-319). La figura del art. 315 resulta paradigmática en este sentido, al castigar a quienes por diversos móviles, se conciertan entre sí para lograr determinados objetivos contrarios al orden público<sup>24</sup>.

Desde ese momento se inaugura una doble vía para sancionar a las asociaciones ilícitas: la de castigar a las verdaderas organizaciones criminales, por un lado, y por otro, perseguir las asociaciones que, no siendo propiamente criminales, “son contrarias al orden público”. Esto es, bajo una penalización general de las asociaciones ilícitas se acosaba por igual a las asociaciones criminales (llámese “bandas”, “cuadrilla”, “malhechores”) y a diferentes clases de asociaciones que no eran afines a los objetivos del Estado, con una clara función político-

---

<sup>21</sup> Últimamente, a partir de la lucha contra el terrorismo internacional, la Comisión europea (Documento 501PC0596) ha propuesto una serie de medidas para enfrentarlo, atajando la financiación de las organizaciones terroristas, sin que existan criterios claros de atribución de responsabilidad, que previamente sirvan para determinar cuándo estamos ante una organización terrorista, con clara merma de la seguridad jurídica y del derecho de asociaciones. Por otro lado, el Corpus Juris (art. 14 de la primera versión de 1997 y art. 13 en la versión 2000), el cual constituye el resultado del trabajo de un grupo de expertos encargados de armonizar los principios generales penales de los Estados miembros de la UE, considera la responsabilidad penal de asociaciones.

<sup>22</sup> Que no sólo respondería al propio injusto de las organizaciones, sino también serviría para asegurar un mínimo de garantías. Cfr. específicamente para las organizaciones criminales LAMPE, “Systemeunrecht und Unrechtssysteme”, ob. cit., pág. 734. Aunque el tema ha sido abordado más específicamente en relación a la criminalidad de empresa, Cfr. SHÜNEMANN, “La punibilidad de las personas jurídicas en el Derecho europeo”, pág. 600. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, ob. cit., págs. 216-221.

<sup>23</sup> Cfr. SANGUINETI RAYMOND, *El contrato de locación servicios*, Lima, Gaceta Jurídica, 2000, pág. 44.

<sup>24</sup> Cfr. GARCÍA-PABLOS, *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*, Barcelona, Bosch, 1977, págs. 17-21.

criminal de persecución política, donde se sanciona la sola participación en grupos hostiles, sin necesidad de cometer delitos (asociación para delinquir)<sup>25</sup>.

En el Derecho Comparado también se observa una funcionalidad de la figura desde la criminalización de grupos hostiles a los poderes constituidos, pasando por la persecución preventiva de las actividades terroristas, para finalmente centrarse en la criminalidad organizada<sup>26</sup>. En los últimos tiempos, como ya se ha puesto de manifiesto en el epígrafe 1, la penalización de las asociaciones para delinquir centra su atención en dos fenómenos relacionados con la globalización de las sociedades: la criminalidad organizada y el terrorismo internacional. Las dos grandes lacras que han proliferado al albor de la desregulación de los mercados. De ahí que en la revisión de los Tratados de la Unión Europea (en adelante UE), de Amsterdam 1997, los países miembros hayan hecho un esfuerzo por establecer las condiciones para afrontar de forma común los objetivos generales de garantizar a los ciudadanos europeos un "espacio de libertad, justicia y seguridad" (art. 2 Tratado de la Unión Europea, en adelante TUE). Este esfuerzo de política criminal común se centra fundamentalmente en la lucha contra "la delincuencia organizada o no, en particular el terrorismo, la trata de seres humanos y los delitos contra los niños, el tráfico ilícito de drogas y de armas, la corrupción y el fraude" (art. 29 TUE), para lo cual la UE debe buscar mecanismos con el fin de adoptar unas "normas mínimas en relación a los elementos constitutivos del delito y de las sanciones" en esta materia (art. 31 e) TUE). En suma, la UE toma conciencia de la necesidad de una política criminal común para hacer frente de manera eficaz frente a las diversas formas de criminalidad organizada (en definitiva, el terrorismo<sup>27</sup> y el tráfico de drogas son especies de ésta), con el objetivo de lograr un espacio de libertad y seguridad en el ámbito europeo.

La criminalidad organizada en auge en los últimos tiempos, aunque desprovista en principio de tintes ideológicos, al estar guiada fundamentalmente por la maximización de los beneficios, no ha escatimado esfuerzos por vincularse con el poder político (criminalidad de poder), ni en utilizar métodos terroristas para conseguir sus objetivos<sup>28</sup>. Criminalidad organizada y criminalidad del poder (corrupción) tiene como parangón -seguramente nunca antes visto- en la estructura creada por la asociación Montesinos-Fujimori, la cual se infiltró en las redes económicas y sociales del Perú, socabando las instituciones democráticas con el fin de hacerlas afines a sus designios económico-políticos<sup>29</sup>. Pero también podemos observar

---

<sup>25</sup> Cfr. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, "Función político-criminal de asociación para delinquir: desde el Derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado, en ARROYO ZAPATERO / BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Ediciones Univ. Castilla La Mancha /Univ. de Salamanca, 2001, Vol. II, pág. 649. Destaca la autora que los siglos XVIII y XIX al caracterizarse las sociedades europeas por su inestabilidad política, se da un especial auge a la utilización del Derecho Penal para la persecución política. De esta manera el delito de asociación ilícita se sitúa en el ámbito previo de la lesión como la alta traición y la rebelión, figuras centrales de los delitos contra el Estado y cometidos en el ámbito de los grupos. Es un momento de auge del Derecho Penal político.

<sup>26</sup> Vid. el estudio de SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, "Función político-criminal de asociación para delinquir: desde el Derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado", ob. cit., págs. 648-653.

<sup>27</sup> La consideración del terrorismo como especie de criminalidad organizada no es pacífica. Hay autores que sostienen que criminalidad organizada y criminalidad terrorista son formas de delincuencias totalmente distintas, porque mientras la primera busca el secretismo, la segunda necesita de la publicidad para infundir terror. Además, la criminalidad organizada tiene fines eminentemente económicos mientras que el terrorismo persigue fines políticos. Cfr. en este sentido VILLEGAS DÍAZ, *Terrorismo: un problema de Estado. Tratamiento jurídico en la legislación comparada. Especial referencia a los delitos de terrorismo en las legislaciones de Chile y España*, tesis doctoral, Universidad de Salamanca, inédita, 2002, págs. 263-267. Sin embargo, la doctrina mayoritaria considera que el tratamiento del terrorismo como subespecie de la criminalidad organizada se funda en que ambos conceptos poseen en común el elemento organizativo como consustancial a cada tipo de delincuencia y políticocriminalmente es recomendable un tratamiento de criminalidad común al fenómeno del terrorismo, sin enmarcarla en la emergencia. Vid. por todos MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia Tirant lo Blanch, 1999, 12<sup>o</sup> ed., p. 663.

<sup>28</sup> El caso más conocido es el del Narco-terrorismo declarado al Estado Colombiano en la década de los ochenta donde los cárteles no escatimaron métodos para sembrar el terror con el fin de amedrentar al Estado en su persecución penal.

<sup>29</sup> Las características de esta asociación, dos o más personas, asociadas para maximizar sus beneficios económicos y sus prebendas políticas (condicionantes de sus beneficios económicos), utilizando métodos

ejemplos de vinculaciones entre criminalidad económica y criminalidad del poder en los casos GESCARTERA en España y ENRON en los Estados Unidos, mostrando una vez más que la criminalidad económica hace uso de la corrupción política para lograr sus objetivos ilícitos.

En el ámbito internacional varios foros se han ocupado especialmente de la lucha contra la criminalidad organizada y la tipificación de los delitos de asociaciones para delinquir. El “Proyecto de Convención de Naciones Unidas contra la criminalidad transnacional organizada”, de marzo de 1999, obligaría a los Estados que ratifiquen la Convención a la tipificación penal de las conductas de “participación en una organización criminal”. Se considera “grupo criminal organizado” (art. 2 bis a) “a un grupo estructurado de tres personas o más existente desde hace un cierto tiempo y que tiene por fin la comisión de infracciones graves para obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero o material de otro tipo”<sup>30</sup>. Esta definición destaca los siguientes elementos:

- a) El carácter estructurado u organizado del grupo o asociación.
- b) La permanencia del mismo.
- c) La comisión de infracciones graves.
- d) Finalidad económica o material (directa o indirectamente).

De otro lado, el XVI Congreso Internacional de Derecho Penal, celebrado en Budapest, en septiembre de 1999 se ocupó de “Los sistemas de justicia penal ante el desafío del crimen organizado”. En este evento se llegó a definir las características del crimen organizado<sup>31</sup> con los siguientes datos:

- a) La división del trabajo y la disolución de la responsabilidad individual en el seno de la organización.
- b) La intercambiabilidad de los individuos.
- c) El secreto.
- d) La mezcla de actividades legítimas e ilegítimas.
- e) La capacidad de neutralizar los esfuerzos de aplicación de la ley (por ejemplo por medio de la intimidación, la corrupción).
- f) La capacidad especial de transferencia de las ganancias.

El congreso definió el crimen organizado como un tipo de delincuencia que persigue la obtención de poder y/o lucro a través de una organización fuertemente estructurada.<sup>32</sup> Con estas características definitorias del crimen organizado el Derecho Penal se plantea nuevos retos al tratarse de un tipo de criminalidad compleja, donde resultan notas fundamentales: la organización, el fin de obtención de poder y/o lucro, a través de medios ilícitos (que de por sí constituyen delito). Dentro de los instrumentos del Derecho Penal para hacer frente al crimen organizado, destaca la incriminación de la pertenencia a una organización criminal, entendiendo la “pertenencia” como la creación, dirección, financiación o adhesión a la asociación. No se requiere la participación en la comisión de delitos, basta con la pertenencia a una estructura estable de la organización<sup>33</sup>. Como posibilidades de respuesta penal el legislador puede seguir tres vías: la circunstancia agravante, la doble sanción (una por la pertenencia y otra por la infracción cometida por el acusado en beneficio de la asociación) o, el

---

mafiosos, con una permanencia en el tiempo, hacen de la asociación Montesinos-Fujimori una verdadera asociación para delinquir. No es de extrañar pues, que la legislación anticorrupción diseñada para dismantelar este entramado criminal se haya centrado en dos figuras afines a la lucha contra la criminalidad organizada: la utilización de beneficios penales para favorecer la colaboración procesal y las medidas de protección de testigos y colaboradores con la justicia Ley N° 27378 y Ley N° 27379 de diciembre de 2000.

<sup>30</sup> Cfr. BLANCO CORDERO / SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, “Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y de los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio”, en AA. VV., *Criminalidad Organizada*, Univ. de Castilla La Mancha, 1999, págs. 17 y ss.

<sup>31</sup> Vid. ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL, *Carta Informativa*, N° 2, 1999, pág. 91.

<sup>32</sup> Ob. ult. cit.

<sup>33</sup> Cfr. ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL, *Carta Informativa*, ob. cit., pág. 95.

sistema del concurso (doble declaración de culpabilidad, con pronunciamiento de una única pena)<sup>34</sup>.

En el ámbito de la Unión Europea el Consejo ha adoptado la “Acción Común relativa a la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea”, de 21 de diciembre de 1998, sobre la base del art. 31 TUE citado. La organización delictiva se define en el art. 1 como “una asociación estructurada de dos o más personas, establecida durante un cierto período de tiempo, y que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o de una medida de seguridad privativa de libertad de al menos cuatro años como mínimo o con una pena más severa, con independencia de que esos delitos constituyan un fin en sí mismo o un medio para obtener beneficios patrimoniales y, en su caso, de influir de manera indebida en el funcionamiento de la autoridad pública”<sup>35</sup>.

También en la línea de conseguir un mínimo común en relación a los elementos constitutivos del delito y de las sanciones, se ha desarrollado entre los años 1998-2000 el “Proyecto común europeo de lucha contra la criminalidad organizada”, dirigido por el Profesor de la Universidad de Palermo Vincenzo Militello<sup>36</sup>. Siguiendo el método de comparar las diversas legislaciones de los países miembros los trabajos han concluido en una propuesta de normas penales comunes europeas en esta materia, concretamente sobre:

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

Aunque todas estas propuestas conforman un todo orgánico en tanto programa de política criminal en materia penal y procesal penal, este trabajo se centrará en el análisis del modelo de “participación en una organización criminal”, considerando esta propuesta como paradigma a contrastar con la legislación española vigente, concretamente con la figura de “asociación para delinquir” del art. 515 CP que sería la figura correspondiente del Derecho español.

Recientemente, con motivo de los atentados del 11 de septiembre de 2001 en los Estados Unidos, la Unión Europea ha adoptado una serie de medidas contra organizaciones consideradas terroristas o colaboradoras con el terrorismo. La Propuesta de Reglamento del Consejo (Documento 501PC0569) considera como objetivo polítocriminal fundamental atajar las fuentes de financiación del terrorismo, para lo cual establece como medida la “congelación de capitales” pertenecientes a las personas físicas o jurídicas, entidades u organismos enumerados en una lista confeccionada de organizaciones terroristas.

Particularmente en España el fenómeno de criminalidad organizada que mayor incidencia tiene en la sociedad es sin duda el terrorismo<sup>37</sup>. La especial repercusión de la violencia terrorista proveniente de las reivindicaciones separatistas de algunos sectores del País Vasco, propiciaron que incluso bastante entrada la democracia se promulguen legislaciones de signo excepcional. Esto es, respuestas represivas, caracterizadas por las restricciones de garantías tanto del ámbito penal, como procesal penal y penitenciario<sup>38</sup>. El código penal de 1995 que incorpora la legislación antiterrorista a la normativa penal general, mantiene sin embargo resabios de la excepcionalidad al tipificar ámbitos previos de la comisión de delitos como el

---

<sup>34</sup> Cfr. ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL, *Carta Informativa*, ob. cit., pág. 96.

<sup>35</sup> Cfr. *Diario Oficial de Las Comunidades Europeas*, Nº L 351/1 de 29 de diciembre de 1998.

<sup>36</sup> Vid. la publicación del mismo MILITELLO / HUBER (eds.), *Towards a european criminal law against organise crime*, Freiburg, Max Planck Institut, 2001.

<sup>37</sup> Cfr. PIFARRÉ, “La criminalità organizzata in Spagna”, en MILITELLO / PAOLI / ARNOLD (COORD.), *Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale. Forme di manifestazione, prevenzione e repressione in Italia, Germania e Spagna*, Giuffrè Editore / Max Planck Institut, 2000, págs. 127-142.

<sup>38</sup> Vid. LAMARCA PÉREZ, *El tratamiento jurídico del terrorismo*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1995; SERRANO-PIEDCASAS, *Emergencia y crisis del Estado Social. Análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación*, Barcelona, PPU, 1988.



delito de favorecimiento del art. 575 CP y de colaboración del 576 CP con organizaciones terroristas.

Indudablemente los últimos objetivos de lucha a nivel mundial contra la criminalidad de organizaciones se está centrando en las diferentes formas de tráficos ilícitos y en especial en la criminalidad organizada terrorista. Las dificultades que plantea una tipificación penal de delitos de participación en asociación criminal por la vaguedad de la descripción típica, en clara confrontación con la taxatividad penal, se acrecienta más cuando se asocia al delito de terrorismo, que de por sí resulta difícil de delinear.

En todo caso, según la Propuesta del Proyecto Común Europeo (en adelante Propuesta) cualquier tipificación del delito de participación en una organización criminal debe intentar definir:

- a) La organización, como elemento fundamental de estas figuras (de ahí el cambio de nomenclatura tradicional de “asociación” a “organización” criminal). Definida en algunos casos por el número de integrantes (mínimo tres personas), y por cierta permanencia en la actividad (para distinguirla de los actos preparatorios de la conspiración), la Propuesta ha optado, creemos que con razón, por acentuar el carácter organizativo en la *división de funciones* y la existencia de un *programa criminal común*<sup>39</sup>. Es decir, más que por la existencia de elementos objetivos (como cantidad de participantes o permanencia en el tiempo, tradicionales en la jurisprudencia española), la organización se definiría por su carácter funcional de estructura (reparto de funciones, elemento de tipo objetivo) y por su carácter programático (la comisión de determinados delitos). Nótese que esta definición de organización no se pronuncia por los *finés* (ilícitos directa o indirectamente, lucro o búsqueda de poder) que sí encontramos en otras propuestas.
- b) La punibilidad es de *participación* en la organización criminal, no de pertenencia como se suele considerar en algunas definiciones y se interpreta en la legislación española. Es decir, lo que se castiga son formas de participación en delitos cometidos por la organización criminal, esto es, aportes o contribuciones no ocasionales para la comisión de delitos del programa de la organización criminal o para el mantenimiento de sus estructuras operativas. En realidad la figura de “participación en organización criminal” se define así como un tipo general de participación en delitos de grupo, que dentro de los esquemas tradicionales da autoría y participación difícilmente resultarían aceptables. Se trata de la punibilidad de cooperadores necesarios de delitos de organizaciones cuyas figuras más próximas en la legislación española serían los delitos de colaboración terrorista del art. 576 CP y favorecimiento terrorista del art. 575.
- c) La Propuesta incide en que los delitos del programa criminal deben tener carácter *grave*, para no dejar abierta cualquier posibilidad de delitos de referencia. La gravedad de los delitos la determinará cada Estado según sus particulares circunstancias, cuestión a valorar positivamente porque cada Sociedad debe establecer la relevancia de su propia criminalidad. En todo caso la Propuesta establece un mínimo: los delitos de homicidio doloso, secuestro, tráfico de estupefacientes, blanqueo de dinero y tráfico de seres humanos, serán siempre considerados graves. Llama la atención a primera vista la no consideración del delito de terrorismo, quizás por las especiales circunstancias del caso español, pero debe reconocerse que las dificultades para llegar a acuerdos en materia de terrorismo son considerables, debido no sólo a razones de orden político, sino también de tipo jurídico<sup>40</sup>. En todo caso, el hecho que no esté en el catálogo de mínimos no impide que el propio Estado, por sus propias particularidades, lo incluya.
- d) Por último, debe distinguirse la penalidad en orden al grado de participación en la organización criminal. Quienes son fundadores o dirigentes de la organización criminal deben tener mayor pena que otros participantes como financiadores, miembros activos, promotores, etc.

---

<sup>39</sup> Vid. MILITELLO, “La partecipazione all’organizzazione criminale come modello di incriminazione europea” en MILITELLO / HUBER (eds.), *Towards a european criminal law against organised crime*, ob. cit., pág. 207.

<sup>40</sup> No sólo está la discrepancia ya mencionada de considerar al terrorismo como forma de crimen organizado, sino también el tratamiento como figura especial determina la necesidad de tipificaciones de delitos de terrorismo a las que es muy difícil llegar sin caer en tipos totalmente abiertos.

### 3. El controvertido tema del bien jurídico protegido.

Si se trata de una figura de adelantamiento de la intervención penal porque penaliza un ámbito previo a la de la comisión de delitos, cual es la participación en una organización que tiene un programa criminal, la cuestión de determinar cuál es el bien jurídico tutelado resulta bastante complicada, ya que no solo está la ofensa del propio delito, sino también la ofensividad a los bienes jurídicos de los delitos que comete la asociación criminal.

Es particularmente evidente para la Sociedad la dañosidad social de una asociación criminal, máxime después de haber demostrado un potencial criminógeno inusitado con los atentados del 11 de septiembre de 2001, pero establecer el bien jurídico tutelado en el delito de asociaciones ilícitas desde el prisma de un Derecho Penal fundado en la lesividad material de los ilícitos se plantea como un asunto controvertido, de difícil solución.

Si recurrimos a una interpretación sistemática del bien jurídico se trataría de un delito contra el ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Esto es, que atenta concretamente contra el recto ejercicio del derecho de asociación. Se trataría de salvaguardar el recto ejercicio de un derecho constitucional cuyo abuso puede resultar punible. Sin embargo, estoy de acuerdo con García Pablos cuando sostiene que “quien se asocia para ‘matar’ no ejerce abusivamente el ‘derecho’ de asociación, no rebasa los ‘límites’ de este derecho, sino que actúa ‘fuera’ de todo derecho, actúa ‘contra’ el derecho”<sup>41</sup>. Es decir, según la terminología acuñada por Roxin “aparatos organizados al margen del Derecho”<sup>42</sup>.

En el Derecho Comparado la discusión del bien jurídico del delito de asociaciones ilícitas tampoco ha sido un tema pacífico. Las tesis más seguidas apuntan los siguientes objetos de protección:

- a) El orden público. Es el objeto de protección en este delito para la doctrina dominante de Alemania, Italia y Francia. Es verdad que en estos países, la sistemática de este delito clasificada como un delito contra el orden público ha marcado esta concepción del bien jurídico. Pero la polémica versa en qué se entiende por orden público, siendo también un concepto vago e indeterminado.
- b) La autotutela del poder del Estado. Aunque es una postura poco extendida, es muy interesante entenderla hoy en día que las asociaciones criminales se confrontan con los propios Estados constituidos. El valedor más autorizado de esta teoría es Patalano en Italia, para quien la asociación criminal, en cuanto “organización”, es una “institución”, capaz de realizar su “propio ordenamiento” y de imponerse al propio Estado<sup>43</sup>.

De acuerdo con otra interpretación sobre el bien jurídico tutelado en el delito de participación en una asociación criminal, se podría unir los dos últimos criterios, considerando que lo que se ofende es el orden público, entendido como la exclusividad del orden jurídico estatal. Aplicando las tesis institucionalistas de Sancti Romano y de Hauriou, y reconociendo que las asociaciones que tienen como fin cometer delitos son una institución que se confrontan al Estado, el objeto de tutela sería precisamente el orden público entendido como el orden jurídico que emana del Estado legítimamente constituido, el cual se ofende cuando una asociación tiene por finalidad cometer delitos<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> *Asociaciones ilícitas en el Código penal*, ob. cit., pág. 127.

<sup>42</sup> ROXIN, “Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada” en FERRÉ OLIVÉ / ANARTE BORRALLA, *Delincuencia organizada*, Huelva, Fundación El Monte, 1999, págs. 191 y ss.

<sup>43</sup> Cfr. GARCÍA PABLOS, *Asociaciones ilícitas en el Código penal*, ob. cit., pág. 143, quien hace suya esta postura.

<sup>44</sup> Cfr. ARDIZZONE, “L’associazione per delinquere in Italia: rilevanza normativa e caratteristiche strutturali”, MILITELLO / PAOLI / ARNOLD (COORD.), *Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale*, ob. cit., pág. 186.

Sin embargo, desde una interpretación de *lege ferenda*, coincido con las posturas que consideran que no estamos frente a un delito con una ofensividad propia, es decir, es un ilícito carente de un bien jurídico propio. En los delitos de asociación para delinquir, participación en asociación criminal o también llamados simplemente de asociaciones ilícitas, no estamos ante ilícitos contra el orden público, la tranquilidad pública o cualquier bien jurídico colectivo y difuso que se pretenda instituir, sino ante un delito destinado a reprimir comportamientos criminógenos de peligro para otros bienes jurídicos. En realidad tutela los bienes jurídicos que protege el resto de los tipos penales de la Parte Especial<sup>45</sup>. Esta es una muestra más de las dificultades teóricas que plantea la figura de la asociación para delinquir dentro de un Derecho Penal del hecho.

Pero si bien creo que estamos frente a una figura previa a la lesión de los bienes jurídicos de referencia (los delitos cometidos), parece más propio que entenderla como un delito de peligro, considerarla más bien *una regla general de participación cuando los hechos sean cometidos por organizaciones criminales*. Dadas las dificultades existentes para establecer la participación en los delitos cometidos por la criminalidad organizada, el ordenamiento regula con carácter general sus formas de intervención.

#### 4. El comportamiento delictivo.

Teniendo en cuenta la Propuesta de “participación en una organización criminal” el tipo penal español correspondiente, el art. 515 CP, se aleja mucho de una descripción similar de una conducta prohibida. El tipo penal descansa en la punibilidad de las asociaciones ilícitas, estableciendo los casos en que se consideran las asociaciones ilícitas, considerando en primer lugar las que tienen por fin la comisión de delito, pero no describe para nada la conducta prohibida de pertenencia, colaboración, fundación, etc. en la organización criminal. El art. 518 CP castiga formas de cooperación a la estructura de la organización de tipo económico o de cualquier otra índole, acercándose más en todo caso este precepto a una parte de la Propuesta.

La Propuesta se esfuerza por definir los elementos objetivos y subjetivos del tipo de participación en organización criminal. Desde el punto de vista *objetivo*, la contribución del sujeto debe tener carácter no ocasional, vinculada tanto a la perpetración del delito comprendido dentro del programa criminal de la organización, como al funcionamiento del aparato de la misma, ya sea de tipo operativo o logístico. Desde el punto de vista *subjetivo*, el sujeto debe representarse el carácter instrumental de su contribución, es decir debe saber que su contribución va a servir para perpetrar los delitos del programa criminal de la organización o para coadyuvar al funcionamiento del aparato estructural de la organización<sup>46</sup>.

En la legislación española además de no describir prácticamente elementos en el tipo, simplemente que tenga la finalidad de cometer delitos, no hace ninguna referencia a la gravedad de los delitos que comete la organización. Con lo cual se presenta una posibilidad de *numerus apertus* totalmente contraria a los principios de intervención mínima del Derecho Penal.

De acuerdo al principio de proporcionalidad, la descripción típica debe distinguir formas de contribución principalmente entre los fundadores y dirigentes del resto de miembros de la organización. Los primeros y segundos demuestran mayor peligrosidad en la medida que son quienes idean el programa criminal de la organización y, por tanto, no son fácilmente sustituibles.

---

<sup>45</sup> Cfr. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, “Función político-criminal de asociación para delinquir: desde el Derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado”, ob. cit., pág. 674, quien sigue a Schroeder, Rudolphi y Maurach en esta interpretación.

<sup>46</sup> MILITELLO, “La partecipazione all’organizzazione criminale come modello di incriminazione europea”, ob. cit., pág. 207.

En la legislación española se ha entendido tradicionalmente la punibilidad de la “pertenencia” en la agrupación criminal, para distinguirla de los delitos de “colaboración” con la asociación criminal. El art. 515 CP penalizaría a aquellos que formando parte de la asociación criminal, los *intraneus*, no se les puede castigar por ningún delito cometido<sup>47</sup>. Pero establecer la pertenencia a una organización criminal es desde el punto de vista probatorio prácticamente imposible, porque como es lógico, estas no dan carnet de afiliación.

## 5. Problemas de consumación.

Tratándose de un tipo de adelantamiento de la intervención penal, en el que se penaliza un momento previo a los actos ejecutivos de los delitos finales, el determinar la lesividad del ilícito no resulta del todo pacífica. Desde una interpretación de *lege lata*, del art. 515 CP en la que se conceptúa el bien jurídico el recto ejercicio del derecho de asociación, se trataría de un delito que vulnera un bien jurídico colectivo, institucional, en el que basta la mera existencia de la asociación criminal para la consumación del mismo, penalizando a sus integrantes. No se requiere que el delito perseguido por las asociaciones llegue a cometerse, ni siquiera que se haya iniciado la fase ejecutiva del mismo<sup>48</sup>. Se trataría de un delito de mera actividad, de carácter permanente mientras se constate la existencia de la asociación criminal.

Si estamos ante un delito de adelantamiento de la intervención penal, ya sea anclados en los actos preparatorios o en el peligro al bien jurídico, no es posible pensar en la punibilidad de actos preparatorios, aunque el CP español del 95 sí lo contempla (art. 519 CP), con grandes críticas de la doctrina.

Si seguimos la tesis de que estamos ante una regla general de participación en una organización criminal, sólo puede aplicarse cuando se ha consumado el o los delitos finales. Esta es la interpretación que consideramos más correcta.

## 6. Concursos: relación con otras figuras delictivas.

Al tratarse de un delito consistente en la punibilidad de ámbitos previos favorecedores de otros delitos, la conexión con esos otros delitos resulta problemática. ¿Si un sujeto perteneciente a una asociación criminal realiza el delito programático de la asociación debe castigársele por dos delitos independientes o debe aplicarse la consunción del delito más grave? En suma, ¿estamos ante un concurso real o ideal de delitos?

Si se postula la sustancialidad del bien jurídico protegido por el delito de participación en una asociación criminal debe considerarse la existencia de un concurso real de delitos (art. 50 CP). Así lo suele considerar la jurisprudencia española sobre todo en los casos de delitos de terrorismo, aumentando exacerbadamente las penas.

Si, como hemos venido sosteniendo, se trata de una regla general de participación en organización criminal no puede hablarse de concursos de delitos, simplemente se aplicará cuando el delito final se haya consumado.

---

<sup>47</sup> Quintero Olivares resalta el carácter superfluo de esta disposición porque en los delitos graves de criminalidad organizada como terrorismo, tráfico de drogas o blanqueo de dinero, el CP ya contempla figuras similares. Cfr. QUINTERO OLIVARES, en FERRÉ OLIVÉ / ANARTE BORRALLA, *Delincuencia organizada*, Huelva, Fundación El Monte, 1999, pág. 190. Entonces esta figura sólo puede consistir, tal como está construida ahora en un mero “cajón de sastre”.

<sup>48</sup> Cfr. TAMARIT SUMALLA, “Art. 515 CP”, en QUINTERO OLIVARES (DIR.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, ob. cit., pág. 2092.

## 7. Problemas de autoría y participación.

Quizás el tema más espinoso de los delitos cometidos por las organizaciones criminales sea el asunto de la determinación de la responsabilidad penal individual. En realidad, la consideración de la asociación criminal como una institución propia, con una sustancialidad distinta a la de sus integrantes, choca con principios básicos del Derecho Penal clásico como es el de culpabilidad en su vertiente de responsabilidad personal. De esto se hizo eco el Congreso de la AIDP de Budapest de 1999 mencionado, donde se señaló: "... las categorías tradicionales de la autoría y participación pueden no ser suficientes para encauzar la responsabilidad de estos individuos. En la medida en que las categorías tradicionales de autoría y participación son consideradas insuficientes, debería preverse una prudente modernización de estas categorías a partir del principio de responsabilidad organizativa"<sup>49</sup>.

Esta es una problemática que puede presentarse en prácticamente todos los delitos realizados dentro de aparatos organizados, llámese bandas criminales, organizaciones empresariales, organismos del Estado, organismos paramilitares etc. y los problemas dogmáticos para llegar a establecer la responsabilidad de los verdaderos ejecutores del plan, de los sujetos situados en la cúpula de la organización, son bastante álgidos. No debe olvidarse que en los delitos cometidos por organizaciones criminales hay un reparto de roles, en una estructura funcional, donde normalmente son unos sujetos los que planifican y, otros los que ejecutan las órdenes. Normalmente los sujetos que planifican son los que dirigen la organización y los sujetos que intervienen en las esferas más bajas de la organización son precisamente quienes *ejecutan* el plan criminal<sup>50</sup>. Por eso suele no coincidir quien realiza materialmente los hechos, con quien concibe el plan criminal, quedando disociada la parte objetiva y subjetiva del delito en diversos sujetos. Presentándose la paradoja, difícilmente resoluble por parte del Derecho Penal, que quienes realizan materialmente el delito son en realidad quienes menos poder de decisión han tenido sobre la ejecución final del mismo.

Por eso la dificultad mayor consiste en cómo hacer responder penalmente a los que dirigen las organizaciones criminales, quienes no intervienen directamente en la realización de los hechos concretos que llevan a cabo otros, siendo aquéllos quienes asumen el diseño, planificación y control final de su realización.

El que se ocupó por primera vez de este tema fue ROXIN<sup>51</sup>. Este autor planteó la tesis del "autor detrás del autor", imputando al hombre de atrás que ordena en el ámbito de aparatos organizados de poder la categoría de autor mediato, pese a que los ejecutantes del delito son autores también responsables. Pero esta tesis no ha sido totalmente aceptada porque presupone una fungibilidad total de los miembros más bajos de la estructura, cosa que no siempre es cierta, ya que en muchos casos los sujetos que llevan a cabo el delito no son intercambiables y actúan en estrecha relación con los dirigentes. Para el profesor Muñoz Conde, la categoría que mejor se adapta a esta forma de realización de delitos es la *coautoría*, en las que el cerebro o principal responsable no está presente en la ejecución, por lo que el reparto funcional de roles da lugar a una autoría compartida<sup>52</sup>. También en la doctrina

---

<sup>49</sup> ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL, *Carta Informativa*, ob. cit., pág. 92.

<sup>50</sup> Obsérvese que esta **disociación entre quien actúa y quien planifica el hecho criminal**, que es una constante en todo delito cometido a través de organizaciones, permite salvar por ambos lados el problema moral de la conciencia frente al delito: el que planifica no ve finalmente a la víctima, ni el que ejecuta se siente del todo responsable de los hechos porque responde a un plan general no diseñado por él. Esto parece haber sucedido en el aparato organizado nazi, donde la ejecución de millones de personas no plantó a sus ejecutantes ningún problema de conciencia.

<sup>51</sup> "Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate", GA, 1963. Se puede encontrar su versión actualizada en español: del mismo, "Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada", en *Revista Penal*, 1998, págs. 61 y ss.

<sup>52</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, "Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada", en FERRÉ/ANARTE (EDS.), *Delincuencia organizada*, ob. cit., en pág. 155.

española se han pronunciado en contra de la solución de la autoría mediata del “hombre de atrás” Hernández Plasencia<sup>53</sup> y Díez Ripollés<sup>54</sup>.

En definitiva, sea que se adopte una teoría objetivista, subjetivista, normativista o del dominio del hecho de la autoría y participación, la solución de individualizar responsabilidades en delitos cometidos dentro de una estructura organizada, desconoce que los delitos cometidos en estos ámbitos responden a una actitud criminal del grupo, por lo que se trata de una responsabilidad de organización por una conducta de la propia organización<sup>55</sup>.

La Propuesta establece una importante novedad en este sentido. En los casos de organizaciones altamente estructuradas y jerárquicamente dirigidas, los jefes responderán por los delitos cometidos por los miembros de la organización. En este caso se ha seguido las recomendaciones del Congreso de la AIDP de Budapest en el cual se recomienda el principio de “responsabilidad de la organización”, por el cual los jefes responden por los delitos cometidos por los miembros de la propia organización. Parece bastante aceptable esta propuesta porque sin entrar en discusiones dogmáticas, resuelve la demanda políticocriminal de sancionar a los “peces gordos” con las penas que le correspondería como ejecutantes directos de los delitos.

En este ámbito también destaca en la Propuesta la consideración de las personas jurídicas como partícipes en una organización criminal cuando su actividad institucional se transforme en pantalla para desarrollar el programa de acción de una organización de carácter delictivo. Nuevamente la Propuesta se adelanta a los proyectos de índole penal de establecer la responsabilidad penal de la propia persona jurídica. En realidad en un Derecho Penal fundado en la responsabilidad individual no podría hablarse de la responsabilidad como partícipe de una persona jurídica. Sin embargo, es de valorarla positivamente puesto que en la realidad esta situación de empresas “tapadera” de organizaciones ilícitas, ha proliferado en los últimos tiempos aprovechando las lagunas de punibilidad de las legislaciones.

## 8. Las penas aplicables.

La cuestión de las penas aplicables a las asociaciones criminales ha tenido una especial incidencia en los últimos tiempos al hilo del auge de la criminalidad organizada y de las descomunales ganancias ilícitas que ella genera. Las sanciones que más efectos preventivo especiales son las que inciden sobre las propias ganancias y sobre los efectos del delito, impidiendo a la asociación volver a cometer los ilícitos. De ahí que el comiso sea la sanción recomendada por la AIDP, entendida como la confiscación de bienes y productos derivados del delito. Se recomienda también que el comiso no sea tratada como una medida cautelar, sino como una propia sanción penal<sup>56</sup>.

La Propuesta establece importantes distinciones de penalidad del delito de participación en organización criminal, en orden al principio de proporcionalidad:

- a) La propia pertenencia no puede superar la mitad de la pena prevista por el delito más grave que forme parte del programa delictivo de la organización.

---

<sup>53</sup> HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata en Derecho Penal*, Granada, Comares, 1996, pág. 276, quien se pronuncia por la tesis de la complicidad o la cooperación necesaria.

<sup>54</sup> Díez Ripollés, “Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo CP”, en *El sistema de responsabilidad en el nuevo CP*, Cuadernos de Derecho Judicial, 1998, pp. 245-252.

<sup>55</sup> Más extensamente Cfr. LAMPE, “Systemunrecht und Unrechtssysteme”, en ZStW, N° 106, 1994, págs. 695-697, para quien las organizaciones criminales, como las empresas y las organizaciones del Estado deben ser tratadas por el Derecho Penal como un sistema distinto a sus miembros.

<sup>56</sup> ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL, *Carta Informativa*, ob. cit., pág. 93.

- b) Cuando la actividad delictiva de la organización se desarrolle en varios países miembros, la pena se aumentará en una mitad.
- b) Los fundadores y dirigentes de la organización no podrán tener pena inferior al triple de la pena prevista para la pertenencia.

De otro lado, en el ámbito internacional se está disponiendo medidas para atajar la financiación de las organizaciones terroristas. La UE está contemplando medidas para “congelar las cuentas”, “prohibir los movimientos de capitales” de personas y organizaciones consideradas terroristas o que colaboran con el terrorismo. Sin duda, desde el punto de vista de la eficacia este tipo de medidas resultan bastante justificables, pero desde el punto de vista de las garantías resultan más bien muy cuestionables. ¿Con qué criterio se establece el carácter de terrorista de la organización? ¿Cómo se establecen las organizaciones colaboradoras con organizaciones terroristas? ¿Qué garantías tenemos frente a un embargo de este tipo? Son preguntas que quienes han formulado estas medidas están en incapacidad de responder, lo cual deviene alarmante para una sociedad civil que ha ganado muchas libertades a lo largo de los últimos siglos.

## 9. Consideraciones finales.

El modelo propuesto de participación en organización criminal cumple una función políticocriminal de facilitación de la prueba en los delitos cometidos en organizaciones, pues permite la investigación en el ámbito previo de otros delitos, investigación que de otro modo sería imposible. Esto se favorece aún más con las medidas procesales premiales o de favorecimiento de la disociación, así como con las mayores competencias policiales que suelen acompañar a este delito<sup>57</sup>. Particularmente en los delitos instaurados en la “emergencia” terrorismo, narcotráfico, crimen organizado, sirve de cobertura legal para ampliar la intervención a ámbitos que el Derecho Penal clásico no lo hubiera soportado.

También hay que decir que el problema probatorio en los delitos cometidos por organizaciones es muy complicado, porque muchas veces los sujetos de las escalas más bajas no poseen la información suficiente como para declarar sobre la parte objetiva y subjetiva del delito y, los códigos de amedrentamiento dentro de la propia organización dificultan sobre manera las investigaciones. Por eso también esta figura sirve la función de “tipo de recogida” cuando no se puede probar la realización del delito, sobre todo en los casos de dirigentes de la organización que no realizan directamente el mismo<sup>58</sup>.

Sin embargo, pienso que por un afán garantista no se puede desconocer el extraordinario poder criminógeno que están teniendo actualmente las organizaciones criminales y el Derecho Penal debe idear mecanismos más idóneos para hacerles frente dentro de un marco de racionalidad y efectividad. Se trataría de rediseñar criterios de imputación penal para los ilícitos cometidos en el seno de organizaciones, al igual como sucede con la criminalidad de empresa<sup>59</sup>.

Desde las medidas aplicables a los criterios de imputación para aplicarles sanciones, en este momento carecemos de instrumentos para aplicar sanciones penales a la organización criminal como tal. Es decir, si las medidas adoptadas por el Consejo a propósito de los atentados terroristas 11S, así como el propio comiso de las ganancias, han de ser aplicados, se hará sin garantías, sin mecanismos adecuados de imputación, dejando a la arbitrariedad la determinación de su aplicación.

---

<sup>57</sup> Cfr. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, “Función político-criminal de asociación para delinquir: desde el Derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado”, ob. cit., pág. 670

<sup>58</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, “Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada”, ob. cit., pág. 152.

<sup>59</sup> Cfr. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Navarra, Aranzadi, 2000, passim.

La solución propuesta de establecer un delito de participación en organización criminal viene a ser una respuesta prácticamente a caballo entre la responsabilidad individual y la responsabilidad de organización, puesto que tiene como eje de imputación a la organización, sancionando a los sujetos individuales (y personas jurídicas) que contribuyan en su programa criminal. Considero que esta propuesta quedaría más acabada considerándola como *regla general de participación en delitos cometidos por organizaciones criminales* y no sustanciándola como delito propiamente.

En todo caso, la lucha del mañana contra el crimen organizado en un mundo globalizado no puede pretender responder simplemente con el instrumento penal. La base social que genera las distintas formas de tráficos ilícitos, consistente en el aumento de las desigualdades de las últimas décadas, la insolidaridad y el afán desmedido de riquezas, tiene que ser abordada con múltiples políticas generales también a nivel mundial. La seguridad de aquellos sectores mundiales que se ven amenazados depende del bienestar mínimo que toda existencia humana merece en cualquier parte del mundo.

La lucha contra la criminalidad organizada tampoco puede servir para acallar a las organizaciones que discrepan con el orden mundial imperante. El respeto al derecho de asociación, a la libertad de pensamiento, deben protegerse con cautela frente a las demandas de mayor intervención y deslegitimación de los grupos disidentes. La disidencia, que no desborda el marco del CP, es permitida sin tapujos en un Estado de Derecho.

Por ello no se trata de parcializar el problema en la intervención penal, sino diseñar un programa integral de Política Criminal haciendo un estudio científico de las distintas formas de criminalidad organizada, para realizar planteamientos apropiados de prevención según sus particulares características<sup>60</sup>. Concretamente en lo que respecta a la reacción criminal el futuro de la lucha contra las organizaciones criminales pasa por estructurar mecanismos de imputación comprendiendo la violencia colectiva, la responsabilidad organizativa, la actitud criminal del grupo y sus vinculaciones con la criminalidad de empresa.

---

<sup>60</sup> Sobre el método en un programa integral de Política Criminal Vid. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Política Criminal*, ob. cit., págs. 159-249.