



VNiVERSiDAD D SALAMANCA

DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO GENERAL

ÁREA DE DERECHO PENAL

PROGRAMA DE MÁSTER EN DERECHO PENAL

**“LOS DELITOS DE ORGANIZACIÓN: ESPECIAL ATENCIÓN A SU REGULACIÓN
EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL Y A LOS PROBLEMAS RELACIONADOS CON
LA INTERVENCIÓN DELICTIVA”**

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

Por

KARL ANDREI BORJAS CALDERÓN

Dirigido por

Dr. D. MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO

2013

“Dedico el presente trabajo a la única organización dueña de mi vida, fuente de mis fuerzas, sueños y éxitos: *Mi familia*. A ti querido padre, Jesús Eugenio. Para tan celestial mujer, mi madre Victoria Otilia. Y a vosotras, mis adoradas hermanas: Nathali Mirella, Emily Cristina y Nagheli Fernanda”.

“Y a quien supo ser el ángel de mi guardia. Ayer, hoy y siempre: A ti mamita Regina”.

“Hay hombres que luchan un día y son buenos.
Hay otros que luchan un año y son mejores.
Hay quienes luchan muchos años, y son muy buenos.
Pero hay los que luchan toda la vida, esos son los imprescindibles”

BERTOLT BRECHT

“Caminante, son tus huellas el camino y nada más;
Caminante, no hay camino, se hace camino al andar.
Al andar se hace camino, y al volver la vista atrás se ve la senda que nunca se ha de volver a pisar.
Caminante no hay camino sino estelas en el mar”

ANTONIO MACHADO

“Hay, hermanos, muchísimo que hacer”

CÉSAR VALLEJO

Agradezco infinitamente a la histórica y honorable UNIVERSIDAD DE SALAMANCA, por haberme permitido formar parte de todos aquellos que llevaremos su eterna vocación al conocimiento.

Agradezco a todos los profesores del Máster de Derecho penal, cuya sabiduría, fuera de las aulas, sigue latente en cada obra que han regalado a la comunidad jurídica.

Agradezco especialmente a tan magnífico profesor y tutor: MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, quién supo guiarme de manera impecable y pacientemente en el presente trabajo de investigación.

A usted mi gratitud vitalicia.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	9
INTRODUCCIÓN.....	10

CAPÍTULO I

EL DERECHO FUNDAMENTAL DE ASOCIACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

I. UN POCO DE HISTORIA.....	14
1. El fenómeno contrario al derecho de asociación.....	14
2. Reconocimiento del derecho de asociación	19
II. TRATAMIENTO JURÍDICO DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN.....	21
1. Definición.....	22
2. Dimensiones del derecho de asociación: El contenido esencial	26
III. ELEMENTOS DE LA ASOCIACIÓN	28
1. Factor colectivo.....	29
2. Organización estable	31
3. Factor teleológico.....	32
IV. ILEGALIDAD DE LA ASOCIACIÓN	33

CAPÍTULO II

RECONOCIMIENTO CRIMINOLÓGICO DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

I. EL NUEVO FENÓMENO DELICTIVO: DELINCUENCIA ORGANIZADA.....	38
II. EL IMPACTO DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA EN LA COMUNIDAD INTERNACIONAL	41
III. IDENTIFICACIÓN DE LAS PRINCIPALES ORGANIZACIONES CRIMINALES EN EL MUNDO	44
1. Las mafias italianas	44
2. Las mafias rusas	53
3. Los Yakuzas y las Tríadas chinas	54
4. Los carteles latinoamericanos de la droga	58
5. Las maras	63
6. El terrorismo global.....	66

IV.	LA SITUACIÓN DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA EN ESPAÑA	69
------------	---	-----------

CAPITULO III

ANÁLISIS JURÍDICO-PENAL DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

I.	PARÁMETROS PARA EL CONCEPTO DE DELINCUENCIA ORGANIZADA	74
II.	REGULACIÓN INTERNACIONAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA	78
1.	Naciones Unidas.....	79
2.	Unión Europea	82
3.	Otros organismos internacionales	88
III.	¿QUÉ ENTENDEMOS POR ORGANIZACIÓN DELICTIVA?	90
1.	Factor colectivo.....	91
2.	Estabilidad y vocación de permanencia	94
3.	El método delictivo para alcanzar los fines.....	95
IV.	EL INJUSTO EN LOS DELITOS DE ORGANIZACIÓN.....	100
1.	El injusto orientado hacia el sistema.....	101
2.	La arrogación del monopolio de la violencia estatal.....	103
3.	El injusto como doble imputación.....	105

CAPÍTULO IV

RESPUESTA PENAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA. ANÁLISIS DE LOS DELITOS DE ORGANIZACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

I.	LA POLÍTICA CRIMINAL CONTENIDA EN LA REFORMA PENAL DE 2010	108
II.	LOS DELITOS DE ASOCIACIÓN ILÍCITA	114
1.	Consideraciones previas.....	114
2.	Elementos constitutivos del delito nuclear de asociación ilícita.....	116
3.	Particularidades de los delitos de asociación ilícita	124
4.	Supuestos típicos.....	126
III.	EL DELITO DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL.....	131
1.	Modalidades del tipo básico (art. 570 bis, 1)	132
2.	Definición de organización criminal.....	135
3.	Tipos agravados (art. 570 bis, 2).....	136
4.	Tipo ultraagravado (art. 570 bis, 3).....	138

5.	Particularidades de la organización criminal	139
IV.	RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.....	140
V.	EL DELITO DE GRUPO CRIMINAL.....	141
VI.	EL DELITO DE ORGANIZACIÓN Y GRUPO TERRORISTA	143
VII.	VALORACIÓN DE LOS DELITOS DE ORGANIZACIÓN EN EL CP.....	145

CAPÍTULO V

LA INTERVENCIÓN DELICTIVA EN LOS DELITOS DE ORGANIZACIÓN

I.	CONSIDERACIONES PREVIAS	148
II.	PROBLEMAS DE LA INTERVENCIÓN DELICTIVA EN LA DELINCUENCIA ORGANIZADA.....	151
III.	EL INJUSTO DE ORGANIZACIÓN Y SU VINCULACIÓN CON LA INTERVENCIÓN DELICTIVA EN LOS DELITOS DE ORGANIZACIÓN.....	153
IV.	INTERVENCIÓN DELICTIVA EN LOS DELITOS COMETIDOS POR MEDIO DE LA ORGANIZACIÓN CRIMINAL. LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL DIRIGENTE DE LA ORGANIZACIÓN	158
1.	LA TEORÍA DE LA AUTORÍA MEDIATA POR APARATO DE PODER ORGANIZADO	158
A)	Análisis y observaciones de los elementos de la teoría de Roxin	160
2.	TESIS DE SCHROEDER Y LA INCLUSIÓN DE LA DISPOSICIÓN AL HECHO COMO PRESUPUESTO DEL DOMINIO POR ORGANIZACIÓN	173
A)	La idoneidad de la concurrencia de la disposición al hecho frente a las críticas de la autoría por organización	175
B)	La incidencia de la naturaleza de la organización delictiva en la ejecución de la orden delictiva	176
C)	La predisposición del autor inmediato en la ejecución de la orden delictiva.....	179
D)	La relación entre la organización criminal y el ejecutor	180
3.	TOMA DE POSTURA	182
V.	INTERVENCIÓN DELICTIVA EN LA CONFIGURACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN CRIMINAL.....	184
1.	Nexo funcional en la organización.....	184
2.	Intervención delictiva de los colaboradores	185
3.	Objeto de protección ante un injusto autónomo de los delitos de organización ..	186

CONCLUSIONES.....	187
BIBLIOGRAFIA.....	188

ABREVIATURAS

AA. VV.	Autores varios
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
Art.	Artículo
Arts.	Artículos
BOE	Boletín Oficial del Estado
Cap.	Capítulo
CE	Constitución española
Cit.	Citado
Comp.	Compilador
Comps.	Compiladores
CP	Código Penal
Dir.	Director
Dir.	Directores
Ed.	Edición
Eds.	Editores
FJ.	Fundamento jurídico
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
Loc. cit.	Locución citada
RP	Revista Penal
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
T.	Tomo
TC	Tribunal Constitucional español
UE	Unión Europea
UNED	Universidad Nacional de Educación a Distancia
Vol.	Volumen

INTRODUCCIÓN

La delincuencia organizada es una realidad incuestionable en nuestros días, representa una amenaza directa contra la seguridad y la estabilidad nacional e internacional, por ello su combate debe ser no solo de carácter estatal, sino que debe contar con todo el apoyo de la comunidad internacional. La realidad nos ha demostrado que la delincuencia organizada es la evolución de la delincuencia común, que irradia mayor peligrosidad tanto en el momento de actuar como por el sólo hecho de conformar una asociación criminal.

En ese sentido, la labor del Derecho penal, ante dicho fenómeno, debe ir acorde con los cambios mundiales que se han dado en los dos últimos siglos, pues, la delincuencia organizada también es fruto de esta metamorfosis. Asimismo, el Derecho penal deberá atender este problema –quizás– ya no con herramientas convencionales con que se le hacía frente a la delincuencia común, más aún, que sus principios se basan en la búsqueda de la responsabilidad individual del autor.

De manera que, desde el año 2000, mediante la Convención de Palermo, la mayoría de Estados del planeta acordaron ingresar en sus legislaciones penales, especialmente, el delito de pertenencia a una organización criminal. Tal decisión, creo que ha sido oportuna, sin embargo quedan muchos matices por dilucidar en relación a la implementación de nuevos delitos de organización en base a un Derecho penal garantista perteneciente a un Estado de Derecho.

En primer lugar, el presente trabajo tiene la intención de dejar en claro qué se entiende por delincuencia organizada y, presentar una nueva propuesta para la definición de organización criminal, sin elementos ambivalentes, subjetivos o abstractos. Estas dos precisiones son claves para enrumbar a una política criminal sin rasgos del Derecho penal simbólico o del enemigo, que, al mismo tiempo colabora con los efectos perjudiciales que asume la sociedad por completa. En segundo lugar, el catálogo de los delitos de organización deberá enfrentar todas las clases de la delincuencia organizada, ya que, este

fenómeno no tiene una sola manifestación. Por último, la interpretación dogmática de estos delitos deberá ser acorde con los principios del Derecho penal.

En ese sentido, he visto conveniente empezar por estudiar el derecho fundamental de asociación, ya que, entiendo que la interpretación constitucional servirá como fuente para cubrir aquellos vacíos legales que tiene, particularmente, el delito de asociación ilícita, que también forma parte de los delitos de organización en el Código Penal español. Del mismo modo, también será útil dicho estudio constitucional a fin de identificar los requisitos esenciales que conforma una asociación ya sea lícita o ilícita, para luego diferenciarla con el nuevo delito de organización criminal y terrorista.

Por otro lado, a pesar de que la doctrina muchas veces ha dedicado sus fuerzas al estudio de la delincuencia organizada hasta ahora no existe un criterio uniforme para reconocerla por completa. Asimismo, la doctrina poco a poco se ha dado cuenta que es necesario la participación de toda las ramificaciones de las ciencias penales para entender mejor a la delincuencia organizada. En específico, la criminología juega un papel importante en esta misión, más aún, que los estudios criminológicos sobre el delincuente organizado son mínimos. Por tal razón, en el capítulo II estimo oportuno examinar las principales manifestaciones de la delincuencia organizada para, luego, presentar un tratamiento legal general contra el fenómeno estudiado.

En el capítulo III se analizará el tratamiento jurídico-penal de la delincuencia organizada, examinando los indicadores que nos han brindado los acuerdos o tratados internacionales sobre el tema, para luego presentar lo definición de “organización criminal”. También es de provecho hacer mención de las tres teorías doctrinarias que justifican el injusto autónomo de los delitos de organización, estas nos servirán para asumir posición del injusto de organización.

Después, en armonía con las inclusiones y modificaciones que ha traído consigo la reforma penal de 2010 en España, se estudiará la respuesta penal que hace el legislador penal a la delincuencia organizada. Para ello se advierte, especialmente, de cuatro delitos de

organización: la asociación ilícita (art. 515), organización criminal (art. 570 bis), grupo criminal (art. 570 ter) y la organización y grupo terrorista (art. 571). Me detendré en el estudio de cada uno de los presupuestos típicos de los delitos mencionados con el objeto de verificar si los mismos guardan relación con una Política Criminal garantista.

Por último, considero necesario, abarcar el examen de las reglas de la intervención delictiva en los distintos niveles de los delitos de organización, vinculado con el injusto penal que se haya asumido. Para tal efecto, tengo como propósito verificar cuál es la fórmula penal que podría encajar a la responsabilidad penal del dirigente de una organización criminal. Igualmente, pretendo analizar la intervención delictiva en la organización criminal cuando esta solo este conformada sin haber ejecutado los delitos planificados.

En suma, el estudio penal de los delitos de organizaciones tiene suma importancia, ya que para enfrentar a la delincuencia organizada se deberá utilizar herramientas jurídicas pertenecientes, sólo, a un Estado de Derecho, dejando de lado aquellas ideas de que en aras de una mayor eficacia para solucionar el problema se acude al Derecho penal, sancionando todo lo que sea posible así sea el caso de interferir con las conductas neutrales o adecuadas de cualquier ciudadano.

Por último, las ideas y conclusiones que emanaran del presente estudio son secundarias, si en caso se desea aplacar sutilmente a la delincuencia organizada. Digo esto, porque la primera y principal razón para combatir dicho fenómeno radica en las políticas educativas, sociales, económicas y otras, que deberán ser las más adecuadas para que la sociedad contemple, de una vez por toda, su completo bienestar social.

CAPÍTULO I

EL DERECHO FUNDAMENTAL DE ASOCIACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

I. UN POCO DE HISTORIA

1. El fenómeno contrario al derecho de asociación

La doctrina constitucional considera al derecho de asociación un derecho “tardío”, dado que no se incluyó en las primeras declaraciones de derechos y cuya incorporación a los textos constitucionales no se produjo sino hasta la segunda mitad del siglo XIX, no siendo posible, además, hablar de un verdadero derecho hasta bien entrado el siglo XX debido al régimen de autorización y control preventivo que existió en la mayor parte de los Estados de Europa¹.

Esta tardanza se acentuó a instancia del Poder Estatal al observar a la asociación de personas con mucho recelo por la sospecha de que estas se dirijan contra él y puedan desestabilizarlo². Así, en el liberalismo político -basado en las ideas contractualistas- donde se concibió al Estado como una forma de asociación política, las sociedades civiles y las compañías mercantiles pudieron constituirse bajo el estímulo de la iniciativa privada, en cambio, las asociaciones fueron perseguidas por ser consideradas una amenaza para la libertad personal y, por tanto, para el orden constitucional.

El soporte ideológico en contra del derecho de asociación fue, sin embargo, de índole muy distinta en los albores del constitucionalismo al iniciar el siglo XIX. La primera de esas corrientes, sin duda alguna, tuvo como fuente el pensamiento de ROUSSEAU, principalmente, con su dogma de la voluntad general³, concibiendo la idea de que la asociación pudiera fraccionar la visión directa del interés colectivo y crear una barrera

¹ GÓMEZ MONTORO, Ángel J., *Asociación, constitución, ley. Sobre el contenido constitucional del derecho de asociación*, Tribunal Constitucional Español, Madrid, 2004, p. 43.

² LÓPEZ RODRÍGUEZ, Víctor, *El derecho de asociación*, Panorama 80, Madrid, 1983, p. 19.

³ La doctrina de Rousseau sobre los cuerpos intermedios tenía como base que “sólo el hombre aislado puede conocer la verdad política; si forma parte de un grupo, su voluntad será la del grupo, será una voluntad particular; habría, pues, tantas voluntades como grupos, no como individuos”. Asimismo, “es necesario, pues, para saber la opinión de la voluntad general, que no haya sociedad parcial en el Estado y que cada individuo opine por sí solo (...); porque si hay sociedades parciales, es preciso multiplicar el número y precave la desigualdad...estas precauciones son las más eficaces para que la voluntad general sea siempre ilustrada, y para que el pueblo no sea engañado” (Véase: ROSSEAU, J., *El contrato social*, Espasa-Calpe, Madrid, 1981, pp. 50 y ss.).

innecesaria entre cada uno de los individuos y el Estado. La segunda corriente respondía a los planteamientos de HOBBS, al no permitir la existencia de grupos o comunidades independientes en la soberanía, so pena de dividir el Estado, creando *civitas in civitate*. Su demarcación, claro está, provenía desde la soberanía estatal⁴.

Ahora bien, las crónicas jurídicas subrayan que el primer escenario histórico de rechazo fue la Revolución Francesa donde se atacó a las agrupaciones principales del Antiguo Régimen, los mismos que habían mantenido ciertos privilegios. Especialmente se arremetió contra las órdenes religiosas, gremios y corporaciones. Todas ellas, sin menor esfuerzo, no ofrecieron resistencia a la Ley denominada *Le Chapelier* (Decreto de 14/17 de junio de 1791)⁵. Por tal motivo, en esos años desaparecieron por completo los cuerpos intermediarios entre el ciudadano y el Estado.

Dicha represión tomó mayor fuerza con el Decreto de 24 de agosto de 1793 al suprimir las asociaciones literarias, científicas y las compañías financieras. No obstante, años posteriores, la situación se moderó relativamente con la llegada de Napoleón al poder, aunque las asociaciones siguieron siendo sospechosas para el Estado, tanto así que en el CP francés de 1810 se estableció el famoso art. 291, que preceptuaba:

“Ninguna asociación de más de veinte personas, cuyo fin sea reunirse todos los días o determinados días, que entienden de asuntos religiosos, literarios, políticos u otros cualesquiera, no podrían constituirse más que por autorización del gobierno y bajo las condiciones que tenga a bien imponer a la sociedad”.

La relatividad perduró en todo el sistema de régimen preventivo hasta el fin del siglo XIX. Durante la Restauración Francesa dicha característica se convirtió en tolerancia. El art. 291 no fue derogado pero sí se hicieron algunas modificaciones normativas que repercutieron en la aplicación del tipo penal. Posteriormente, con la Ley de 28 de julio de 1848 se elaboró

⁴ HOBBS, Thomas, *Leviatán*, Editorial Nacional, Madrid, edición preparada por MOYA y ESCOHOTADO 1980, C. XXII, pp. 322-325.

⁵ GÓMEZ MONTORO, *Asociación, Constitución, Ley*, cit., p. 47. ISAAC LE CHAPELIER argumento en la Asamblea que: “sin duda se ha de permitir que todos los ciudadanos se reúnan, pero puede permitirse a los ciudadanos de determinadas profesiones reunirse para sus pretendidos intereses comunes. No existe ya corporación en el Estado; ya no existe sino el interés particular de cada individuo y el interés general”.

un primer ensayo de aguda libertad, y así la II República optó por la libertad de las asociaciones con vigilancia previa. Finalmente, con el norte de incorporar a los ciudadanos a la vida colectiva y la necesidad de su intervención política a través de sujetos colectivos, en la III República la libertad de asociación fue absoluta sin ningún control estatal en el régimen de los derechos fundamentales⁶.

En España el derecho de asociación siguió una trayectoria similar a lo acontecido en Francia, en vista que por Real Cédula de 29 de enero de 1793 y posterior Decreto de las Cortes de Cádiz de 8 de junio de 1812 se suprimieron los gremios y hermandades. Previamente, las Cortes habían prohibido incluso las asociaciones creativas mediante el Decreto de 14 de abril de 1811. En general, se puede decir que la Constitución de Cádiz pasó por inadvertido el derecho de asociación, ya que el énfasis de dicha Norma Fundamental estaba puesto en el ejercicio de la soberanía popular a través de las Cortes y no en el ejercicio de los derechos individuales⁷.

Posteriormente, por Decreto de 20 de octubre de 1820 se regularon las “*reuniones de individuos para discutir en público asuntos políticos*”⁸, y lo llamativo fue la penalización de la asociación en el Código de 1822⁹. Tampoco en las Constituciones de 1837 y 1845 se consagraron los derechos de asociación y reunión; por el contrario, abundaron normas punitivas al respecto, de manera que el CP de 1848, inspirado en su par francés de 1810, reprimió las asociaciones en caso se formasen por más de 20 sujetos¹⁰.

Durante la llamada Década Moderada (1843-1854), exactamente en 1849, el Partido Demócrata postuló los derechos de asociación y reunión pero alejados de todo papel

⁶ Para mayor profundización de la experiencia francesa véase: LÓPEZ RODRÍGUEZ, *El derecho de asociación*, cit., pp. 21-28.

⁷ GÓMEZ MONTORO, *Asociación, Constitución, Ley*, cit., p. 47.

⁸ Véase: ROJAS SÁNCHEZ, Gonzalo, *Los derechos políticos de asociación y reunión en la España contemporánea (1811-1936)*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1981, pp. 25 y ss.

⁹ El art. 317 del CP de 1822 estableció que: “los individuos que sin licencia del Gobierno formaren alguna junta o sociedad en clase de corporación, y como tal corporación representaren a las autoridades establecidas o tuvieren correspondencia con otras juntas o sociedades de igual clase, o ejercieren algún acto público cualquiera, serán...obligados a disolverse inmediatamente”.

¹⁰ IBORRA LIMORTE, José Antonio, *El origen del derecho de asociación política en España*, Universidad de Valencia, Valencia, 1974, p. 53.

político¹¹. Recién en 1868, en el Sexenio Revolucionario, el derecho de asociación obtuvo su reconocimiento formal, tras la regulación provisional de su ejercicio por medio del Decreto de 20 de noviembre; asimismo, con vital importancia, fue reconocido constitucionalmente en los arts. 17¹² y 19¹³ de la Constitución de 1869. Además, en el CP de 1870 por primera vez se sancionó el delito de asociación ilícita para todos aquellos que se asocien con objeto de cometer alguno de los delitos penados en ese Código (art. 198).

El carácter ideológico de la libertad asociativa subsistió también en el siglo XX de la historia española, pero con ciertos matices. Es decir, en la II República se reconoció mediante la Constitución de 1931 (art. 39) el derecho de asociación y el de sindicación libre para los distintos fines de la vida humana, conforme a las leyes del Estado; y esa misma Constitución determinó la obligación de que sindicatos y asociaciones se inscribieran en el registro público correspondiente¹⁴. Así se proclamó constitucionalmente, por primera vez en España, el derecho de sindicación individualmente de la libertad asociativa genérica, aunque supeditado, lógicamente, al principio de legalidad.

En contraste a este tiempo de generosa libertad, señala LUCAS MURILLO DE LA CUEVA que “tras la guerra civil, se efectuó la supresión de la Constitución republicana y la prohibición de todos los partidos y asociaciones que habían apoyado a la causa de la República, se inicia un período de ausencia e, incluso, persecución de la libertad de asociación y, en general, de todos los derechos, individuales y colectivos”¹⁵.

¹¹ ROJAS SÁNCHEZ, *Los derechos políticos de asociación y reunión en la España contemporánea (1811-1936)*, cit., p. 140.

¹² Art. 17: “A ningún español ni extranjero residente en España se podrá prohibir, limitar ni condicionar el uso de los siguientes derechos:... 4º El de asociarse para todos los fines de la vida humana que no sean contrarios a la moral pública”.

¹³ Art. 19: “A toda asociación cuyos individuos delinquieren por los medios que la misma les proporcione, podrá imponérseles la pena de disolución. La autoridad gubernativa podrá suspenderla toda asociación que delinca, sometiendo incontinenti a los reos al Juez competente. Toda Asociación cuyo objeto o cuyos medios comprometan la seguridad del Estado podrá ser disuelta por una ley”.

¹⁴ MARTÍN HUERTAS, Ascensión, *El contenido esencial del derecho de asociación*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2009, p. 53.

¹⁵ Lucas MURILLO DE LA CUEVA, Enrique, *El derecho de asociación*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 67.

Repetida la historia, y esta vez para el surgimiento de la plena vigencia de la asociación (dentro del Régimen Franquista) apareció la Ley 191/1964 –Ley General de Asociaciones–. Al respecto, cabe señalar que dicha ley estableció que para inscribir una asociación esta deberá contar con autorización pública¹⁶, lo que demostró un control administrativo, a cargo del Estado, para ejercer el derecho de asociación.

Hubo que esperar hasta 1974 para que se abriera un pequeño espacio a las asociaciones políticas dentro de los principios del régimen, mediante el Decreto Ley 7/10974, de 21 de diciembre¹⁷. Tras la muerte de Francisco Franco, y como instrumento de apertura a una todavía no iniciada transición política hacia la democracia constitucional, se aprueba la Ley de 14 de junio de 1976 sobre el derecho de asociación política. Posteriormente, el derecho de asociación es admitido dentro de la Constitución de 1978, específicamente en su art. 22. Por último, después de 23 años España goza, en la actualidad, de una Ley independiente donde regula el ejercicio del derecho de asociación. Me refiero a la LO 1/2002¹⁸.

De la misma forma que el caso europeo, en los Estados Unidos de Norteamérica se apreció una relación bastante estrecha entre los derechos de libertad de expresión, reunión y petición contenidos en la Constitución, en la enmienda I, con el de asociación. Así, hasta el último tercio del siglo XIX no se reconoció este derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, quien la dedujo, posteriormente, de la interpretación de las enmiendas V y XIV previstas en la Constitución de 1787, en tanto que tiene carácter instrumental que favorece el ejercicio de los derechos mencionados. Con esa orientación, desde hace décadas, el Tribunal Supremo ha reconocido la existencia autónoma de una libertad constitucional de asociarse basándose en la última enmienda citada¹⁹.

¹⁶ DE LIMA GETE, Blanca Olias, *La libertad de asociación en España (1868-1974)*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1977, pp. 210 y ss. Para mayor análisis también puede revisarse el contexto del derecho de asociación en la legislación franquista.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 85 y ss.

¹⁸ Para mayor detalle de esta Ley puede verse la edición preparada por MARÍN LÓPEZ, Juan José, Tecnos, Madrid, 2003.

¹⁹ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *El derecho de asociación*, cit., pp. 37-38.

2. Reconocimiento del derecho de asociación

Superadas las controversias anotadas, el derecho de asociación paulatinamente fue reconociéndose en las sociedades democráticas. Sobre ello, DE ESTEBAN y GONZÁLEZ-TREVIJANO explican que esta aceptación se debió tanto a razones pragmáticas, pues se trata de un fenómeno natural de sociabilidad, como, posteriormente, a razones puramente teóricas, ya que (actualmente) un régimen democrático no puede existir sin una red de asociaciones de todo género²⁰.

La base teórica del reconocimiento radica, sustancialmente, en la concepción de TOCQUEVILLE quien en su obra *La democracia en América* mantuvo la tesis de que la democracia americana se basaba en la existencia de asociaciones de todo tipo, y que así debe ser también en todo régimen democrático²¹.

Exactamente, después de la Segunda Guerra Mundial, cuando una buena parte del mundo respiraba aires de libertad, aunado al respeto de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad del ciudadano, el derecho de asociación tomó brío y vigencia plena tanto en el ámbito internacional como en muchos Estados nacionales. El auge se percibe en la vigente Constitución italiana donde se proclama el derecho de asociación, con la prohibición expresa del sometimiento a cualquier tipo de autorización previa (art. 18) y en la Ley Fundamental de Bonn que reconoce a todos los alemanes el derecho a crear asociaciones y sociedades (art. 9). A esta tendencia se sumarán años más tarde la Constitución portuguesa de 1976 (art. 46) y la española de 1978 (art. 22). También en la Constitución soviética de 1936, se garantizaba el derecho de asociación, pero las asociaciones debían estar integradas dentro de la única alusión al Partido en la Constitución

²⁰ DE ESTEBAN, Jorge y GONZÁLEZ-TREVIJANO, Pedro, *Curso de Derecho constitucional Español II*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993, p. 193.

²¹ Para mayor análisis puede revisarse el Cap. IV - De la asociación política en los Estados Unidos en DE TOCQUEVILLE, Alexis, *La democracia en América*, T. I y II, Alianza Editorial, Madrid, 1994. "(...) Después de la libertad de obrar solo, la más natural al hombre es la de combinar su esfuerzo con los semejantes para obrar en común. El derecho de asociación me parece, pues, casi tan inalienable por naturaleza como la libertad individual (...)".

(PCUS), con lo cual en la práctica se encuadraba a la población dentro de un partido único (art. 126).

Las Constituciones de América Latina contienen una regulación en general adecuada de la libertad de asociación. Llama la atención el grado de detalle de algunos textos y, sobre todo, la forma de enunciar sus límites al derecho. La enunciación regulativa en las Constituciones de la región va desde el escueto mandato del Texto argentino “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos (...): de asociarse con fines útiles” (art. 14), colombiano “Se garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad” (art. 38), o boliviano (tan amplio en muchas otras cosas), “Las bolivianas y los bolivianos tienen los siguientes derechos: 4. A la libertad de reunión y asociación, en forma pública y privada, con fines lícitos (art. 21), hasta las regulaciones más amplias de la Constitución brasileña (art. 5 fracciones XVII, XVIII, XIX, XX y XXI), venezolana (arts. 52, 67 y 118) o mexicana (arts. 9, 41 y 130)²². En el Perú, el derecho de asociación es reconocido en la Constitución de 1993 (art. 2.13) como fundamental para todas las personas, que faculta “asociarse y constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley (...)”²³.

En cuanto a las declaraciones internacionales, la asociación junto a la reunión y sindicación se encuentran reconocidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 20.1), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 22.1) y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 11), tendencia que se observa también en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en cuyo art. 12 se establece que “toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación en todos los niveles,

²² Para un mejor estudio del derecho de asociación en América Latina puede revisarse: CARBONELL, Miguel, “La libertad de asociación en el constitucionalismo de América Latina”, en *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, N° 12-Jul/Set 2010, pp. 13-24.

²³ ALIAGA HUARIPATA, Luis Alberto, “El derecho de asociación y su regulación en el ordenamiento jurídico peruano”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 717, 2010, Madrid, p. 190. Para mayor análisis del derecho de asociación en el Perú también puede revisarse MENDOZA, ESCALANTE, Mijail, “El derecho fundamental de asociación”, en: *JuS Constitucional*, N° 7, 2008, pp. 25-35.

especialmente en los ámbitos político, sindical y cívico, lo que implica el derecho de toda persona a fundar con otros sindicatos y a afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses”.

Asimismo, ha de citarse la Resolución del Parlamento Europeo de 13 de marzo de 1987 sobre las asociaciones sin fines de lucro en la Comunidad Europea y la Propuesta de Reglamento del Consejo donde se establece el Estatuto de la Asociación Europea de 6 de marzo de 1992²⁴. Con el mismo sentido, no puede obviarse, la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 donde se admite como derecho fundamental el derecho de asociación (art. 16).

En definitiva, hoy en día, el derecho de asociación es un derecho fundamental básico en toda sociedad democrática, donde sus raíces se forjan en la tendencia natural del hombre en tanto ser social que no sólo garantiza la libertad individual sino que, al mismo tiempo, permite la creación de grupos que son esenciales en todo Estado Social de Derecho y Democrático. Toda esta apreciación conforma el llamado *principio pluralista* impregnado en el modelo constitucional de España, cuya máxima consecuencia es el reconocimiento de las instituciones con base asociativa que se erigen en la sociedad.

En ese sentido, agrega GÓMEZ MONTORO que “aunque asociación e individuo se presentan con frecuencia entremezclados, aquélla nace al servicio de éste y como manifestación de su libertad individual. Tanto la dimensión colectiva del derecho de asociación como su vertiente institucional están en función de la libertad individual”²⁵. Finalmente, es de provecho resaltar que el derecho de asociación, sobre todo, tiene una íntima conexión con la dignidad de la persona sobre la que se asienta todo el edificio constitucional.

II. TRATAMIENTO JURÍDICO DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN

²⁴ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *El derecho de asociación*, cit., p. 42.

²⁵ GÓMEZ MONTORO, *Asociación, Constitución, Ley*, cit., p. 69.

1. Definición

Por diversos motivos la definición del derecho de asociación no ha sido pacífica ni uniforme en la doctrina. Quizás se deba a los distintos tratamientos político-legislativos que se hayan impuesto en cada ordenamiento jurídico nacional donde impregna cierta tradición jurídica [alemana o francesa] o, tal vez, por la óptica jurídica con que se quiera ver el asunto. Lo último deja constancia de que el Derecho constitucional no sólo ha fijado su atención en el estudio de la asociación, pues también el Derecho civil, laboral, mercantil, societario y penal han determinado características o criterios al respecto. Aunado a ello, aparece otra dificultad sujeta a algunos teóricos quienes han argumentado que la finalidad lucrativa ya no es idónea para distinguir, especialmente, las asociaciones de las sociedades civiles o mercantiles²⁶.

Como se aprecia, definir la asociación no es tarea sencilla; sin embargo, en este trabajo, en el camino trazado para arribar a la definición que considero la más adecuada y que repercutirá en los capítulos posteriores de la investigación por ser el cimiento de lo que considero delitos de organización y su respectiva clasificación, se tendrán en cuenta, en primer lugar, los motivos históricos de este derecho que aún siguen vigentes en la vertebración jurídica española y, luego, las voces más especializadas sobre el tema para identificar aquel fenómeno asociativo (común) como sus ramificaciones. El orden legal actual, esto es, la Ley Orgánica de asociación española de 2002 (en adelante LO 1/2002) y por supuesto la plataforma constitucional que rige el art. 22 también formará parte de esta justificación.

Ahora bien, desde la primera Constitución española (1869) que reconoció el derecho de asociación hasta la actual (1978) mayormente el derecho analizado se ha vinculado con la

²⁶ GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades. Parte general*, V. I, Madrid, 1976, pp. 29-35. Quien manifiesta que en el plano de los conceptos, lo que interesa es que la figura que llamamos asociación es básicamente modalidad de organización y, como tal, independiente de la índole material del fin. También, PÉREZ ESCALONA, Susana, *El derecho de asociación y las asociaciones en el sistema constitucional español*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 26-29. La misma, "La asociación y el derecho de sociedades: Notas para un debate", en *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, N° 2-2004, pp. 79-99.

libertad personal que tiene el ciudadano para intentar o concretar fines políticos, sindicales²⁷ y cualquiera de otra índole no lucrativa, mediante la unidad o fuerza colectiva de los miembros²⁸. Aunque es de mínima significancia, la relación política de las asociaciones ha llevado a que algunos manuales o tratados de Derecho constitucional clasifiquen a la asociación junto a la reunión y participación como derechos políticos²⁹, por su nítida proyección social que incide, de mayor o menos forma, sobre la comunidad política.

La clave de esta relación se colige al recordar que la asociación (protestante) dirigida en contra del Estado, cuyo fin era no económico, que reclamaba y exigía derechos políticos o laborales, entre otros, era la única que no se encontraba bien vista en los albores del liberalismo; por el contrario, sólo la asociación económica era permitida para entablar negocios, pues, no era inofensiva para los planes liberales. Debido a estas causas, la tradición jurídica española, siguiendo el modelo francés, clasifica en la propia Constitución asociaciones que suscriben fines no lucrativos y asociaciones sin fines lucrativos.

En la vigente CE no se crea sino que se reconoce el derecho de asociación como un derecho esencial, empero no expresa su definición, por lo que dicha labor es trasladada a la doctrina y jurisprudencia constitucional³⁰. En ese aspecto, el apartado primero del art. 22 se limita a reconocer el derecho, mientras su apartado segundo declara ilegales las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delitos, y su apartado quinto prohíbe las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar. A su vez, desde una perspectiva –ahora– positiva, protege las asociaciones de posibles interferencias del poder ejecutivo, al

²⁷ Evidentemente el derecho de asociación se refiere a todo tipo de asociación, y este es su sentido en la esfera pública, pero su origen como derecho fundamental adquiere su razón de ser en la necesidad de organizar el proceso político democrático y garantizar la libre existencia de partidos políticos y sindicatos, que son los factores explicativos clave del desarrollo y garantía del derecho de asociación.

²⁸ DE LIMA GETE, *La libertad de asociación en España (1868-1974)*, cit., pp. 241 y ss.

²⁹ BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (Coord), et. al., *Manual de Derecho constitucional*, Vol. II, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2011, pp. 234 y ss. También, LÓPEZ GUERRA, Luís, et. al., *Derecho constitucional español*. Vol. I. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos, 7ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007 pp. 313 y ss.

³⁰ El Tribunal Constitucional ha definido el derecho de asociación como “*aquella organización estable de varias personas para la gestión de un interés común sobre una base consensual*” (STC 244/91).

garantizar que sólo podrán ser disueltas o suspendidas en virtud de resolución judicial (apartado cuarto). Finalmente, el apartado tercero establece que “las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad [sic]”.

Llegado a este punto del análisis deseo destacar que lo contemplado en el art. 22 CE apunta al entendimiento de la asociación como característica *general o común*³¹, es decir, el derecho de asociación que en él se regula se refiere a un género distinto a otros tipos asociativos específicos que se aceptan en el mismo cuerpo fundamental, bien de forma explícita o implícita, como los partidos políticos (art. 6), los sindicatos de trabajadores (art. 7)³², las asociaciones de empresarios (art. 28), los colegios profesionales (art. 36), las confesiones religiosas (art. 16.3), las organizaciones de consumidores y usuarios (art. 51.2), o las organizaciones profesionales que contribuyan a la defensa de los interés profesionales que les sean propios (art. 52), entre otros.

Igualmente existe otro conjunto de instituciones asociativas que bien enarbolan el ámbito colectivo pero que a diferencia de las anteriores obedecen, como señalé, a un fin económico o lucrativo. Entre ellas tenemos a las sociedades civiles y mercantiles y las cooperativas (art. 129); y, con otro tono, a las fundaciones (art. 34) y corporaciones de Derecho público (arts. 36 y 52).

Apreciando los grupos asociativos con rango constitucional, realmente, es la LO 1/2002, la que valorando negativamente dicha clasificación, limita su ámbito de regulación a las asociaciones sin fines de lucro, lo que permite dejar fuera de su rango de aplicación a las sociedades civiles, mercantiles, industriales y laborales, a las cooperativas y mutualidades,

³¹ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El sistema constitucional español*, Dykinson, 2ª reimpresión, Madrid, 1997, p. 383.

³² Los partidos políticos y los sindicatos han sido declarados por el TC Español “asociaciones de relevancia constitucional” (STC 3/1981/1).

y a las comunidades de bienes o propietarios, cuyas finalidades y naturaleza no responden a la esencia comúnmente aceptada de las asociaciones con carácter general³³.

En definitiva, toda esta diferencia apunta solo al elemento subjetivo [fin u objeto] de cada cuerpo asociativo; no obstante, el máximo común denominador de todas las asociaciones seguirá siendo tanto su factor colectivo así como la estabilidad en el tiempo y la libertad organizativa que tienen para cumplir los fines deseados.

Siguiendo con esta manifestación, se puede afirmar, por consiguiente, que la asociación también supone un grado de *estabilidad mínima de organización*, en cuanto requiere un acuerdo expreso y voluntario de constitución y una identificación más definida de sus objetivos; de igual modo, requiere *vocación de permanencia en el tiempo*³⁴.

En cuanto a la aportación de la doctrina sobre la definición, el sector dominante sintetiza a la norma general de asociación como el factor colectivo organizado sin fines de lucro. De este modo, bastan dos ejemplos para acreditar lo que digo: LUCAS MURILLO DE LA CUEVA señala que el derecho de asociación, en sentido estricto, es: “la facultad de constituir, con otras personas, un vínculo dotado de una mínima estabilidad, que se fundamenta en la común voluntad de alcanzar unos fines lícitos prefijados por ellos, cooperando en la realización de determinadas actividades con sometimiento a unas reglas internas de adopción de decisiones, y se apoya y renueva, mediante una organización que se configura en función de dichos fines y actúa hacia el exterior como una unidad”³⁵.

Siendo aún más específico, DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN sugiere que la definición del derecho de asociación se exprese como “la libre disponibilidad de los ciudadanos para

³³ Cabe señalar lo expuesto el II ítems de la Exposición de Motivos: “La presente Ley Orgánica, siguiendo nuestra tradición jurídica limita su ámbito a las asociaciones sin fin de lucro, lo que permite dejar fuera del ámbito de aplicación de la misma a las sociedades civiles, mercantiles, industriales y laborales, a las cooperativas y mutualidades, y a las comunidades de bienes o de propietarios, cuyas finalidades y naturaleza no responden a la esencia comúnmente aceptada de las asociaciones (...)”.

³⁴ GÓMEZ MONTORO manifiesta que la organización debe tener un vínculo organizativo estable: GÓMEZ MONTORO, *Asociación, Constitución, Ley*, cit., pp. 99-100.

³⁵ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *El derecho de asociación*, cit., pp. 94-95.

constituir formalmente con otros ciudadanos agrupaciones permanente encaminadas a la consecución de fines específicos de carácter no lucrativo”³⁶.

En lo que a mí respecta, puedo apreciar que la definición de la asociación, como rango general, sintéticamente, es *la unión voluntaria de varias personas físicas o jurídicas, con estabilidad mínima de organización interna y vocación de permanencia en el tiempo, cuyo fin común es no lucrativo*.

2. Dimensiones del derecho de asociación: El contenido esencial

El derecho de asociación como ejercicio de la libertad personal y sobre todo por ser un derecho fundamental tiene dos dimensiones constitucionales dentro de su contenido esencial: una *positiva* y otra *negativa*³⁷. Así también lo explica el TC en la sentencia n.º 67/1985 (FJ.3) al declarar que el contenido esencial del derecho de asociación comprende la libertad de crear asociaciones (libertad positiva), así como el derecho a no hacerlo (libertad negativa), afirmando que una asociación coactiva y obligatoria no sería una verdadera asociación.

En este orden de cosas, el contenido de la dimensión positiva se encuentra delimitado por los siguientes postulados:

- ❖ El derecho a fundar una asociación y a participar en ella o adherirse libremente a una ya constituida, sin que los poderes públicos o los particulares puedan impedirlo.
- ❖ El derecho a establecer una organización propia, a través de unos estatutos de forma y funcionamiento democrático aunados a la Constitución y las leyes (STC 218/1988). Esta exigencia, la Constitución sólo la impone a determinados tipos de

³⁶ DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico, “Las libertades públicas: el derecho de reunión y el derecho de asociación”, en: ÁLVAREZ VÉLEZ (Coord.) y otros, *Lecciones de Derecho constitucional*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 365-369.

³⁷ MARTÍN HUERTAS, *El contenido esencial del derecho de asociación*, cit., p. 125.

asociaciones, en concreto a los partidos políticos, los sindicatos, los colegios profesionales y las organizaciones profesiones en las que concurre el carácter de cumplir, de una u otra forma, funciones públicas.

Además, el derecho a organizarse también expresa, dentro de la libertad asociativa, que los miembros de la asociación tienen el derecho de asociarse con quienes quisieren –y a condicionar el ejercicio del derecho por medio de requisitos estatutarios ineludibles– y a no asociarse con quienes no desean. Al respecto, es necesario recordar, para no tergiversar la idea, que la libertad asociativa no puede impedir a ninguna persona *infundadamente* formar parte de un grupo asociativo³⁸. Para que una asociación -ya establecida- rechace el pedido de quien quiera formar parte de la misma, la negación necesariamente debe contener razones inscritas en su estatuto correspondiente.

- ❖ El derecho a llevar a cabo las actividades necesarias destinadas a conseguir los fines propios (STC 165/87 y 218/88) en tanto sean lícitas.

En relación a la dimensión negativa, esta contempla dos presupuestos:

- ❖ Nadie puede ser obligado a afiliarse a una determinada asociación, circunstancia importante ante el recuerdo del régimen político anterior en donde era obligatoria la pertenencia a determinadas asociaciones³⁹. En igual sentido el art. 2.3 de la LO 1/2002 dispone que “nadie puede ser obligado a constituir una asociación, a integrarse en ella o a permanecer en su seno, ni a declarar su pertenencia a una asociación legalmente constituida”.

³⁸ BERMEJO VERA, José, “La dimensión constitucional del derecho de asociación”, en: *Revista de Administración Pública*, N° 136, Ene-Abr 2005, p. 136.

³⁹ Así lo ha manifestado en Tribunal Constitucional español en SSTC 67/1985, 89/1989, 131/1989, 183/1989, 244/1991, 291/1993, 96/1994, 152/1995, 5/1996, 173/1998 y 133/2006.

- ❖ Asimismo, queda implícita la libertad de la separación voluntaria de los miembros, pues nadie puede ser obligado a permanecer en una asociación⁴⁰.

A pesar de esta dimensión negativa, el TC ha admitido solo una excepción basada en la adscripción obligatoria a determinadas asociaciones, justificándolas en la necesidad de alcanzar, antes que nada, los fines públicos, como por ejemplo la adhesión a los colegios profesionales (STC 244/1991). En ese sentido, el TC ha considerado la legitimidad de ciertas agrupaciones de carácter público que han impuesto determinadas obligaciones a los agrupados ya sea de carácter meramente económico (STC 45/1982), ya sea de pertenencia obligatoria en sentido estricto (STC 67/1985, 89/1989 y 131/1989), por ejemplo las mutuales, las Cámaras de comercio, entre otras.

En la STC 244/1991 se asintió la asociación obligatoria a una asociación mutuo-benéfica, con el correspondiente deber de cotización a la misma, al asegurar una finalidad pública, cumpliendo objetivos constitucionalmente impuestos a los poderes públicos, cuya percepción no puede dejarse a la asociación espontánea de los interesados, ya que trasciende de la esfera en que opera el libre fenómeno asociativo de los privados.

Por tales razones, conviene recordar que ningún derecho fundamental, aun en su contenido más esencial, es absoluto. Esto implica que su propia esencia incluye unos límites internos (bien común, moral pública, orden público y respeto de los derechos de los demás) y puede simultáneamente admitir límites externos, establecidos por el legislador, siempre que, respetando el contenido esencial, no sean de tal magnitud que lleguen a hacer prácticamente imposible el ejercicio del derecho. De ahí que, la regla general se funda en que el derecho de asociación protege tanto la decisión de constituir o incorporarse a una asociación como la de no verse obligado a ella.

III. ELEMENTOS DE LA ASOCIACIÓN

⁴⁰ Véase: MARTÍN HUERTAS, *El contenido esencial del derecho de asociación*, cit., p. 310.

A partir de la definición expuesta y las dimensiones que encierra el derecho de asociación ahora cabe estudiar los elementos integrales que contribuyen a la apreciación jurídica de una asociación, con el objeto de diferenciarla de aquellas instituciones asociativas especiales cuyo elemento subjetivo es de diversa índole. Las características son:

1. Factor colectivo

Una asociación se forma por la unión de varias personas; se trata en consecuencia de un derecho individual pero de necesario ejercicio colectivo. Por ello, este factor establece que todo español es titular del derecho de asociación por ser inherente a su calidad de ser humano. Además, tras un extenso debate normativo, ahora, los extranjeros residentes en España son también titulares de este derecho, con las mismas condiciones de todo español⁴¹.

En idéntico sentido, las personas jurídicas también ostentan este derecho. Al respecto, el art. 2.6 LO 1/2002 dispone que las entidades públicas podrán ejercer el derecho de asociación entre sí, o con particulares, como medida de fomento y apoyo, aunque su ejercicio debe respetar la igualdad de condiciones con estos, al objeto de evitar una posición de dominio en el funcionamiento de la asociación.

Asimismo, los menores (no emancipados de más de catorce años con el consentimiento expreso de sus tutores) tienen derecho a formar parte y a fundar asociaciones y organizaciones infantiles, juveniles o de alumnos (art. 3 LO 1/2002).

⁴¹ La LO 4/2000, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, establecía condiciones al ejercicio del derecho de asociaciones por los extranjeros. Indica su art. 8 que “todos los extranjeros tendrán el derecho de asociación, conforme a las leyes que lo regulan para los españoles y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España”. En igual sentido el art. 13.1 de la CE establece que “los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley”.

En relación a los miembros de las Fuerzas Armadas, aun siendo titulares del derecho de asociación, encuentran ciertas restricciones en el ejercicio del mismo. El art. 182 de las Reales Ordenanzas, tras disponer que el militar deba mantener su neutralidad no participando en actividades políticas o sindicales, prescribe que “no podrá estar afiliado o colaborar en ningún tipo de organización política o sindicato”⁴².

Una cuestión importante es el número mínimo de miembros de la asociación. El art. 22 CE guarda silencio y la LO 1/2002 sólo hace un enunciado *in genere*, por lo que queda revisar las dos corrientes en relación a esta cuestión. La primera, entendiendo muy amplio el derecho de asociación que pone acento en la libertad individual, considera que el número mínimo sería de dos personas⁴³. En cambio, la segunda opción basa su fundamento en la máxima del Derecho romano *tria faciunt collegium*⁴⁴.

Esta indeterminación plantea problemas interpretativos que afectan no sólo a la vertiente jurídica constitucional y administrativa de las asociaciones sino, también, a la penal; ámbito en el que tampoco hay coincidencia entre los diversos autores sobre el número mínimo de miembros necesarios para conformar una asociación ilícita.

Ante estas dudas, GÓMEZ MONTORO manifiesta que la interpretación debería hacerse en el sentido más favorable al derecho y ello conduce a reconocer que la concurrencia de dos personas es suficiente para que pueda hablarse de una asociación constitucionalmente tutelada⁴⁵.

⁴² Como base constitucional se tiene el art. 28 CE: “Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La Ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos (...)”.

⁴³ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *El derecho de asociación*, cit., p. 123: “Ante el silencio de la Constitución, el legislador puede optar entre dos y tres”.

⁴⁴ Tomo la referencias hechas por: GÓMEZ MONTORO, *Asociación, Constitución, Ley*, cit., p. 93.

⁴⁵ Loc. cit.

Por último, aunque es evidente, el factor colectivo como identidad de la libertad individual de las personas debe ser voluntario. Es decir, la formación o pertenencia a las asociaciones debe darse sin vicios de la voluntad de los miembros.

2. Organización estable

Como se ha visto, la asociación es libertad o derecho a unirse a otras personas para la consecución de unos determinados fines y, al mismo tiempo, *es la entidad organizada de dicha unión*. El ejercicio de la primera comprende a la segunda pues, ya en el momento constitutivo, aparece la organización como elemento esencial para realizar plenamente el derecho. Es una exigencia lógica, una necesidad para dar continuidad a sus propósitos.

Por eso, la decisión de asociarse comprende la de crear una organización idónea para la consecución de sus miembros y un ordenamiento interno que regule su funcionamiento⁴⁶. Aquí la razón de resaltar la dimensión colectiva de la asociación, de lo que deriva reconocerla como un ente único con personalidad jurídica propia. Aunado a lo dicho, acertadamente apunta GÓMEZ MONTORO que “el derecho de autoorganización es en primer término un derecho de las personas que deciden asociarse, y se convierte en derecho de la asociación una vez creada”⁴⁷.

Este nivel de organización se encuentra también establecido dentro de la dimensión del contenido esencial del derecho de asociación junto a la libertad de configuración, principalmente, a través de la elección y adopción de las normas estatutarias, y, por otro lado, el derecho de ejercer funciones y actividades adecuadas para la consecución de sus fines sin injerencia de ningún tipo.

⁴⁶ En ese sentido, LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Enrique, *Igualdad y autonomía. Las competencias sobre asociaciones en la jurisprudencia constitucional*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1999, pp. 81-82.

⁴⁷ GÓMEZ MONTORO, *Asociación, Constitución, Ley*, cit., pp. 74-75.

Ahora bien, esta organización no puede ser relativa, por lo menos debe tener un mínimo recorrido temporal del objetivo propuesto, esto es, permanencia en el tiempo. Esta permanencia tiene como fuente el acuerdo y deseo conjunto de los miembros para alcanzar sus fines con suficiente flexibilidad para no obstaculizarlo⁴⁸.

Con todo ello, la asociación no sólo puede ser el encuentro de personas para destinar su fin; si esto fuera así, estaríamos hablando de la asunción del derecho a la reunión. Tanto la organización como la permanencia diferencian el derecho de asociación con el de reunión.

3. Factor teleológico

Como ya se comentó, el art. 22 CE reconoce el tipo general de asociación diferenciándolo de otros tipos específicos que se encuentran regulados en la propia Constitución con ejercicio desarrollado en leyes especiales. Esta diferencia se dirige al fin u objeto colectivo por el que cada una de ellas opte, por ejemplo en las sociedades mercantiles, por la libertad económica y empresarial que aguardan sus miembros, su fin será de orden económico-lucrativo. En cambio para las asociaciones su fin versará en temas no lucrativos, debido a las raíces históricas que las definen, así como el orden sistemático que ya se ha estructurado en el ordenamiento jurídico español, que tienen eco, evidentemente, en el plano penal, como veremos más adelante.

La existencia o no de la finalidad lucrativa es lo que distingue a las asociaciones de las sociedades mercantiles, cuya etiología es bien distinta y cuyo reconocimiento constitucional se realiza, más que sobre la base del derecho de asociación, a través de la consagración constitucional de la libertad de empresa (art. 38 CE)⁴⁹.

⁴⁸ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *El derecho de asociación*, cit., p. 104.

⁴⁹ GARCÍA MORILLO, Joaquín, "Los derechos políticos: El derecho de reunión; el derecho de asociación", en: *Derecho Constitucional. Vol. I*, LÓPEZ GUERRA, et. al., 7ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007 p. 320.

En contra de esta apreciación, atendiendo a nuevas propuestas doctrinales, existe un sector reducido que considera algo distinto a la perspectiva tradicional de dicha diferencia. Ellos alegan, primero, que la vertebración del Derecho de sociedades sobre bases estructurales pone de manifiesto que el género de los fenómenos societarios es la sociedad y no la asociación y que, por tanto, la disciplina genérica de esta ha de encontrarse en aquella y no al revés⁵⁰; luego, aducen que es un logro mayor caracterizar el concepto de asociación como modelo de organización societaria de estructura corporativa⁵¹.

Por último, el fin de la asociación debe sólo apuntar a los intereses comunes de los miembros, debe convertirse en un fin comunitario alejado de todo criterio individual.

A mi juicio, el derecho de asociación en España se clasifica, por un lado, en aquella que no tiene designio económico, la misma que puedo interpretar del art. 22 CE, y, por otro, las asociaciones de rango, entre otras, económico que sus miembros aparte de optar por el derecho de asociación se someten a su libertad económica y empresarial, por ejemplo: las sociedades y/o corporaciones civiles, mercantiles, financieras, etc.

IV. ILEGALIDAD DE LA ASOCIACIÓN

Corresponde ahora analizar las excepciones que la constitución y ley establecen a la libertad de asociación. La CE, en los incisos 2 y 5 del art. 22, decreta la prohibición de las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delitos, las secretas y las paramilitares. Con ello quiere decir que aquellas asociaciones que no constituyen legítimo ejercicio no merecen protección ni respaldo jurídico. El art. 4.6 LO 1/2002 completa dicha prohibición, al establecer que “los poderes públicos no facilitarán ayuda alguna, económica o de cualquier otro tipo, a aquellas asociaciones que con su actividad promuevan o justifiquen el odio o la violencia contra personas físicas o jurídicas, o enaltezcan o

⁵⁰ PÉREZ ESCALONA, *El Derecho de asociación y las asociaciones en el sistema constitucional español*, cit., p. 28.

⁵¹ *Ibidem*, p. 29.

justifiquen por cualquier medio los delitos de terrorismo o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares (...)»⁵².

Sobre la exclusión constitucional de la asociación existen sectores doctrinales que se encuentran a favor y en contra de la redacción utilizada. A favor, señala ALZAGA que “la doctrina que subyace en este párrafo es enteramente correcta y acota con criterio progresivo posibles intentos de tipificar en el Código Penal como ilícitas las asociaciones en que no concurra esta circunstancia”⁵³. En contra, GARCÍA TORRES lleva la voz de quienes entienden que los apartados 2 y 5 del art. 22 son normas de garantía del derecho fundamental de asociación y son de aplicación directa e inmediata, sin necesidad de mediación legislativa; cuestión distinta es que el legislador pueda criminalizar como ilícitas todas las asociaciones comprendidas en ambos apartados o sólo algunas clases de ellas⁵⁴.

A mi juicio creo que, el Constituyente excedió en sus funciones fijando una figura ilegal en un texto donde no corresponde, trayendo confusión en los ámbitos constitucional y penal. Sin embargo, en sintonía con GÓMEZ MONTORO, a fin de limar asperezas, considero que del art. 22 se desprende la exigencia de que la asociación que persiga fines o realice actividades ilícitas sea disuelta pero no que, además, se condene a sus miembros como autores de un delito específico de asociación ilícita⁵⁵. La solución hubiese sido mucho mejor utilizando la fórmula que se redactó en la Ley Fundamental de Bonn, cuyo art. 9.2 dispone que *están prohibidas, entre otras, las asociaciones cuyos fines o actividades sean delictivos*, a fin de entender que la sanción constitucional no necesariamente debe ser la misma sanción penal, sino que puede consistir simplemente con su disolución.

⁵² En la misma LO se considera ilegales a las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito (art. 2.7). Asimismo, se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar (art. 2.8).

⁵³ ALZAGA, Óscar, *Comentario sistemático a la Constitución española*, Foro, Madrid, 1978, p. 35.

⁵⁴ GARCÍA TORRES, J., “Las asociaciones prohibidas por la Constitución”, en: *Los Derechos fundamentales y libertades públicas*, Vol. II, Madrid, 1992, pp. 1815-1816.

⁵⁵ GÓMEZ MONTORO, Asociación, Constitución, Ley, cit., p.108.

En todo caso, el precepto constitucional se remite a la tipificación de fines y medios delictivos que emanan del CP para subsumir el supuesto de hecho en los tipos allí contenidos. Sobre ello, cabe llamar la atención respecto a la redacción constitucional, que sólo refiere al fin o utilización de delitos para ser ilegal, sin embargo, ¿qué sucede con las asociaciones que tengan fines o utilicen métodos como la comisión de faltas? ¿Son también ilícitas? La duda puede resolverse desde la interpretación teleológica de la norma constitucional, que tiene como norte prohibir toda agrupación que vaya en contra de los estatutos del Estado de Derecho. Además, debe tenerse en cuenta la lectura de los delitos de organización que ha traído consigo la reforma penal de 2010, en reprimir concertaciones delictivas que también tengan como fin u objeto la comisión de faltas.

Avanzando con el análisis, será necesario acreditar que la conducta delictiva es el método para alcanzar el fin de la asociación (o, al menos, uno de los fines), lo que deberá siempre deducirse de la actividad desarrollada por sus órganos o por sus miembros, ya que, muchas de las asociaciones dedicadas a delinquir, claro está, no lo declararían abiertamente en sus estatutos o reglamentos. Por tanto, no es posible en este supuesto un control *a priori* y sólo cuando se aparente fines legales para cometer delitos o cuando la asociación exprese que su voluntad sea la de delinquir recién empezará la intervención del Derecho penal.

El razonamiento anterior se complica más, y es el corazón de nuestro estudio, cuando la ilicitud de la asociación proviene de la perspicacia de un actor o miembro o varios pero no todos. Cabe preguntarnos si el ilícito penal es atribuible sólo al individuo o, por el contrario, surge un nuevo injusto que pueda asignarse a la asociación.

Junto a las asociaciones que persigan fines o utilicen medios delictivos, también quedan prohibidas las asociaciones secretas. Sobre estas se ha interpretado que la ley, antaño, las dirigía especialmente al trato dado a la masonería y asociaciones análogas⁵⁶, situación que ya quedó zanjada. Ahora el criterio fue permutado, considerándolas como aquellas que no han cumplido la obligación de inscripción registral. Pero ¿basta la omisión registral para

⁵⁶ LÓPEZ RODRÍGUEZ, *El derecho de asociación*, cit., 96.

prohibirlas constitucionalmente? A nuestro modo de ver las cosas, el rigor de esta excepción es excesivo. En primer lugar, no puede confundirse publicidad, que es la finalidad del registro, con secreto. En segundo lugar, un requisito formal con carga administrativa no puede ser elemento constitutivo de prohibición en un Estado de Derecho. Con este parecer el Tribunal Supremo ha advertido que el mero incumplimiento de normas administrativas como sería la falta de inscripción, no sitúa a la asociación en la ilicitud penal, pues “confundir contravención al ordenamiento jurídico con el injusto típico, al socaire del desarrollo de un precepto constitucional, significa tanto como desconocer, no solo el objeto oculto de determinadas asociaciones, sino el fundamento y los límites del *ius puniendi* en un Estado de Derecho” (STS de 30/10/94. FJ 5).

Con ello, no tiene ningún sentido seguir con esta prohibición que no tiene ni concepto ni justificación jurídica. Por ahora, no puedo extenderme aquí sobre el exceso de esta norma, pues, luego, será ampliada en el desarrollo de las clasificaciones de la asociación ilícita después de la reforma penal de 2010.

En relación a las asociaciones paramilitares es notorio que nos encontramos ante organizaciones con aparente distinción o simbología militar. Pueden originarse, entre otras circunstancias, dentro del Estado para cometer atentados a los derechos humanos, como la práctica ha evidenciado, o fuera del Estado, con el mismo objeto, pero sin el aval estatal⁵⁷.

Con estas características, se supone que las agrupaciones paramilitares son una especie de asociaciones con fines o medios ilícitos. Entiendo, que el motivo para prohibir este tipo de asociación como las asociaciones secretas tiene un antecedente histórico en la persecución política de masones y agrupaciones en contra del franquismo, pero la misma encaja en las asociaciones que cometan delitos.

⁵⁷ Véase como primer supuesto el caso del Grupo Colina en el Perú y, para el segundo supuesto, los paramilitares colombianos que en la actualidad son perseguidos por el Gobierno del Presidente Santos.

CAPÍTULO II
RECONOCIMIENTO CRIMINOLÓGICO DE LA
DELINCUENCIA ORGANIZADA

I. EL NUEVO FENÓMENO DELICTIVO: DELINCUENCIA ORGANIZADA

El delito es tan antiguo como la evolución del hombre en sociedad y la búsqueda teórica por sancionar aquella infracción ha sido, en todo ese tiempo, la piedra angular del Derecho penal. Así la vasta literatura penal, hasta hace unos años atrás, mediante sus distintas escuelas, principalmente se ha centrado en construir un Derecho penal de responsabilidad individual para el contexto de una delincuencia convencional⁵⁸, donde la confección de los instrumentos jurídico-penales apuntan a comprobar la imputación personal del sujeto infractor enfocada al modelo de Estado que se haya asumido.

Pero el delito global, la interconexión de poderosas organizaciones en actividades criminales conjuntas, la criminalidad organizada, la delincuencia empresarial o económica y el fortalecimiento de los grupos terroristas y organizaciones delictivas provenientes del Estado vienen, entre otros, a ser un fenómeno digamos nuevo y distinto respecto de las categorías clásicas, que afecta profundamente la estructura de las sociedades y, consecuentemente, el sistema de prevención que aguarda el Derecho penal. Es menester resaltar que en todas ellas se parte de la libertad asociativa que tiene el ciudadano común.

De ahí que actualmente se pueda distinguir dos clases de delincuencia. *La común o tradicional*, que radica en la sanción del delincuente individual. Y una segunda, llamada *delincuencia organizada*⁵⁹, cuyo factor principal es el elemento colectivo organizado del sujeto activo, la que sin duda el imperio del Derecho penal debe combatir enérgicamente,

⁵⁸ Así lo refiere LAMPE: "Nuestro Derecho penal es un Derecho penal individual y así lo reconoce la dogmática: el típico autor del Código Penal es el individuo que sólo responde por su propio injusto personal y por su propia culpabilidad personal" (LAMPE, Ernst-Joachim, "Injusto del sistema y sistemas de injusto", en *La dogmática jurídico-penal entre el ontologismo social y el funcionalismo*, el mismo, trad. GÓMEZ-JARA DÍEZ y POLAINO-ORTS, Grijley, Lima, 2003, p. 98). También, CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *La organización criminal. Tratamiento penal y procesal*, Dykinson, 2000, p. 1. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, "La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita", en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, FERRÉ OLIVÉ y ANARTE BORRALLA (Eds.), Universidad de Huelva, Huelva, 1999, p. 177.

⁵⁹ El término de delincuencia organizada se utilizó académicamente por primera vez en los Estados Unidos de Norteamérica en 1927, en la obra "*The Gang: A Study of 1313 Gangs in Chicago*" escrita por el sociólogo de la Universidad de Chicago FEDERIC THRASHER. Dos años después, JOHN LANDESCO publicó el libro *Organized crime in Chicago*, en la cual observa como el sistema de negocios de los ciudadanos de buena conducta era imitado por los *gangsters*, para la formación de sus organizaciones delictivas.

pero no exactamente con los mismos medios de confrontación de la otra clase delictiva, por ser esta más peligrosa, al presentar una agrupación estructurada y estable de miembros que se sirven del crimen, de la violencia y de la comisión de múltiples delitos para obtener y mantener ciertos tipos de beneficios, principalmente, económicos⁶⁰.

La delincuencia organizada es más peligrosa, pues presenta un potencial lesivo de gran magnitud a nivel social; dado que, concreta la dimensión colectiva de sujetos en un ente único, para así pretender minimizar en lo más posible tanto el riesgo de ser descubiertos y procesados y, a la vez, maximizar más rápido y fácil los beneficios adquiridos. Este tipo de delincuencia demanda mayor desconcierto en la seguridad ciudadana así como inseguridad en la clase política por su incidencia en el mismo sistema político (poder económico y corruptor), y en el sistema económico de un país o región.

Otra característica peculiar radica en que la delincuencia organizada, mayormente, no solo tiene como radio de comisión un Estado nacional, sino, que ha expandido sus lazos delictivos fuera de las fronteras geográficas en búsqueda de su internacionalización. En gran parte, dicha expansión es la que conduce a que este tipo de delincuencia se organice en dimensiones complejas y especiales para asegurar sus fines delictivos⁶¹. De tal manera, que también se pueda poner el acento en ciertas ramificaciones de la delincuencia supranacional que son muy semejantes pero no idénticas como la delincuencia de rango “*transnacional e internacional*”⁶².

⁶⁰ En lo referente al crimen organizado GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO sostiene que “sobreviene necesario llevar a cabo una actualización de los medios de confrontación, ya que cualquier pretensión dirigida a combatir la delincuencia asociativa con idénticas vías legales que las arbitradas para reaccionar contra la delincuencia común parecía absolutamente inoperante” (GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, Colex, Madrid, 2004, p. 25.).

⁶¹ No necesariamente quiere decir que la delincuencia dentro de un país, en muchos casos, no se encuentre organizada; al contrario, los grupos estructurados nacionales se organizan internamente para luego ampliar su ámbito delictivo a otros países. Así es como empieza la expansión delictiva.

⁶² Sobre esto, manifiesta BOUTROS GHALI, ex Secretario General de las Naciones Unidas, cuando se refería “que la delincuencia transnacional se había diversificado y extendido profundamente, sus campos de actuación se habían ampliado al blanqueo de dinero, el comercio de tecnología nuclear y órganos humanos y el transporte de inmigrantes ilegales. Las organizaciones delictivas tradicionales se habían adaptado al nuevo contexto internacional, convirtiéndose en verdaderas multinacionales del delito”. Conferencia inaugural celebrada en Nápoles el día 21 de noviembre de 1994, en la Conferencia Ministerial Mundial sobre Delincuencia Transnacional Organizada.

Cabe recordar que este tipo de delincuencia trae aparejada una dificultad extra, en cuanto a su tratamiento, la cual se encuentra constituida por la constante evolución de la tecnología que tiene a su alcance, así como el perfeccionamiento y sofisticación de sus medios de operación y sistemas de organización, elementos que hacen día a día más complicada la tarea de las instituciones públicas encargadas de su combate⁶³.

Para comprender los cambios expuestos que la delincuencia moderna y organizada presenta en la actualidad, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ sostiene que es necesario entender los factores más llamativos de las sociedades postindustriales, entre las que figuran la revolución tecnológica, informática y de la comunicación, la reestructuración capitalista de la década de 1980 y el surgimiento de la economía global⁶⁴.

Asimismo, destaca la profesora de la Universidad de Salamanca que la colectivización, organización, división del trabajo y las jerarquías son elementos consustanciales en los sistemas sociales modernos⁶⁵. De igual modo, la integración supranacional es un condimento rotundo de la nueva política económica mundial⁶⁶.

Por su parte, SILVA SÁNCHEZ, describiendo la actual situación social denominada “*sociedad del riesgo*”, manifiesta que a la vez, los nuevos riesgos traen consecuencias negativas para

⁶³ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *Viejo y nuevo Derecho penal*, Iustel, Madrid, 2012, p.119: “(...) en las últimas décadas, el gran desarrollo de las nuevas tecnologías y la generalización, en particular de Internet, produce efectos en todos los ámbitos de nuestra vida, también en el campo del Derecho”.

⁶⁴ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, 3ª ed., Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 71-72.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 85. “(...) cuando surge la organización de sujetos, en esos casos la responsabilidad propia del Derecho penal va a plantear problemas para su determinación y donde se puede considerar la posible *criminalidad de grupo*”.

⁶⁶ La integración aparece inicialmente guiada por la idea de conseguir un mercado común de varios países, con libre tráfico de personas, capitales, servicios y mercancías y la consiguiente eliminación de las barreras arancelarias internas y otros obstáculos al libre cambio. La integración regional no es, pues, sino un aspecto de la general globalización que da cuenta de una especial intensidad de las relaciones. Véase: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2001, p. 86.

las personas y Estados, como el desarrollo de las formas de criminalidad organizada que operan a nivel internacional⁶⁷.

En ese sentido, creo que el análisis del derecho fundamental de asociación en un Estado de Derecho (Cap. I) también servirá de mucho para observar la estructura, denominación, reconocimiento y clases de un género amplio como la delincuencia organizada.

En pocas palabras, la delincuencia organizada no es más que el resultado de la interconexión de todas las modificaciones y revoluciones que fueron sucediendo a lo largo de los dos últimos siglos (XIX y XX), particularmente después de la Segunda Guerra Mundial, especialmente del fenómeno que ahora gobierna el planeta, llamado *globalización*⁶⁸.

II. EL IMPACTO DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA EN LA COMUNIDAD INTERNACIONAL

Como se sabe, la delincuencia no ha sido ajena a ningún rincón del planeta. En algunos países el índice es mayor, en otros, menor, pero siempre se encuentra presente. En efecto, para algunos Estados el problema delictivo se enfoca en ciertas clases de delitos, diferentes a otros, según los acontecimientos sociales vividos y el tiempo transcurrido. Por tal motivo, la delincuencia nos abarca a todos por la sencilla razón de nuestra naturaleza innata de ser humano⁶⁹.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 28.

⁶⁸ Cabe decir que el globalismo se caracteriza por la primacía de uno de los subsistemas de valores, los económicos, sobre los demás subsistemas de valores, y en concreto sobre los valores político-democráticos que han sustentado el poder de los Estados. El globalismo supone, según BECK, "un imperialismo de lo económico bajo el cual las empresas exigen las condiciones básicas con las que poder optimizar sus objetivos". BECK, Úber, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós, trad. NEVERRY y otros, Barcelona, 1998, p. 27.

⁶⁹ HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, pp. 38 y ss. "No hay ninguna sociedad sin delito y que, por otro lado, la criminalidad aumenta en la medida que lo hace el desarrollo económico y cultural de la sociedad".

En cambio, la delincuencia organizada, en su origen y comienzo, solo formó parte de algunas latitudes (dejando de lado por un momento la afirmación anterior). Posteriormente, a raíz de los cambios mundiales mayormente económicos, el problema proliferó y ya cobija al planeta entero, principalmente por el crecimiento de la *criminalidad organizada* y el *terrorismo internacional*. La regla –ahora– ya no tiene más excepción. La cuestión es global pero con distinto matiz, dependiendo el lugar.

Por ello y otras cuestiones más, con la misma intensidad con que se estudian las normas penales desde la dogmática, paralelamente es importante realizar una introspección criminológica en esta materia⁷⁰, puesto que el objeto de estudio forma parte de la realidad concreta. La puesta en contacto con el singular fenómeno debe ser observada con cuidado, atendida desde sus raíces para, de este modo, poder articular un análisis mejor de lo que entendemos por delincuencia organizada.

Al respecto, es cierto que las clases de delincuencia organizada no son comunes o únicas para todos los países⁷¹. Por ejemplo, para algunos Estados la delincuencia organizada se sujeta en los problemas originados por la mafia; para otros en la coyuntura terrorista o en los grupos armados oriundos del Estado que lesionan derechos humanos⁷². También existen quienes la relacionan con las asociaciones ilícitas corruptas o en las que fundan violencia extrema a causa de diferencias o rechazo ideológico, político, religioso, sexual u otros. Al mismo tiempo los ejemplos pueden ser concurrentes, es decir, puede darse el caso que un

⁷⁰ A viva voz, muchos estudiosos del tema reclaman sobre la carencia de estudios generales que adolece la criminología de la delincuencia organizada o de la criminalidad organizada tanto en España como en la literatura comparada, lo que dificulta aún más el estudio pormenorizado de este nuevo fenómeno delictivo. MEDINA ARIZA, Juan “Una introducción al estudio criminológico del crimen organizado”, en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, FERRÉ OLIVÉ y ANARTE BORRALLÓ (Eds.), Universidad de Huelva, Huelva, 1999, pp. 109-110.

⁷¹ SCHNEIDER, Hans Joachim, “Recientes investigaciones criminológicas sobre la criminalidad organizada”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 3 -1993, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, p. 725: “En la realidad, ella [delincuencia organizada] manifiesta rasgos diferentes en los distintos países y regiones del mundo. El tipo ideal existe sólo como forma modificada”.

⁷² La delincuencia organizada desarrolla una multitud de actividades ilegales, las que adapta con flexibilidad a la situación de las necesidades respecto a servicios ilegales en el proceso social.

país se perjudique tanto por los efectos nocivos del terrorismo como por los carteles del narcotráfico, entre otros⁷³.

La aproximación a este tipo de fenómenos ha sido preferentemente abordada por la Ciencia Política o la dogmática penal, constituyendo un campo poco explorado desde el ámbito criminológico. En los últimos años, el epicentro de la discusión criminológica en torno a la delincuencia organizada ha estado protagonizado por su definición y delimitación, dejando la comprensión y el abordaje de sus componentes históricos, sociales y otros.

Por tal razón, en lo que sigue, sin ánimos de acopiar la lista total de las clases de delincuencia organizada, y para corroborar que el andamiaje de esta nueva delincuencia ya es un problema global que suscita mayor interés en las ciencias penales, abordaré brevemente –a pesar de los amplios datos– la etiología de cada caso, así como la descripción histórica y peculiaridades de las principales organizaciones criminales que existen actualmente en el mundo. Y, por supuesto, no dejaré de lado el análisis del termómetro delictivo de la delincuencia organizada en España⁷⁴.

Esta mirada atenta desde la Criminología no es en balde. Ya parte de la doctrina reclama mayor atención e intromisión de la Criminología para atender mejor la identificación del problema y así dar respuesta eficaz desde el campo normativo⁷⁵. Según esto, repito, este

⁷³ La repercusión en la historia social y política de varios países ha sido realmente profunda, en algunos casos con secuelas que se prolongan hasta su realidad presente.

⁷⁴ MEDINA ARIZA, *Una introducción al estudio criminológico del crimen organizado*, cit., p. 111: “Para poder identificar la delincuencia organizada, delimitarla, así como conceptualizarla, es necesario conocer las principales peculiaridades de ésta, ¿quién participa? o ¿quién conforma la delincuencia organizada?, ¿de qué manera? Y ¿cómo se organiza? Sus principales finalidades, sus objetivos, la manera de expresarse delictivamente y su carácter territorial, entre otras. Por lo tanto, la configuración o integración, su organización interna, la estructura jerárquica, la disciplina y el control establecidas, tanto para el reclutamiento como para el comportamiento dentro de la organización, finalidad, objetivos principales, el ámbito territorial donde actúa y comete los delitos, son las principales características que han estado orientadas a la elaboración de una serie de connotaciones específicas que en mayor o menor grado están presentes en todo grupo de personas que puede considerarse bajo el título de delincuencia organizada”.

⁷⁵ Para mayor facilidad de comprensión sobre el análisis criminológico del perfil del delincuente en una organización criminal puede revisarse: GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, Andrea, REQUENA ESPADA, Laura y DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luís, “¿Existe un perfil de delincuente organizado? Exploración a partir de una muestra española”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 13-03 (2011).

análisis será de mucha utilidad para luego entender, según mi juicio, en qué consisten los delitos de organización, su clasificación en el Código Penal español tras la reforma del 2010⁷⁶ y los problemas dogmáticos que trae consigo, en relación con las formas de intervención delictiva.

Por cuestiones de espacio y tiempo, el punto de inicio del detalle criminológico de este fenómeno se limita a las organizaciones criminales que abordaron su hegemonía delictiva en el siglo anterior y actual, en particular, las mafias, los carteles del narcotráfico, el terrorismo mundial y las maras.

III. IDENTIFICACIÓN DE LAS PRINCIPALES ORGANIZACIONES CRIMINALES EN EL MUNDO

1. Las mafias italianas

❖ La Cosa Nostra

El origen de las organizaciones criminales en la era de la globalización surgió con la *mafia siciliana* o llamada también *Cosa Nostra* en la segunda mitad del siglo XIX⁷⁷. Su presencia

⁷⁶ Uno de los problemas que presenta el estudio de la delincuencia organizada hasta ahora es lo referente a su investigación criminológica; mientras que la criminología contemporánea le preocupa la delincuencia común existe un vacío y una desatención por parte de esta ciencia hacia la investigación de la delincuencia organizada. Al respecto, Rogelio Barba alega que este déficit puede encontrar respuesta en la metodología de la investigación criminológica destinada a este fenómeno; basada en estadísticas, entrevistas, o biografías criminales, la criminología como ciencia que tiene como finalidad describir las causas del delito, es necesaria que se auxilie de otras ciencias para describir la actualidad criminal de este fenómeno por medio de estos y otros métodos de investigación (empírico-inductivo, interdisciplinariedad, historia criminal, etc.) más eficientes para llegar a una conclusión más veraz. Véase: BARBA ÁLVAREZ, Rogelio, “La criminología en el estudio de la delincuencia organizada”, en *Cuadernos de Política Criminal*, N° 75 – 2001, p. 628.

⁷⁷ El término mafia se acuñó a partir del adjetivo *mafiusi* (mafioso), cuyo significado en el antiguo dialecto de la capital de Sicilia alude a diversos atributos personales, como “arrogante”, “valiente”, “atrevido” y también “pendenciero” y “guapo”. Curiosamente, la palabra *mafioso* empezó a adquirir connotaciones criminales a consecuencia del enorme éxito de taquilla cosechado por *I mafiusi della Vicaria*, una obra de teatro escrita por un dramaturgo siciliano y representada por primera vez en 1863 (DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luís y GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, Andrea, *Crimen.Org*, Ariel, Barcelona, 2010, p. 44).

-principalmente- se debió a dos factores: Al éxito de las grandes fincas de naranjos y limones que se extendían desde los muros de la ciudad de Palermo y a la antigua resistencia estatal que aguardaba la sociedad siciliana.

La mafia siciliana al principio se dedicó a la protección de dichas fincas administradas por los *gabellotti*, quienes se perfilaban como la nueva y pujante clase empresarial, gracias a la práctica de dividir tierras en pequeñas parcelas que arrendaban a los campesinos y a su capacidad de controlar el abastecimiento de productos agrícolas a las ciudades.

Muchos *gabellotti* necesitaban de la mafia para la protección de sus tierras (protector por paga), y la mafia necesitaba a los contactos políticos de estos para poder obrar libremente. Hasta el punto de que fueron escasos los negocios y grandes propiedades que podían regentarse sin contar con la protección de la mafia o mafias establecidas.

El crecimiento de la mafia se vio favorecido con algunas costumbres de Sicilia, como el ensalzamiento de los valores familiares y machistas. Ello tuvo reflejo directo en las organizaciones, al estar siempre dirigidas por hombres caracterizados por su valentía (*uomini d'onore*). Así se conformaron las conocidas *famiglie* que aprovechaban las redes de parentesco de sus líderes y miembros para abastecer sus filas.

Como valores supremos de esta subcultura imperaban el secretismo interno de la organización⁷⁸ vinculada con la voz italiana *omertá* (código de silencio)⁷⁹, y la forma de solucionar sus problemas bajo la concepción de justicia alternativa a la oficial. Un mafioso

⁷⁸ Este secreto se encontraba en los diversos niveles del grupo, absolutamente necesario a fin de garantizar la solidez de la asociación (PALAZZO, Franceso, "La mafia hoy: Evolución criminológica y legislativa", en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, FERRÉ OLIVÉ y ANARTE BORRALLA (Eds.), Universidad de Huelva, Huelva, 1999, pp. 162-163).

⁷⁹ Cada recluta era iniciado en una ceremonia privada empapada de simbolismo católico. El ritual consistía en un juramento de silencio donde la sangre del iniciante, a causa de un pinchazo en el dedo, mojaba la imagen de Santa Rosalía, patrona de Palermo, y posteriormente procedía a quemarla; las cenizas eran depositadas por el padrino entre las manos del nuevo miembro, quien debía pronunciar el siguiente juramento: "Juro lealtad a mis hermanos; no traicionarlos nunca y socorrerlos siempre. Si no lo hiciera, que sea quemado y reducido a cenizas como esta imagen" (Esta ceremonia gráficamente se puede apreciar en el Documental realizado por HISTORY CHANNEL: *El crimen organizado-Episodio uno: La mafia siciliana*, en youtube.)

debía hacerse respetar por sí mismo, recurrir a la propia fuerza o al poder de sus familias o amigos para resolver sus problemas, defender su honor, el de su familia y el de sus amigos, evitando invocar al Estado y sus leyes. Todo en silencio⁸⁰.

El ejercicio de la violencia no fue un fin en sí mismo, sino un instrumento para la obtención de un objetivo consistente en la acumulación de riqueza, de modo que el comportamiento mafioso encuentra en el lucro un motivo institucionalizado⁸¹.

De ahí que, a los rasgos intrínsecos ya mencionados, hay que añadir el relativo a la dimensión económica del grupo que consiste en el dominio de actividades lucrativas, algunas incluso legales (casinos, constructoras, etc.), lo cual les otorga una gran capacidad para penetrar mediante la corrupción –también– en los organismos represivos del Estado. Según el Instituto Central de Estadísticas Italiano, la mafia siciliana produjo entre tres mil quinientos a seis millones de dólares por año, datos confirmados en los años de 1991 y 1992⁸².

Después de haber superado el poderío regional y sobre todo la persecución ordenada por Mussolini, terminada la Segunda Guerra Mundial, parte de los miembros de las familias se trasladaron a los Estados Unidos de Norteamérica llevando consigo los métodos mafiosos, dedicándose a muchos negocios ilícitos como el contrabando, la extorsión y especialmente el tráfico de drogas⁸³. Estos grupos formaron la *mafia italoamericana* que ya ha sido descrita en muchas ocasiones por películas o documentales al alcance de todo interesado. Desde allá se crearon mecanismos secretos para coordinar las diferentes familias que actuaban en territorio americano y que frecuentemente entablaban pugnas muy violentas

⁸⁰ MONTOYA, Mario D., *Mafia y crimen organizado*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, p. 37.

⁸¹ CATANZARO, Raimondo, *El delito como empresa. Historia social de la mafia*, Taurus Humanidades, trad. por María Rodríguez Tapia, Madrid, 1998, p. 67.

⁸² BLANCO CORDERO, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, 2002, p. 45.

⁸³ La Cosa Nostra siciliana estaba organizada a la manera de una pirámide jerárquica rígida, estratificada y articulada desde su base, para manejar y controlar las actividades que corresponden a cada sujeto y a cada región y país, conservándose el centro de mando en el territorio original. Para mayor análisis véase: DE LA CORTE IBÁÑEZ, y GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, *Crimen.Org*, cit., pp. 47 y ss.

entre sí por el territorio o por la hegemonía sobre los mercados, por los intereses y tipo de actividades.

A consecuencia de la avaricia de las distintas familias por apoderarse de todo el negocio ilícito surgieron dos guerras entre ellas mismas. La primera en 1963 y la segunda entre 1981 y 1983 llamada, de forma ilustrativa, “la matanza”. Esta última fue la más sangrienta y la que llevo al declive de la mafia siciliana. El desenlace se debió a la exclusión de la cúpula del mafioso Totó Riina. Para abarcar el tráfico de heroína a gran parte del mundo, el mencionado mafioso inició la guerra eliminando a muchos familiares y líderes de los *corleonesi*, logrando obtener el título de *capo di tutti capi*⁸⁴.

En 1986 la justicia italiana llevo a cabo el *maxijuicio* procesando a cuatrocientos setenta y cuatro personas vinculadas a la mafia siciliana. El resultado fue la condena de trescientos sesenta imputados, incluidos los capos Provenzano y Greco. De ahí se consiguieron muchos testimonios donde, por primera vez, se conoció el funcionamiento interno de la Cosa Nostra⁸⁵.

En esta etapa, cabe homenajear a los jueces Giovanni Falcone y Paolo Borsellino, quienes lideraron las investigaciones judiciales contra la mafia a pesar de tantas adversidades. Los dos fueron asesinados en atentados provenientes de la mafia para intentar recuperar el poderío perdido. El mejor legado de Falcone fue aquella enseñanza que reza: “El mayor peligro que tiene la Mafia en el presente, es que ha dejado de ser una Mafia parasitaria para convertirse en una Mafia empresarial y aún en una Mafia que es capaz de controlar la administración pública”. Por eso afirmaba también que “la criminalidad organizada no puede ser combatida de un modo desorganizado”⁸⁶.

⁸⁴ MONTOYA, *Mafia y crimen organizado*, cit., pp. 44-47.

⁸⁵ Para mayor referencia: FALCONE, Giovanni, *Cosas de la Cosa Nostra*, Barataria, trad. IZQUIERDO, Barcelona, 2006, pp. 143 y ss.

⁸⁶ GONZÁLEZ RUÍZ, Samuel, *La lucha contra el crimen organizado. La experiencia de Giovanni Falcone*, Instituto Nacional de Ciencias Penales – Procuraduría General de la República, México D.F., 1992, p. 31.

En la actualidad, las secuelas del sindicato siciliano se perciben en las esferas sociales de la ciudad. Aún existen facciones del grupo pero con menor agresividad que las de antaño. En el 2009 las autoridades judiciales incautaron a la mafia dos billones de euros y confiscaron doce negocios, doscientos veinte edificios, treinta y tres parcelas rurales y un yate de veinticinco metros⁸⁷.

Este grupo es considerado el más poderoso de todas las mafias italianas porque ha sido el que mayor capacidad de infiltración a nivel nacional e internacional, político y económico ha demostrado. Tuvo como peculiaridades esenciales: el secretismo, la organización interna, la creación de una justicia alterna y la finalidad criminal de carácter lucrativo⁸⁸.

❖ La Camorra

La organización criminal conocida como la Camorra es originaria de la región de Campania, al suroeste de Italia, y más concretamente de su capital, Nápoles. Los orígenes del nombre no están del todo claros, aunque se supone que tiene que ver con una palabra antigua castellana, *gamurri*, cuyo uso se hizo frecuente a partir del siglo XIV para aludir a ciertas bandas de ladrones que actuaban en las montañas del sur de Italia.

Se dice que la primera mención oficial sobre la Camorra se halló en un informe policial de 1820. Así, es posible que este grupo surgiera gracias al vacío de poder que afectó a Nápoles unas décadas antes, entre 1799 y 1815, mientras España y Francia se disputaban la ciudad en el marco de las Guerras Napoleónicas hasta su integración en el Reino de las Dos Sicilias, instaurado por la dinastía Borbón en 1816⁸⁹.

⁸⁷ DE LA CORTE IBÁÑEZ y GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, *Crimen.Org*, cit., p. 62. En la actualidad, los objetivos de la mafia consisten en una mayor infiltración en las actividades legales a nivel local, y en el desarrollo en el ámbito internacional de vínculos con otros grupos ofreciéndoles también los servicios de blanqueo obtenidos mediante las actividades legales previamente infiltradas.

⁸⁸ PALAZZO, *La mafia hoy: Evolución criminológica y legislativa*, cit., p. 162.

⁸⁹ DE LA CORTE IBÁÑEZ y GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, *Crimen.Org*, cit., p. 63.

La Camorra se desarrolló durante la segunda mitad del siglo pasado como una especie de confederación de grupos o clanes. Cada clan disponía de una jerarquía, las tareas y responsabilidades solían ser repartidas.

Más tarde, paulatinamente la Camorra se introdujo en la ciudad (zona urbana) con el propósito de controlar los mercados dictando precios y actuando como intermediarios entre los compradores y vendedores. Durante décadas pervivió la distinción entre la Camorra urbana, más proclive a conflictos internos, y otra Camorra rural, menos visible y llamativa, pero más estable⁹⁰.

Sus actividades delictivas se dirigían, además de a la extorsión y los servicios de protección, al control de juegos de apuestas, negocios relacionados a la construcción de inmuebles y, como era previsible, al tráfico de la cocaína y heroína. También se dedicaron a la industria de la falsificación de productos. A diferencia de la Cosa Nostra, la Camorra impone el desorden social en los lugares donde radica su dominio ilegal⁹¹.

Los miembros de la Camorra ingresaron en el mercado de las obras públicas, después del terremoto acaecido en Italia (1980). En ese tiempo la relación con los políticos se acrecentó, logrando así fortalecer más su poder. Eran expertos en vender votos a través de vías de intimidación y chantaje de la población⁹². El método consistía en ofertar puestos de trabajo obtenidos mediante favores políticos y ofrecidos a cambio de votos.

La relación entre la Camorra y la política perdura hasta nuestros días y no solo en Italia. A título de ejemplo próximo puede citarse la orden que dio Ricardo Capasso, mafioso al servicio de la familia de Giuseppe Felaco, en el año 2011 a sus subordinados para

⁹⁰ *Ibidem*, p. 64.

⁹¹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, Comares, Granada, 2009, p. 93.

⁹² TRANFAGLIA, Nicola, "La clase política italiana y el problema de las "mafias"", en *Revista Ayer*, N° 16, 1994, p. 114. Puede verse también en: http://www.ahistcon.org/docs/ayer/ayer16_06.pdf.

introducirse en la política de Tenerife. La intentona fue desmontada gracias a la operación Pozzaro a cargo de la Policía y la Guardia Civil española⁹³.

En suma, la Camorra fue y sigue siendo una organización mafiosa jerárquicamente estructurada compuesta por diversos pequeños grupos, que siguen intentando introducirse en la política municipal o estatal para así controlar los negocios ilícitos de droga y desbaratar el tesoro público que han asumido. En muchos pueblos la Camorra esta tan metida en el tejido social que ha llegado a ser invisible. Resalta, más que antes, su sistema de organización globalizada, el imperio de la violencia y su finalidad ilícita-lucrativa. Se conoce que el campo delictivo que ahora abarcan con fuerza es el reciclaje ilegal de desperdicios, la extorsión y la falsificación de grandes marcas de prendas de vestir, eliminando a quien se le ocurra obstaculizar sus objetivos⁹⁴.

❖ La ‘ndrangheta y la Sacra Corona Unita

LA ‘ndrangheta, cuyo nombre proviene de la palabra griega “*andragathos*” que significa “hombre valiente”, es una organización criminal oriunda de Calabria (sur de Italia) cuyos inicios datan de la Unificación Italiana⁹⁵.

Las facciones de esta mafia (*‘ndrine*) en la década de los setenta comenzaron a obtener beneficios derivados de actividades ilícitas como el secuestro, la adjudicación de obras públicas y, algo después, el tráfico de estupefacientes. Su mayor habilidad era el secuestro de personajes adinerados del norte de Italia para obtener grandes beneficios económicos y

⁹³ Así lo informó el diario La Opinión el 04 de noviembre de 2011. Véase en su versión digital: <http://www.laopinion.es/tenerife/2011/11/04/camorra-ordeno-contactos-introducirse-politica/378154.html>.

⁹⁴ Para una mejor narración de los grandes acontecimientos delictivos de la Camorra, su imperio económico y sus actuales planes, puede revisarse: SAVIANO, Roberto, Gomorra. *Un viaje al imperio económico y al sueño de poder de la Camorra*, 8ª ed., trad. CLAVEL y RAMOS, Debate, Barcelona, 2008.

⁹⁵ VALENTINA RICCI, Jennifer, *La penetrazione della ‘ndrangheta nella provincia di Milano: Due casi a confronto melzo e cologno monzese*, Tesis sustentada en la Università degli studi di Milano, edición electrónica en: [http://www.stampoantimafioso.it/wp-content/uploads/tesi%20con%20cambio%20DEF\(1\).pdf](http://www.stampoantimafioso.it/wp-content/uploads/tesi%20con%20cambio%20DEF(1).pdf).

con ese dinero invertir en la compra de drogas (heroína, hachís, entre otras). En los años ochenta el empleo dio un giro, el negocio fue el contrabando de cigarrillos y armas⁹⁶.

A pesar de la gigantesca producción económica, entre los años 1985 y 1991 surgió la guerra interna, que no fue la única pero sí la más larga entre las familias de la 'ndrangheta, dejando un saldo de seiscientos muertos reconocidos y su capacidad delictiva debilitada. Se dice que la paz dentro de esta mafia se debió a la mediación de la Cosa Nostra⁹⁷.

Después de la guerra, la mafia siciliana ayudó a la 'ndrangheta a reorganizarse y llevar a bien sus relaciones internas como las actividades delictivas, lo que influyó en el crecimiento de esta agrupación en los años posteriores.

En los noventa, cuando las otras mafias sufrían la persecución de las autoridades, surgió la gran oportunidad de la 'ndrangheta para ampliar su participación en el mercado de la droga, llegando a entablar contacto con los cárteles sudamericanos para el abastecimiento de la cocaína en el mercado europeo.

En la actualidad esta mafia sigue vigente y aún fuerte en el mercado de las drogas. Sus ganancias ascendieron a cuarenta y cuatro mil millones de euros en el 2007, cifra que corresponde al 2,9% del producto interior bruto de Italia⁹⁸. Sus negocios tienen apariencia lícita con bases económicas provenientes del blanqueo de capitales. Una muestra es la compra del Café París⁹⁹ y el ingreso en la economía argentina¹⁰⁰.

⁹⁶ DE LA CORTE IBÁÑEZ y GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, *Crímen.Org*, cit., p. 70.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 72.

⁹⁸ Véase: BOEMI, Salvatore, "La 'ndrangheta: Origen, naturaleza y ramificaciones en la economía del Tercer Milenio", en *Mafia, 'ndrangheta, Camorra. En los entresijos del poder paralelo*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2003, pp. 86 y ss. Así lo reporta la prensa española. Véase: <http://www.elcorreogallego.es/terras-de-santiago?idEdicion=889&idNoticia=303227>. También, *El país*, 23 de mayo de 2008. Versión virtual: http://internacional.elpais.com/internacional/2008/05/23/actualidad/1211493616_850215.html

⁹⁹ http://www.heraldo.es/noticias/internacional/la_mafia_calabresa_compra_cafe_paris_roma.html

¹⁰⁰ <http://edant.clarin.com/diario/2007/10/22/elmundo/i-02601.htm>

La esencia de la agrupación radica en su seriedad, esto es, en el cumplimiento cabal de la palabra¹⁰¹, característica que la ha fortalecido a lo largo de los años por el impedimento de la publicidad de su organización interna.

Una diferencia entre este grupo con las otras mafias italianas es que la 'ndrangheta nunca ha sido una entidad organizativa piramidal no centralizada. Toda 'ndrine posee una jerarquía clara, que empieza por los soldados y acaba en el capo, pero la relación interna entre las familias suele ser de igual a igual¹⁰².

En cuanto a la *Sacra Corona Unita*, organización mafiosa de Puglia (Abulia, en el talón de la Italia), formada por la coalición de grupos de criminales locales en los últimos años de la década de los setenta, no tiene solo como eje geográfico delictivo a Italia, sino que ha guardado estrecha relación con grupos criminales albaneses¹⁰³, dedicándose junto a ellos a la trata de personas, tráfico de armas y drogas¹⁰⁴ y la formación de redes de prostitución.

Al igual que la Cosa Nostra, la *Sacra Corona Unita* mantiene acciones de secretismo dentro de su organización realizando juramento de lealtad y fidelidad, inspirado en la religión y la pertenencia a una familia o un clan¹⁰⁵. Su organización es jerárquica, pero el liderazgo la comparte con los otros grupos criminales allegados como los albanes o turcos.

¹⁰¹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal*, cit., p. 92.

¹⁰² DE LA CORTE IBÁÑEZ y GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, *Crimen.Org*, cit., p. 70.

¹⁰³ Los grupos criminales albaneses forma el gran grupo de la mafia de los Balcanes. Están íntimamente conectados con los conflictos en la región, aunque el problema precede en realidad al conflicto en Kosovo y zonas circundantes. Su principal célula es la etnia *kanun* pero también integran otros pequeños círculos de delincuentes provenientes de Bulgaria y Macedonia. Para mayor estudio véase: KÖPPEL, Thomas y SZÉKELY, Agnes, "Crimen transnacional organizado y conflicto en los Balcanes", en *Crimen transnacional organizado y seguridad internacional. Cambio y continuidad*, BERDAL y SERRANO (Comps.), Fondo Cultural económica, México D.F., 2005, pp. 196-2012.

¹⁰⁴ El mercado europeo de heroína está controlado por organizaciones criminales turcas y de etnia albana; los turcos dominan como traficantes y los albanos como distribuidores. Por ejemplo en Suiza la distribución de droga está firmemente en manos de jóvenes de etnia albana procedentes de Yugoslavia y de Albania (Véase: RESTA, Patrizia, "Las mafias Balcánicas: El caso de Albania", en *Mafia, 'ndrangheta, Camorra. En los entresijos del poder paralelo*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2005, pp. 172 y ss.).

¹⁰⁵ Su juramento radica en decir en voz alta: "*Giuro su questa punta di pugnale bagnata di sangue, di essere fedele sempre a questo corpo di società di uomini liberi, attivi e affermativi appartenenti alla Sacra Corona Unita e di rappresentame ovunque il fondatore, Giulio de Ferrari*". (<http://alexanderstraffon.blogspot.com.es/2009/05/la-mafia-en-el-mundo-una-poderosa.html>)

2. Las mafias rusas

El antecedente histórico del crimen organizado en Rusia fueron los conocidos como “ladrones de ley”, un grupo altamente organizado y disciplinado gobernado por sus propios valores. El término “Mafiya” tiene diversos significados para los rusos, se encuentra ligado a la corrupción gubernamental y al crimen organizado¹⁰⁶. Con la caída del comunismo en Rusia, las mafias tuvieron mayores facilidades para concretar sus objetivos, tanto que ahora son grupos mejores estructurados para traficar estupefacientes y guardar contacto con otras mafias de Europa del Este.

Las actividades más usuales a las que se dedican las mafias rusas son el robo de antigüedades y su contrabando hacia el Oeste de Europa, la prostitución, el robo de coches, el comercio de armas y el tráfico de drogas, material nuclear, obras de arte, etc. Sin embargo, pueden añadirse otras muchas actividades puesto que las mafias rusas se caracterizan por aprovechar las oportunidades que surgen en los mercados nacionales e internacionales¹⁰⁷.

En los últimos tiempos y dada la necesidad de dinero de muchos países de Europa del Este, se ofrecían amplias y atractivas posibilidades de inversión hacia esos países, incluyendo Rusia con la caída del comunismo y sus planes de privatización. Tanto las mafias rusas como otras organizaciones criminales aprovechan ese proceso de privatizaciones, que les permite invertir grandes sumas de dinero y por ende blanquear sus capitales de manera más rápida, mayormente en países occidentales; por ejemplo, en las costas turísticas de España¹⁰⁸.

Actualmente, se considera que cerca de cuarenta mil negocios rusos están controlados por la delincuencia organizada, y la existencia de redes de blanqueo, en las que participan

¹⁰⁶ MONTOYA, *Mafia y crimen organizado*, cit., p. 85.

¹⁰⁷ *Ibídem*, pp. 90 y ss.

¹⁰⁸ BLANCO CORDERO, *El delito del blanqueo de capitales*, cit., p.46

bancos, profesionales del Derecho u otras empresas, muchas de ellas con vínculos a escala mundial¹⁰⁹.

3. Los Yakuzas y las Tríadas chinas

La palabra *yakuza* proviene del vocabulario relativo a un tradicional juego de cartas japonés. Literalmente, designa a los perdedores de dicho juego, aunque también se emplea para identificar a las organizaciones y bandas que controlan las principales actividades delictivas desarrolladas en Japón desde hace varios siglos¹¹⁰.

La *yakuza* japonesa, como grupo criminal, tiene orígenes muy remotos y mezclados con una suerte de mitología y religión japonesa que al parecer remontan a los años de 1603 a 1867. El entorno de las *yakuzas* estaría integrado por los miembros de los grupos violentos *boryokudan*, o *kuimiin*, junto con una serie de individuos asociados (*jun-kuimiin*).

Entre el siglo XIX y principios del XX, se introdujeron entre las élites económicas de Japón logrando el control de la prostitución, las apuestas, el contrabando, el blanqueo de dinero, los espectáculos, la especulación de bienes inmobiliarios, el negocio de la extorsión, venta de artículos pornográficos y el tráfico de drogas y armas¹¹¹.

Posteriormente, al concluir la Segunda Guerra Mundial, las *yakuzas* se apoderaron del mercado negro que surgió en Japón. Además obtuvieron simpatía con la fuerza ocupante de los Estados Unidos de Norteamérica y del Partido Liberal Demócrata, que dominó la vida política de Japón durante años. Todo ello fue motivo para que el Estado decreta normas severas para la lucha contra ellos.

¹⁰⁹ CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, "La criminalidad organizada. Concepto. La asociación ilícita. Problemas de autoría y participación", en *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2001, p. 233.

¹¹⁰ DE LA CORTE IBÁÑEZ y GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, *Crimen.Org*, cit., p. 113.

¹¹¹ *Ibídem*, pp. 115-118.

En el siglo XX, las yakuza sufrieron una reestructuración de sus principales familias o federaciones¹¹². Las tres agrupaciones más importantes surgidas en estos momentos son la *Yamaguchi-gumi*, radicada en Kobe, *Sumiyoshi-kai*, con sede en Atami, y *Inagawa-kai*, con origen en Akasaka. La más poderosa de las tres es la primera¹¹³.

Entre sus características principales tenemos el respeto inquebrantable de sus miembros al estilo de los samuráis. Ellos no viven en la clandestinidad ni esconden su identificación, sino que suelen hacer alarde de su condición de criminales para intimidar a los ciudadanos. Tatúan la mayor parte de su cuerpo con símbolos rituales internos (*irezumi*) para demostrar su ascendencia dentro de la organización. También demuestran su solidaridad con el pueblo haciendo obras públicas de caridad para ganar popularidad e influencia entre ellos.

Actualmente, aparte de su inserción en la política, las yakuza han llegado a entablar relación con la policía japonesa, lo que les permite actuar fácilmente en sus negocios ilícitos, fundamentalmente en la prostitución, el turismo sexual y la pornografía¹¹⁴.

Se han organizado de forma vertical con sumo respeto entre sus líderes sin llegar a la exteriorización de la violencia entre ellos. De igual forma, frecuentemente no necesitan exteriorizar actos de violencia indiscriminada entre la población, ya que sus mejores armas son la influencia política y policial. Aunque en los últimos años han realizado pequeños tiroteos y atentados con bomba a sus víctimas, quizás se deba a la reducción de la solvencia económica que padece Japón¹¹⁵.

Por otra parte, en algunas zonas de Japón les ha surgido dura competencia de nuevos grupos criminales conocidos como los “*cabeza de serpiente*”, agresivos pandilleros con

¹¹² KAPLAN sostiene que del mismo modo que la mafia Italia, las yakuza se agrupaban en “familias”. Encabezadas por el “padrino”, y a los nuevos miembros adoptados por el clan les correspondía la condición de hermanos mayores, hermanos menores e hijos. Pero las yakuza añadieron a dicha estructura una relación peculiar de la cultura nipona conocida por el nombre *oyabun-kobun*, que significa literalmente “condición de padre y condición de hijo” (KAPLAN, David, *La mafia japonesa*, Ediciones B, Barcelona, 1989, 11).

¹¹³ Datos obtenidos en DE LA CORTE IBÁÑEZ y GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, *Crimen.Org*, cit., p. 116.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 121.

¹¹⁵ MONTOYA, *Mafia y crimen organizado*, cit., p. 85.

intereses iguales en los negocios de las yakuzas. Sobre esta cuestión, considero que puede darse el caso que en un futuro próximo el panorama y la conducta de esta mafia se modifique hasta ver decaída su supremacía delictiva¹¹⁶.

En relación a la mafia china cabe señalar que su organización está conformada, igual que las yakuzas, con rangos tradicionales y simbólicos cuyos orígenes se pierden en el pasado¹¹⁷.

El término chino equivalente a *tríada* se ha empleado tradicionalmente en China para designar un símbolo místico, un triángulo equilátero cuyos vértices se asocian a tres conceptos básicos en la cultura china: el cielo, la tierra y el hombre. En 1982 el director de un *college anglochino* escogió la palabra *tríada*, pero, para ahora designar a las diversas sociedades secretas que en aquellos momentos había en China. Con el paso del tiempo, la nueva acepción se popularizó dentro y fuera del país, si bien cuenta con otras expresiones sinónimas de uso común, como “sociedades negras” (*hei shehui*) o Asociación-Sociedad del Cielo y la Tierra (*Tian-dihui*)¹¹⁸.

En el siglo XX, con el triunfo del comunismo en China, muchos integrantes de la tríada china emigraron a otros países. Por esa razón, se dice que la tríada no actúa desde la propia República China sino que se encuentra ubicada fundamentalmente en Hong Kong y Taiwán¹¹⁹. Y sus actividades la realizan en aquellas ciudades del mundo que cuentan con

¹¹⁶ DE LA CORTE IBÁÑEZ y GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, *Crimen.Org*, cit., pp. 122-123.

¹¹⁷ Es una sociedad secreta que posee un complicado ritual, lleno de simbolismos. Básicamente la simbología de las tríadas podría clasificarse como: a) signos con las manos; b) signos con el alfabeto; c) forma peculiar de llevar la ropa; d) forma peculiar de llevar artículos como el paraguas o sombrero; e) modos de hablar y; f) lenguaje propio de la tríada (KONG CHU, Yiu, “Las tríadas globales: ¿Mito o realidad?”, en *Crimen transnacional organizado y seguridad internacional. Cambio y continuidad*, BERDAL y SERRANO (Compiladores), Fondo Cultural económica, México D.F., 2005, pp. 289-290).

¹¹⁸ DE LA CORTE IBÁÑEZ y GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, *Crimen.Org*, cit., p. 124.

¹¹⁹ Las tríadas conocidas son: 1) Sap Sze Wui (o Tríada 14K), fundada en 1947 con importantes ramificaciones en Taiwán y Macao. 2) Chu Luen Pang (Unidad Bambú), establecida en Taipei y que se extiende rápidamente en Hong Kong. 3) Sun Yee On (Nueva Virtud y Paz), creada en Cantón en 1919 y posteriormente se traslada a Hong Kong y Macao. 4) Wo Chi Tau (Federación de la Armonía), fundada en Hong Kong en 1908. 5) Si Hai Pang (Banda de los Cuatro Mares), fundada en Taiwán en 1949 (KONG CHU, *Las tríadas globales: ¿Mito o realidad?*, cit., p. 281).

un núcleo numeroso de ciudadanos chinos, como por ejemplo Ámsterdam, Londres, Manchester, Nueva York y San Francisco¹²⁰.

Al principio, presentaron una estructura coronada en su vértice por el poder de un líder (*san chu*) y un líder segundo (*fu san chu*). Por debajo de ellos hay otros líderes, que a su vez ejercen autoridad sobre una serie de departamentos y divisiones. Todos los jefes de las tríadas desempeñan su cargo por un periodo de tiempo establecido tras haber sido elegidos por sus miembros.¹²¹

No obstante, desde la década de los ochenta hasta la actualidad, la estructura organizativa de las tríadas se ha vuelto flexible y descentralizada. El sistema tradicional de rangos ha quedado reducido a tres: Polo rojo, Miembro ordinario y Linterna azul, y la ceremonia de iniciación se ha simplificado¹²².

El control de la organización no es tan rígido como alguna vez lo fue y los miembros ahora suelen poner el beneficio personal por encima de los intereses de la organización. Cada vez es más frecuente que las pandillas tríadicas peleen unas contra otras por el control de negocios lucrativos, en tanto que hay miembros individuales que dirigen sus propias redes o prestan servicios por su cuenta¹²³.

Los negocios incursionados por las tríadas han sido y siguen siendo varios. El primero, el tráfico de heroína, pudiendo afirmarse que el 90% de este tipo de droga en el mundo está controlada por ellas y casi toda esa heroína se traslada a través de Hong Kong y después se envía a Norteamérica¹²⁴. Se atribuye a las sociedades tríadicas el contrabando de personas, es decir, el envío de –mayormente- chinos a países donde la población china es notable. Muchas veces los chinos, entre ellos niños y mujeres, son enviados en contenedores en

¹²⁰ BLANCO CORDERO, *El delito del blanqueo de capitales*, cit., p. 40.

¹²¹ DE LA CORTE IBÁÑEZ y GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, *Crimen.Org*, cit., p. 126.

¹²² *Ibidem*, p. 129.

¹²³ KONG CHU, *Las tríadas globales: ¿Mito o realidad?*, cit., p. 276.

¹²⁴ MITTELMAN, James H., y JOHNSTON, Robert, "The Globalization of Organized Crime, the Courtesan State, and the Corruption of Civil Society", *Global Governance* 4(1), 1999, pp. 103-127. Citado por KONG CHU.

viajes de más de dos meses, falleciendo algunos y otros quedando enfermos¹²⁵. Son especialistas en la falsificación de tarjetas de crédito y en el blanqueo de capitales¹²⁶.

4. Los carteles latinoamericanos de la droga

Sudamérica es el principal productor en el mundo de clorhidrato de cocaína por tener tierras tan fértiles para el cultivo de la hoja de coca, exactamente en países andinos como Perú y Bolivia. Esta producción la ha sabido aprovechar Colombia para procesarla y distribuirla principalmente a los Estados Unidos de Norteamérica, a través de distintas rutas (aéreas, marítimas y terrestres), con paradas en diversos países centroamericanos y caribeños¹²⁷.

MEJÍA QUINTA, filósofo colombiano, ha expresado que “desde los años setenta (otros indican los sesenta) inició la cultura mafiosa en Colombia con el contrabando y el tráfico de esmeraldas. Ambas situaciones se verían más tarde catalizadas durante la bonanza de la marihuana tanto, de nuevo, en la región costera por la famosa marihuana de la Sierra Nevada, como el altiplano”¹²⁸.

La primera droga con que se traficó, por tanto, en Colombia fue la marihuana. Se dice que en mucho cooperó y adiestró la mafia italoamericana, asentada en Panamá, a un sinnúmero de jóvenes colombianos para el desarrollo del negocio. Fueron estos mafiosos quienes incentivaron a sus socios a iniciarse en la producción y exportación de cocaína, ya que

¹²⁵ La prensa muchas veces informa al respecto: http://spanish.china.org.cn/society/txt/2010-03/25/content_19681819.htm. También en <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/12/25/internacional/1356440503.html>.

¹²⁶ Hong Kong es uno de los centros más grandes de blanqueo de dinero de la droga en el mundo. Las inmensas ganancias que emanan del comercio de la droga del Triángulo de Oro (grupo de tríada) se desplazan de los Estados Unidos a Hong Kong y, una vez blanqueadas, se vuelve a enviar en secreto el dinero “limpio” a los Estados Unidos (KONG CHU, *Las tríadas globales: ¿Mito o realidad?*, cit., p. 278).

¹²⁷ SERRANO, Mónica y TORO, María Celia, “Del narcotráfico al crimen transnacional organizado en América Latina”, en *Crimen transnacional organizado y seguridad internacional. Cambio y continuidad*, BERDAL y SERRANO (Comps.), Fondo Cultural económica, México D.F., 2005, p. 233. Por lo menos el 70% de la cocaína vendida a nivel internacional procedió de las refinerías colombianas. Desde Colombia se exportaban de 400 a 700 toneladas anuales de cocaína refinada.

¹²⁸ MEJÍA QUINTA, Óscar, “Cultura política mafiosa en Colombia”, en *Revista Ciencia Política* N° 10, Universidad Nacional de Colombia, Julio-Diciembre 2010, p. 25.

Colombia, se encuentra ventajosamente situada a medio camino entre Perú y Bolivia y Estados Unidos (primer consumidor de drogas)¹²⁹.

En los setenta, en el mundo del hampa de Medellín destaca un joven ladronzuelo que antes se dedicaba al robo de lápidas, coches, asaltos en bancos y extorsión para luego convertirse en el narcotraficante más poderoso del mundo al liderar el llamado *cartel de Medellín*¹³⁰. Esta organización criminal, además de Pablo Escobar Gaviria (el patrón), estaba compuesta por Gonzalo Rodríguez Gacha (el mexicano), los hermanos Ochoa y Carlos Lehder¹³¹.

El cartel de Medellín fue, sin duda alguna, la organización criminal más agresiva de todos los tiempos hasta poner en jaque al propio Estado colombiano, cuando el deseo gubernamental era extraditar a miembros relevantes a los Estados Unidos por el delito de narcotráfico. Los dirigentes del cartel no guardaron ningún reparo para mandar asesinar a cualquier sujeto que interrumpiera sus fines, ya sea políticos, como el ex ministro de Justicia Rodrigo Lara Bonilla y el candidato a la presidencia de Colombia Carlos Galán¹³²; policías, a quien Pablo Escobar ofreció a las pandillas de Medellín cuatro mil dólares por cada oficial o suboficial muerto; periodistas, como el director del diario El Espectador, Guillermo Cano; judiciales, se sabe que el cartel de Medellín financió la toma del Palacio de Justicia a cargo de los guerrilleros del M19 donde murieron doce magistrados; además mandaron matar a más de cincuenta jueces que investigaban sus procesos judiciales; inocentes, como los cientos que murieron en el atentado al avión de Avianca con el fin de liquidar al, en ese entonces, candidato presidencial César Gaviria; entre otros¹³³.

¹²⁹ DE LA CORTE IBÁÑEZ y GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, *Crimen.Org*, cit., p. 136.

¹³⁰ El término cartel se aplica originalmente para referirse a la organización de empresas hecha con el fin de comerciar y controlar los precios de sus productos en los mercados, evitando la competencia entre sí y conservando su independencia interna pero practicando estrategias de mercado acordadas en común (MENDOZA BREMAUNTZ, Emma, *Delincuencia global*, Lerner, Buenos Aires, 2005, p.93). Sobre la vida de Pablo Escobar, véase: SALAZAR J., Alonso, *La parábola de Pablo*, 2ª ed., Planeta, Bogotá, 2001.

¹³¹ SERRANO, Alfredo, *La multinacional del crimen. La tenebrosa oficina de Envigado*, Debate, Bogotá, 2010, pp. 69 y ss.

¹³² TRIANA RIVERA, María Elena, *Vamos a matar a Galán ¿El gatillo que oprimió Santofimio?*, Ediciones Dipon-Gato Azul, Bogotá, 207.

¹³³ <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-6097669>.

La violencia indiscriminada fue llevada a cabo por más de dos mil hombres al servicio del cartel de Medellín, quienes supieron especializarse en el uso de explosivos, manejo audaz de motocicletas y automóviles, estrategias militares (táctica israelí), secuestros, asesinatos en masa, etc.

Otra característica que debe ser mencionada es el poder económico que representaron. En pocas palabras fue espeluznante, al extremo de considerar a Pablo Escobar, en un momento, el hombre más adinerado del mundo¹³⁴. Él y sus socios llegaron al punto de ganar hasta medio millón de dólares por día. Una de las más célebres inversiones de Pablo Escobar fue el zoológico de la hacienda Nápoles: dos mil ejemplares y más de cien especies exóticas importadas de Australia, El Sahara, Canadá, Europa, El Congo, Etiopía; y a la entrada, un significativo monumento: una avioneta¹³⁵. El gran gusto por los coches antiguos lo llevo a coleccionar automóviles de diversos modelos y marcas pagando exorbitantes sumas de dinero.

Un porcentaje del dinero ganado Pablo Escobar lo invirtió en los más necesitados de Medellín como parte de su método para ganarse el respeto y cariño del pueblo. En muchas ocasiones compró regalos para todos los niños de Medellín en Navidad y organizó incontables fiestas. Incluso financió la construcción de cuatrocientas viviendas para las familias más pobres.

Esta ayuda social, como en la mafia italiana y otras organizaciones similares, le sirvió a Pablo Escobar para inmiscuirse en la política, ganando un cupo en la Diputación de Colombia (1982). Carlos Lehder también fue parte de las relaciones entre el narcotráfico y la política, al fundar su propio partido político, el “Movimiento Latino”, cuya principal bandera consistió en luchar contra la extradición.

¹³⁴ La Revista Forbes calculó el caudal económico de Pablo Escobar en unos siete mil millones de dólares en 1987 (<http://www.forbes.com/sites/erincarlyle/2012/03/13/billionaire-druglords-el-chapo-guzman-pablo-escobar-the-choa-brothers/>).

¹³⁵ ATEHORTÚA CRUZ, Adolfo L., y ROJAS RIVERA, Diana M., “El narcotráfico en Colombia. Pioneros y capos”, en *Revista Historia y Espacio* N° 31, Universidad del Valle, 2008, p. 11 (del trabajo). Versión electrónica en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4015471>

Muchos analistas mencionan que la mayor parte de la clase política colombiana, entre las décadas de los ochenta y noventa, se vinculaba con el narcotráfico¹³⁶, algunos por temor y otros por ambición. El cartel de Medellín gráficamente tenía un dicho: “*dinero o bala*”, lo que significaba que si los políticos, autoridades o policías no colaboraban con ellos a cambio de grandes sumas de dinero u otra ventaja, el posible resultado era la propia muerte. Por ello, reinaba la corrupción en muchas instituciones públicas.

Abreviando el suceso histórico del cartel de Medellín¹³⁷, su declive se debió a la suma de partes para asesinar a Pablo Escobar: el Estado colombiano junto a la *Drug Enforcement Administration* (DEA - Estados Unidos) querían su cabeza a toda costa por la gran destrucción y muerte que había golpeado a Colombia; pero también los *Pepes* (Perseguidos por Pablo Escobar), grupo financiado por el *cartel de Cali*, para dejarlos al de Medellín fuera de la competencia del mercado ilícito del tráfico de cocaína.

Con la muerte de Escobar en el año 1993, el camino quedó libre para el cartel de Cali, liderado por Gilberto Rodríguez Orejuela, su hermano Miguel y José Santacruz Londoño (Don Chepe)¹³⁸. Su organización era patriarcal, estaba favorecida por lazos familiares entre sus miembros y se basaba en fuertes principios de disciplina y lealtad. Fueron la principal competencia del cartel de Medellín en el tráfico de cocaína¹³⁹.

La táctica delictiva era acopiar información de sus rivales o de la policía, para anticipar su estrategia delictiva, la habilidad para encontrar nuevas rutas de financiación y oportunidades de negocios y el uso extremo de la violencia¹⁴⁰.

El grupo tuvo muchos respaldos en la política colombiana, hasta el punto de que financiaron –en gran medida– la campaña del quien fuera Presidente de Colombia, Ernesto Samper (1994-1998)¹⁴¹.

¹³⁶ Para mayor detalle: MEJÍA QUINTA, *Cultura política mafiosa en Colombia*, cit., p. 40.

¹³⁷ Para mayor extensión véase: ATEHORTÚA CRUZ, y ROJAS RIVERA, *El narcotráfico en Colombia. Pioneros y capos*, cit., pp. 02 y ss.

¹³⁸ DE LA CORTE IBÁÑEZ y GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, *Crimen.Org*, cit., p. 143.

¹³⁹ MONTOYA, *Mafia y crimen organizado*, cit., pp. 157-158.

¹⁴⁰ DE LA CORTE IBÁÑEZ y GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, *Crimen.Org*, cit., p. 146.

Pese a la gran capacidad logística del cartel de Cali, no duró para siempre. La costumbre de sus dirigentes de comunicarse continuamente por teléfono para coordinar sus operaciones facilitó sus capturas. José Santacruz murió de un disparo cuando huía de la policía. Gilberto Rodríguez fue sentenciado a quince años de prisión. Pocos meses después de su puesta en libertad, en el 2002, volvió a ser apresado por cargos de narcotráfico, y en diciembre de 2004 fue definitivamente extraditado a Estados Unidos junto con su hermano¹⁴².

En la actualidad, ninguno de los dos carteles colombianos sigue vigente. No obstante, el tráfico de cocaína sigue en pie a cargo de pequeños narcotraficantes endeblemente organizados y, por supuesto, de las diversas guerrillas como las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) y el Ejército de Liberación Nacional (ELN). El impacto del narcotráfico ha sido un componente esencial en la transformación social que afronta Colombia, que puede apreciarse hasta ahora.

Por otro lado, en México, tras el declive del clan Herrera, gracias a la colaboración de los colombianos, los traficantes mexicanos transformaron sus organizaciones siguiendo el modelo jerárquico de los primeros, desarrollando una estricta disciplina interna a base de recompensas económicas e intimidación¹⁴³.

Además por ser frontera con los Estados Unidos (donde la droga pasa a menor distancia), nacieron los carteles mexicanos más importantes como los de Tijuana, Juárez, Sonora, Sinaloa y el Golfo, entre otros. Aparte de ellos, existen otras pequeñas organizaciones criminales a cargo de los carteles para cometer todo tipo de barbarie como los “Zetas”. Un dato relevante es que contra ellos se ha originado un grupo formado por familiares de víctimas de la violencia llamado “Mata-Zetas”. Todos juntos inundan hasta ahora de temor, terror y zozobra a México entero.

¹⁴¹ TOWNSEND, Rosa, “El ex contable del “cartel de Cali” delata cómo financiaron la campaña de Samper”, *El País Digital*, 24 de julio de 1997-N°447. En versión electrónica: <http://www.udel.edu/leipzig/texts2/ela24077.htm>

¹⁴² DE LA CORTE IBÁÑEZ y GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, *Crimen.Org*, cit., p. 147.

¹⁴³ *Ibídem*, p. 155.

La ola de la violencia va en ascenso debido a las disputas entre los mismos carteles y organizaciones criminales contratadas. Cada día entre los grupos rivales y el Estado dejan un saldo aproximado de no menos de veintitrés personas muertas. Los asesinatos llevan consigo mensajes para los grupos rivales, buscando la forma de demostrar mayor agresividad y repudio a la vida del opositor, transmitiendo temor masivo como parte de otra guerra: *la psicológica*.

A diario la prensa mexicana informa de ejecuciones múltiples, decapitaciones, mutilaciones, muertos colgados en los puentes, torturas, etc., lo que, también colabora “queriéndolo o no” con la publicidad y el mensaje de las organizaciones criminales.

El Estado Federal ha respondido con severidad ante tal fenómeno con un bagaje de normas y con mayor capacidad humana para combatir el narcotráfico en México, pero, hasta ahora, hay ciudades donde en su totalidad gobiernan los carteles sin que poco se pueda hacer para combatirlos (Tijuana). El nivel de las organizaciones no es del todo conocido por someterse como las otras mafias analizadas, a vínculos familiares donde impera el secreto. Se sabe que el mito religioso forma parte de sus operaciones delictivas, y que muchas organizaciones y bandas se acogen a la “Santa Muerte”, patrona de los delincuentes.

Aunque la lista de líderes del narcotráfico en México es extensa, entre ellos resalta el “Chapo Guzmán”, jefe del cartel de Sinaloa, quien en el 2001 se fugó de la prisión de Jalisco para nunca más saber de su paradero. Muchas fuentes periodísticas afirman que hasta ahora “el Chapo” sigue siendo el más temible líder de los carteles mexicanos y continúa dirigiendo el tráfico de anfetaminas y cocaína no solo a Estados Unidos, sino con expansión a Europa y al mercado australiano.

5. Las maras

Las maras, a diferencia de las organizaciones criminales anteriormente descritas, cuando se formaron, no poseían un fin delictivo de carácter lucrativo, sino que la unión entre sus

componentes servía para hacer frente a otras pandillas de inmigrantes instaladas en los barrios marginales de varias ciudades de Estados Unidos, sobre todo en California¹⁴⁴.

El hecho fundamental que dio impulso a la formación de las maras fue el intenso flujo migratorio con destino final en los Estados Unidos, que a principios de los años ochenta se vio intensificado por las guerras civiles y otras formas de violencia desencadenadas en El Salvador, Guatemala y Honduras¹⁴⁵.

Las maras más conocidas toman el nombre de “Banda de la Calle 18 (Mara 18 o M-18)” y “Mara Salvatrucha (MS-13)”. Con el paso de los años, las maras evolucionaron, adoptando formas organizativas más complejas. Ampliaron sus integrantes dominando la violencia urbana en Centroamérica y Estados Unidos, algunas llegaron a Europa o, al menos, a España.

Estos grupos presentan cierta subcultura de poderío simbólico y lenguaje propio, encriptados en sus cuerpos con una gama de tatuajes y en la comunicación que delatan las figuras que forman sus manos para identificarse, así como para guardar el secreto de sus mensajes¹⁴⁶.

El ingreso en la mara asume distintas formas según la región o el país. Una de las ceremonias de iniciación en la Mara Salvatrucha es que el candidato soporte trece segundos de paliza. En este ritual llamado “brincamiento” el candidato se debe pelear con tres pandilleros y en algunos casos con cinco. En otra circunstancia, debe pasar por un “túnel”

¹⁴⁴ DE LA CORTE IBÁÑEZ y GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, *Crimen.Org*, cit., pp. 170-171.

¹⁴⁵ MARTEL TRIGUEROS, Roxana, “Las maras salvadoreñas: nuevas formas de espanto y control social”, en *Revista Eca (Estudios Centro Americanos)*, Vol. 61, N° 696, 2006, Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas” - San Salvador, pp. 958-959.

¹⁴⁶ Los símbolos de la Mara Salvatrucha son el número 13 y las letras MS, que suelen tatuarse junto a otros motivos, en diferentes zonas del cuerpo. Lo mismo con el número 18, en el caso de la Mara rival. Sus integrantes se distinguen por tener el cabello rapado, pantalones muy holgados y el cuerpo decorado con tatuajes, sobre todo en los brazos, pecho, espalda y rostro. En las maras de frontera (Guatemala-México) algunos cabecillas se distinguen por tatuarse una lágrima por cada vida cobrada. Véase: ANZIT GUERRERO, Ramiro, “Maras, clicas o pandillas en Centroamérica y México”, en *Revista electrónica Archivos de Criminología, Criminalística y Seguridad Privada*, Vol. X, Enero-julio 2003, p. 2 (del trabajo).

formado por los ya integrantes, quienes se encargan del maltrato. Otra de las obligaciones sería matar a un miembro de la organización enemiga¹⁴⁷.

La estructura y composición de las maras, especialmente de las dos más importantes, son relativamente complejas, y en su organigrama cabe distinguir cierta jerarquía y nivel de especialización en las tareas que desempeñan sus integrantes. En la cima se ubica una especie de jefatura compuesta por varios líderes. Estos líderes mantienen contacto con sus pares en otros países, transmitiendo órdenes conjuntas a los miembros inferiores. Existen pequeños grupos distribuidos por localidades llamadas “*clikas*”, formadas por entre veinticinco y cincuenta individuos. En niveles inferiores, cada *clika* cuenta con otras categorías de miembros: los novatos, los aspirantes y los simpatizantes¹⁴⁸.

En la actualidad el *modus operandi* de las maras incluye la extorsión, los hurtos, los robos armados, los asesinatos, el sicariato y el menudeo de drogas. Cabe resaltar que el fin de las maras está poco a poco cambiando. De ser consumidores de drogas (crack) se están volviendo distribuidores de ellas misma y, en México, ya incursionan incluso en el tráfico de inmigrantes procedentes de Centroamérica. Sus fines son cada vez más de carácter lucrativo¹⁴⁹.

En todo caso, las maras se encuentran en su peor momento. Muchos de los países de Centroamérica han diseñado políticas represivas para su desarme¹⁵⁰. En Honduras (2002) se combate a estos grupos con una campaña de rango militar, desgraciadamente, con excesos en la dignidad de estos sujetos. El Salvador y Guatemala adoptaron medidas radicales para

¹⁴⁷ *Ibíd*em, p. 3. Cuando se ingresa en la mara, se hace para toda la vida. No está permitido el abandono de la misma, que es considerado como “deserción”, cuya sanción es la muerte. Es aceptado, sin embargo, que los jóvenes que pasan de los 30 años lentamente se vayan alejando de la actividad delictiva.

¹⁴⁸ Así lo explica: DE LA CORTE IBÁÑEZ y GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, *Crimen.Org*, cit., p. 173.

¹⁴⁹ ANZIT GUERRERO, *Maras, clicas o pandillas en Centroamérica y México*, cit., p. 6

¹⁵⁰ *Ibíd*em, p. 176.

la lucha contra las maras, pero abandonando cada vez más el uso de la respuesta estatal con violencia para que imperen la razón y las políticas preventivas primarias¹⁵¹.

6. El terrorismo global

Actualmente el terrorismo se acerca, a paso ligero, a convertirse en un fenómeno delictivo global afectando por igual a todos los países tanto de oriente como de occidente a causa del denominado “terrorismo religioso o yihadista”¹⁵². Sin embargo, los residuos del “terrorismo subversivo o antigubernamental” eran propios de algunos países donde el régimen democrático era cuestionado o débil, o contra aquellos gobiernos dictatoriales, como el caso de España. Por tal motivo, antes, se decía que el terrorismo era un problema sectorial y que no involucraba a la comunidad internacional por completo.

Para explicar el problema terrorista como una manifestación de delincuencia organizada, describiré, sin ánimo en absoluto de ser exhaustivo sino tan sólo ilustrativo, las principales agrupaciones terroristas estrictamente organizadas, que han causado pánico en diferentes países, sin obviar la principal organización terrorista del mundo islámico, Al Qaeda, con sus métodos de guerra en contra de la política de occidente, especialmente, contra Estados Unidos y sus aliados (políticos).

Al respecto, en Sudamérica uno de los países más afectados por el terrorismo fue el Perú. A comienzos de los años 80, en mi opinión, subyace la etapa más nefasta de toda la historia republicana del país andino. Un sector del partido comunista peruano denominado “Sendero Luminoso”, dirigido por Abimael Guzmán Reynoso (auto declarado “Presidente Gonzalo”), proclamó el uso de las armas para ocupar el poder y así iniciar la llamada

¹⁵¹ Propuestas para el control de pandillas por parte del Estado, pueden verse, por ejemplo, en VINYAMATA, Eduard, “Alternativas de solución pacífica de conflictos violentos: el caso de las pandillas”, en *Revista Quórum* N° 16, Universidad de Alcalá, pp. 95 – 102.

¹⁵² DO CÉU PINTO, María, “A Jihad e o contexto europeu”, en *Terrorismo*, Moreira (Coord.), 2da ed., Almedina, Coimbra, 2004, p, 484 – 503.

“Guerra Popular” en contra de los Gobiernos de turno¹⁵³. A esta ideología política, con el mismo objetivo, se sumó el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA) dirigido por Víctor Polay Campos.

Por todos los acontecimientos sucedidos en más de veinte años, la sociedad peruana identificó y denominó a estas dos organizaciones criminales como “terroristas”.

El saldo de la lucha armada entre el Estado y los grupos terroristas peruanos fue catastrófica: sesenta mil muertos, entre ellos militares, terroristas y, lo que es peor, civiles inocentes; diez mil desaparecidos que hasta ahora claman justicia; un país económicamente casi en quiebra; el tejido social destruido por la violencia de tal forma que aún se percibe; más de veinte mil desplazados de las localidades donde más se sufrió la guerra interna, entre tantas estadísticas proporcionadas por la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú (2002)¹⁵⁴.

Por otro lado, uno de los casos más significativos sobre el terrorismo lo encontramos en la existencia de las FARC, grupo que se presenta como guerrillero pero, con más que probadas conexiones con el narcotráfico, mediante el cual se financia en gran parte, es una organización terrorista¹⁵⁵.

En los últimos meses, el Gobierno colombiano intenta llegar a un acuerdo de paz con las FARC, deseando una vez por todas finalicen los actos terroristas de este sindicato delictivo. Cabe decir que la mayoría de los principales líderes de las FARC han sido abatidos por las Fuerzas Armadas colombianas, con lo que ha quedado debilitado en gran parte la estructura interna de la agrupación.

¹⁵³ Para mayor información, véase: GORRITI, Gustavo, *Sendero. Historia de la guerra milenaria en el Perú*, 3ª ed., Planeta, Lima, 2012.

¹⁵⁴ El informe final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación puede apreciarse en: www.cverdad.org.pe/ffinal/

¹⁵⁵ PIZARRO LEONGÓMEZ, Eduardo, *Las Farc (1949-2011). De guerrilla campesina a máquina de guerra*, Norma, Bogotá, 2011.

En Europa, España fue golpeada por la organización terrorista *Euskadi ta Askatasuna* (Patria Vasca y Libertad), conocida como ETA. El origen de esta organización terrorista se remonta a 1952, cuando un grupo de jóvenes universitarios que consideraban anquilosado el nacionalismo del PNV se reunió en Bilbao. El partido, temeroso del riesgo que supondría la creación de un grupo al margen de su doctrina, los integró en sus filas, pero las relaciones siguieron tensándose hasta que en julio de 1959 llegó la definitiva escisión¹⁵⁶.

La mayor actividad terrorista de ETA se dio entre los años 1977 y 1980, período de tiempo donde fueron asesinados doscientos cuarenta y cuatro personas, siendo el año 1980 el de mayor número de asesinatos con noventa y dos. En general, desde que ETA utilizó métodos terroristas las víctimas civiles y miembros de las Fuerzas Armadas o Cuerpos Policiales, en total, llegan a trescientos cuarenta y tres, y cuatrocientos ochenta y seis, correspondientemente¹⁵⁷.

Una de sus últimas actuaciones delictivas fue el 30 de diciembre de 2006, al atacar con la terminal cuatro (T4) del aeropuerto de Barajas. Fallecieron dos ciudadanos ecuatorianos.

Ahora, se encuentran controlados por las autoridades españolas. Su cúpula político-militar ha sido desarticulada y capturada. El problema fáctico-delictivo es menor, pero las normas-antiterroristas, a mi juicio, son cada vez más agresivas, al extremo de querer someter a vigilancia a quien cumplió ya su condena penal, alegando criterios de peligrosidad posterior.

En la actualidad, desde que ETA declaró el alto al fuego “permanente, general y verificable”, en enero de 2011, en un comunicado en el que también hizo un llamado a los gobiernos de España y Francia para abrir un proceso de diálogo directo destinado a

¹⁵⁶ Fuente: La historia de ETA, Diario El Correo del 05/709/10. Versión virtual en: <http://www.elcorreo.com/vizcaya/20100905/mas-actualidad/politica/historia-201009051500.html>.

¹⁵⁷ Datos oficiales extraídos en <http://www.interior.gob.es/prensa-3/balances-e-informes-21/ultimas-victimas-mortales-de-eta-cuadros-estadisticos-630?locale=es>.

solucionar las “consecuencias del conflicto”¹⁵⁸, no se ha vuelto a registrar ningún atentado a su nombre.

En cuanto a Al Qaeda, organización terrorista de inspiración religiosa, supone la punta del iceberg de un movimiento islamista radical, global y evolucionado. Mustafá Setmarián, sirio nacionalizado español y miembro de Al Qaeda, hablaba de la organización como un concepto, como un método para la yihad mundial. Su éxito se basa en el reclutamiento de agentes, el uso de medios de la era global y la definición de objetivos bien fijados¹⁵⁹.

Osama Bin Laden ha sido, hasta su presunta muerte, el líder de la organización. La actividad de Al Qaeda, si ha de representarse en oleadas, se dividiría en tres: la primera contra los soviéticos, en Afganistán; la segunda contra los regímenes árabes que consideran apóstatas; y la tercera ideada por Setmarián a nivel global.

Las huellas delictivas más atroces que se le imputan son: 1) Los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001 (11S) sobre las torres gemelas de Nueva York, que causaron la muerte cerca de tres mil personas. 2) El 11 de marzo de 2004 (11M), atentado a la estación de Madrid-Atocha y otras, dejando doscientos dos muertos y más de mil quinientos heridos. 3) La explosión de cuatro bombas en el sistema de transporte de Londres, efectuado el 7 de julio de 2005, causando cincuenta seis muertos y más de setecientos heridos.

Todas las agrupaciones terroristas examinadas cuentan con un sistema de organización jerárquica para alcanzar sus fines (políticos), pero, en este caso, el secretismo no forma parte ni de su organización interna ni de los actos realizados.

IV. LA SITUACIÓN DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA EN ESPAÑA

¹⁵⁸ http://elpais.com/elpais/2011/01/10/actualidad/1294651023_850215.html.

¹⁵⁹ TALÉNS CERVERÓ, María Nieves, “El terrorismo yihadista”, en *Criminalidad y globalización. Análisis y estrategias ante grupos y organizaciones al margen de la ley*, MAGAZ ÁLVAREZ (Coord.), Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, Madrid, 2012, p. 377.

La delincuencia organizada en España, hoy, tiene dos grandes episodios que afecta al conjunto de la sociedad: la criminalidad organizada y el terrorismo (ETA). La primera, con un vertiginoso aumento en el tejido social y a la que prestaré mayor atención en lo que sigue, el segundo con menor capacidad delictiva y bajo control por parte de las autoridades y que ya ha sido brevemente descrito, más aun, que ETA ha declarado el alto al fuego “permanente, general y verificable” el 8 de enero de 2011.

Ahora bien, la mayoría de las mafias analizadas líneas arriba se han asentado en España junto a otras organizaciones delictivas africanas y asiáticas, como algunas turcas, nigerianas, pakistaníes, etc., específicamente, en Madrid, Barcelona, Valencia, Alicante y Málaga, estableciendo sus redes (negocios) ilícitas, así como la búsqueda de legitimación de algunas de sus empresas provenientes de las ganancias de sus delitos (blanqueo de capitales).

Las fuentes oficiales señalan que han identificado más de seiscientos dieciséis grupos oriundos y nativos del crimen organizado en España¹⁶⁰. Según la ONU, España se encuentra entre los diez destinos favoritos de las mafias, debido a la gran importancia del turismo. EUROPOL también afirma que la cuarta parte de las redes criminales organizadas que actúan en Europa están asentadas en España. Esta realidad ha sido denunciada tanto por la UDYCO (Unidad contra la Delincuencia y Crimen Organizado de la Policía Española), el OGD de París (Observatorio Geopolítico de la Droga), el BND (Inteligencia Federal Alemana), la DIA (Departamento Italiano Antimafia) y la INTERPOL¹⁶¹.

En concreto, el año pasado (2012) la Policía y la Guardia Civil incautaron bienes por valor de mil ciento veinte millones de euros en diversas operaciones, dieciséis mil seiscientos cuarenta y dos personas fueron investigadas y seis mil cuatrocientos sesenta detenidas. En

¹⁶⁰ Fuente del año 2010, emitido por el Ministerio del Interior del Gobierno Español (02/10/10), que pueden consultarse en <http://www.interior.gob.es/file/11/11187/11187.pdf>

¹⁶¹ Información proveniente de: <http://www.extraconfidencial.com/articulos.asp?idarticulo=3677>.

el 2013, entre el 1 de enero y el 31 de mayo han sido arrestadas dos mil doscientos sesenta personas y se han neutralizado doscientos doce organizaciones criminales¹⁶².

El tráfico de drogas, la alta comisión de delitos contra el patrimonio, el tráfico de emigrantes y el blanqueo de capitales constituyen las principales modalidades delictivas llevadas a cabo por parte de las organizaciones criminales.

El tráfico ilícito de drogas es la actividad principal a la que se dedica el 60% de las organizaciones en España, debido a que España se ha convertido desde hace años en el líder europeo del consumo de cannabis y cocaína y por constituir el principal punto de entrada de estas drogas en Europa¹⁶³. De ese porcentaje, un 27% se dedica al comercio ilegal de cocaína y un 18% al de hachís¹⁶⁴.

En el 2012 se requisaron catorce mil quinientos nueve kilos de cocaína, ciento diecinueve mil ciento ochenta y siete kilos de hachís, doscientos veinticuatro kilos de heroína y siete mil novecientos doce unidades de éxtasis. A estas organizaciones se les incautó mil seiscientos setenta vehículos, ciento dieciocho embarcaciones, dos aeronaves, cuatrocientos cincuenta y nueve armas de fuego, doscientos un armas blancas, seiscientos quince ordenadores, seis mil cuatrocientos cincuenta y cinco teléfonos móviles, cuarenta y cuatro millones de euros y cuatrocientos ocho mil ochocientos noventa y un euros falsos¹⁶⁵.

Otras organizaciones y grupos criminales se dedican al robo de viviendas familiares, tráfico de coches lujosos, al fraude, falsificación de documentos y tarjetas de crédito, explotación sexual, cibercrimes y al tráfico de armas y explosivos¹⁶⁶.

¹⁶² Balance del Ministerio del Interior de España respecto al crimen organizado en el 2012.

¹⁶³ Informe anual 2012 del Observatorio Europeo de Drogas y Toxicomanías.

¹⁶⁴ El País, 30 de julio de 2013.

¹⁶⁵ Balance del Ministerio del Interior de España respecto al crimen organizado en el 2012. Puede revisarse en <http://www.interior.gob.es/file/62/62590/62590.pdf>.

¹⁶⁶ MORÁN RUBIO, José Luís, "Tráficos ilícitos: Especial referencia a materiales de doble uso", en *Criminalidad y globalización. Análisis y estrategias ante grupos y organizaciones al margen de la ley*, MAGAZ ÁLVAREZ (Coord.), Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, Madrid, 2012, p.64.

Por otro lado, España, país de emigración por excelencia hasta finales de los años sesenta, se ha convertido en las últimas décadas en una zona de acogida, entre otras razones por su situación estratégica, “puerta del sur de Europa”, por su identidad lingüística con muchos países emisores de “mano de obra” y también por una legislación que, a diferencia de la de otros países del entorno, es más permisiva con la entrada y permanencia de ciudadanos extranjeros. Sin embargo, esta situación se está frenando con la crisis económica y la terrible secuela del paro en España. Ahora, son los españoles quienes emigran a otras latitudes como Alemania, Estados Unidos, Sudamérica, etc.

La estructura y la actuación de las redes dedicadas a la inmigración ilegal tienen relación directa con la procedencia y con la vía de acceso elegida, variando por ello los precios que los inmigrantes se ven obligados a pagar, desde los mil euros por un paso del estrecho hasta los veinte mil euros que puede llegar a abonar un oriental por entrada ilegal en Europa¹⁶⁷.

Lo peor de las organizaciones criminales dedicadas a esta actividad es que, una vez conseguido el objetivo de ingreso en España, el inmigrante seguirá vinculado a la organización, ya que se le entregaran documentos falsificados para obtener empleo, convirtiéndolos en deudores a largo plazo¹⁶⁸. El mismo sufrimiento lo padecen algunas mujeres, engañadas con la idea de llegar a España a trabajar pero que al entrar al país las organizaciones criminales las utilizan para la explotación sexual¹⁶⁹.

Otro problema de la criminalidad organizada en España es la violencia urbana, mediante las llamadas *tribus urbanas*, representadas por las pandillas: Latin Kings, Los Ñetas, Los Dominicanos y grupos neo nazis¹⁷⁰. Estas agrupaciones tienen como objeto la protección entre ellos y desatar violencia entre los otros grupos rivales u otras asociaciones.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 69.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 68-69.

¹⁶⁹ *Ibidem*, pp. 70-73.

¹⁷⁰ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal*, cit., p. 84.

CAPITULO III
ANÁLISIS JURÍDICO-PENAL DE LA
DELINCUENCIA ORGANIZADA

I. PARÁMETROS PARA EL CONCEPTO DE DELINCUENCIA ORGANIZADA

La tarea descriptiva-conceptual de la delincuencia organizada desde las distintas ciencias sociales, como la ciencia penal, es ardua y tiene suma complejidad por encarar un fenómeno nuevo, de difícil delimitación y cada vez más cambiante con rangos diferentes en cada rincón del planeta, por lo que, es preciso buscar generalizaciones y características que puedan ser aplicadas a una determinada manera de operar.

Acertadamente señala KINZIG que “la delincuencia organizada es como un elefante, sabemos que es, podemos verlo, pero es difícil describirlo”¹⁷¹. De igual manera, ZINCANI refiere que el estudio de la criminalidad (delincuencia) organizada encuentra su primer obstáculo en la definición de su objeto¹⁷².

En la bibliografía, muchos han ensayado –fundamentalmente– compactar la descripción de la delincuencia organizada en reducidos términos, pese a lo cual, hasta nuestros días, la definición carece de cierta tonalidad general y no es unánime en la doctrina ni en las leyes nacionales¹⁷³. Tampoco es uniforme la terminología utilizada para hacer razón al fenómeno. Algunos la llaman delincuencia, crimen o criminalidad organizada.

En una primera aproximación, debido al crecimiento de la criminalidad organizada en los mapas, muchos juristas y hasta instituciones internacionales amurallaron la definición de delincuencia organizada como aquellos grupos estructurados dedicados a cometer una serie de delitos con el propósito de lograr beneficios económicos de alto impacto, prescindiendo de aquella delincuencia, también colectiva y organizada, pero con fines no económicos, lo que, a mi parecer, sigue dejando dudas en la definición.

¹⁷¹ KINZIG, Jörg, “La situación de la delincuencia organizada en Europa. Especialmente en Alemania”, en *Las ciencias penales en el siglo XXI*, INACIPE, México D.F., 2004, p. 71.

¹⁷² ZINCANI, Vito, *La criminalità organizzata. Strutture criminali e controllo sociale*, Clueb, Bologna, 1989, p. 13.

¹⁷³ Ya en 1997 FABIÁN CAPARROS hacía esta mención, que hasta ahora sigue sin ser uniforme. Véase FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo, “Criminalidad organizada”, en *El nuevo Código Penal: Primeros problemas de aplicación*, GUTIÉRREZ FRANCÉS y SÁNCHEZ LÓPEZ (Coord.), Universidad de Salamanca, Salamanca, 1997, p. 170.

Sin embargo, también es cierto que la doctrina ha presentado importantes avances y acuerdos en cuanto a los elementos que la caracterizan (organización, estructura, estabilidad y permanencia), permitiendo, si se quiere medianamente, su definición, la cual dependerá en gran medida la eficacia de su control. Y es que resulta incuestionable la conveniencia que exista una definición clara de delincuencia organizada y, más aún, que sea recogida en una disposición legal¹⁷⁴.

Antes que nada, cabe aclarar que la delincuencia organizada no es la referencia de un determinado delito o delitos perpetrados por una pluralidad de sujetos, sino que, se alude más bien a una relación permanente de interdependencia entre los miembros de una organización criminal, que resulta directamente proporcional a una estructura jerárquica estricta, y a vínculos de coordinación e interconexión entre dichos miembros o, en un segundo plano, a relaciones entre diversas organizaciones del mismo o diferente corte criminal tendentes a la perpetración de algunos delitos en los que tienen particular injerencia.

Ahora bien, como se ha podido advertir del relato criminológico (Cap. II), considero que la definición de delincuencia organizada es más amplia que la de criminalidad organizada, según lo expuesto por un importante sector de la doctrina¹⁷⁵, debido a que este fenómeno general, desde el punto de vista funcional, incluye todos los grupos organizados y estructurados con estabilidad y permanencia en el tiempo con métodos delictivos de suma gravedad para alcanzar sus fines tanto de carácter lucrativo y no lucrativo.

Sobre esto, ya decía HERRERO HERRERO que desde un plano funcional “la delincuencia organizada es la que se realiza a través de un grupo o asociación criminal revestidos de las siguientes características: carácter estructurado, permanente, autorrenovable, jerarquizado, destinados a lucrarse con bienes y servicios ilegales o a efectuar hechos antijurídicos con

¹⁷⁴ OCHOA ROMERO, Roberto, “Reflexiones en torno al concepto de delincuencia organizada y sobre algunas organizaciones criminales actuales”, en *Revista de Derecho Penal Contemporáneo – Revista internacional*, N° 21, oct – dic 2007, Bogotá, p. 70.

¹⁷⁵ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal*, cit., p. 133, quien cita a BASSIONI/VETERE.

intención sociopolítica, valedores de la disciplina y de toda clase de medios frente a terceros con el fin de alcanzar sus objetivos”¹⁷⁶.

En efecto, la delincuencia organizada cobija a las agrupaciones criminales como mafias, carteles, organizaciones terroristas, grupos paramilitares, pandillas (de darse el caso), incluyendo aquellos grupos que se organicen para desestabilizar en armas al Estado (grupos rebeldes), como también las agrupaciones estatales perversas que frecuentemente lesionan los derechos humanos de la población, cometiendo delitos de rango internacional. Todas, identificadas por cuatro características principales, que por ahora sólo serán nombradas: 1) colectividad en el agente; 2) organización; 3) estabilidad y permanencia mínima en el tiempo y; 4) el alcance de los fines mediante la activación de métodos delictivos de especial gravedad.

En particular, los grupos encajados en el concepto de criminalidad organizada y los grupos terroristas se diferencian solo por los fines delictivos que ostentan, el primero se dirige a la obtención del lucro y el último, a socavar al Estado para alcanzar el poder e implantar su ideología política. Las diferencias conceptuales son a grandes rasgos percibidas. No obstante, con la similar fenomenología con que actúan para conseguir sus objetivos, es perceptible que los dos conceptos comparten una raíz común: la organización del grupo estable y permanente en el tiempo con métodos perjudiciales para la sociedad; de modo que los dos forman parte de la delincuencia colectiva.

Con todo, el Derecho penal no estaría a la vanguardia de los grandes cambios que sugiere la delincuencia colectiva, si siguiera discriminando a las organizaciones criminales que persigan un fin no lucrativo. Ello debilitaría el reto normativo para enfrentar cabalmente a una delincuencia que amerita, sobre todo, el empleo de medidas e instituciones jurídico-penales diferentes. Es decir, este deslinde traería consigo dificultad y ambigüedad en la uniformidad de la regulación normativa de los ordenamientos jurídicos y en el ámbito internacional. Incluso, se verían afectadas las innovaciones jurídicas que utiliza el Derecho

¹⁷⁶ HERRERO HERRERO, César, *Criminología: Parte general y especial*, Dykinson, Madrid, 1997, p. 477.

procesal penal para investigar y juzgar la delincuencia organizada (agente encubierto, por ejemplo)¹⁷⁷, así como el empleo de las nuevas tecnologías para frenar anticipadamente la avalancha de la delincuencia organizada¹⁷⁸.

En otros términos, la opaca identificación de este fenómeno delictivo y de sus clases, según creo, repercutiría, cardinalmente, en el tratamiento de la política criminal que afronta el Estado y la Comunidad Internacional en la lucha contra la delincuencia organizada, porque, su radio legal estaría disperso en diferentes normas internas, situación que se aprecia en muchos ordenamientos jurídicos, como el español y el peruano.

Por otro lado, aunque gran parte de la doctrina señale que el Derecho penal siga en crisis por su actuación ante los titánicos desafíos que le somete la metamorfosis global¹⁷⁹, en este trabajo se intentará presentar una justificación sustantiva de los delitos de organización alejada de todo criterio de excepción, guerra¹⁸⁰ o emergencia, teniendo como límite el respeto a la dignidad humana de todo ciudadano dentro de un Estado de Derecho, enarbolando criterios jurídicos iguales y justos tanto para los agentes delictivos como para las víctimas, puesto que al fin y al cabo todos forman parte de la sociedad¹⁸¹.

¹⁷⁷ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, cit., pp. 173 y ss.

¹⁷⁸ Para mayor estudio sobre la utilización de las nuevas tecnologías en el combate contra la delincuencia organizada puede revisarse: DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, "Criminalidad organizada y nuevas tecnológicas: Algunas consideraciones fenomenológicas y político-criminales", en *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2011, pp. 145-167.

¹⁷⁹ En esta crisis: se cuestiona a la justificación del recurso por parte del Estado a la maquinaria penal, su instrumento más poderoso. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2010, pp. 3 y ss. HASSEMER, Winfried, "Rasgos y crisis del Derecho penal moderno", en *ADPCP*, T. 57, Fasc. /Mes 1,1992, pp. 235-249. ROBLES PLANAS, Ricardo y SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo, *La crisis del Derecho penal contemporáneo*, Atelier, Barcelona, 2010. MORILLAS CUEVA, Lorenzo, "Reflexiones sobre el Derecho penal del futuro", en *RECPC*, 04-06(2002).

¹⁸⁰ El modelo de reacción para un Derecho penal de guerra se acrecienta tras el atentado terrorista a las Torres Gemelas de Nueva York, el 11 de septiembre de 2001. Un mes después del suceso, el catedrático de la Universidad de Columbia, GEORGE FLETCHER, escribió un artículo en *Washington Post*, en el que planteaba, un tanto provocativo, lo siguiente: "¿Se trata de un crimen que requiere la intervención de la Justicia, o constituye un ataque que exige una declaración de guerra?".

¹⁸¹ Con ello también descarto la idea de atacar a la delincuencia organizada con sesgos del Derecho penal del enemigo. Para mayor análisis de dicha teoría, entre tantos, puede revisarse: JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005. Polaino-Orts, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, Bosch, Barcelona,

Antes de profundizar en el plano dogmático de los delitos de organización, como respuesta jurídica a la delincuencia organizada, considero necesario, a fin de un mejor y mayor reconocimiento del problema –ahora– de enfoque, comprobar como la comunidad internacional enfrenta, desde su campo, la delincuencia organizada presentándonos indicadores para el concepto de organización criminal y la regulación legal de los delitos de organización. El siguiente paso será examinar el significado sustantivo de la definición de organización delictiva, exponiendo las características más relevantes como muestra la experiencia delictiva cotidiana. Por último, me detendré en estudiar el singular contenido del injusto penal por organización, muy pocas veces tenida en cuenta por los legisladores de turno y también por la doctrina.

II. REGULACIÓN INTERNACIONAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

Conforme lo dicho en líneas precedentes, es menester subrayar una advertencia: las normas internacionales frecuentemente utilizan la nomenclatura *crimen organizado* o *criminalidad organizada* para nombrar a la delincuencia organizada transnacional cuyos fines se dirigen al acopio de beneficios económicos, omitiendo –en algunos casos– la regulación conjunta de otras clases de delincuencia colectiva, como el terrorismo internacional.

Ahora bien, el interés por integrar acciones emprendidas en diversos encuentros internacionales se ajusta a la necesidad de combatir este fenómeno delictivo en bloque multinacional, tanto a nivel judicial como a nivel policial, bajo el amparo de las necesarias reformas legislativas, tanto en el ámbito de la legislación sustantiva como de la procesal.

En ese contexto, BUENO ARÚS enseña que “de nada servirían los esfuerzos realizados en el campo unilateralmente por uno o por unos pocos países si en los restantes existiera una insuficiencia sustancial en la prevención y represión de tal actividad. Por ello, se hace totalmente necesaria la integración de todos los enfoques paralelos y parciales a través de

2009. CANCIO MELIÁ, Manuel y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de exclusión*, Vol. 1 y 2, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2006.

acciones comunes elaboradas en el seno de diversos foros internacionales, sean regionales o propiamente a escala mundial”¹⁸².

Aunque no es este el mejor lugar para un examen detallado de los pactos internacionales contra la delincuencia organizada, que por otra parte son conocidos, sí deseo especificar los hitos que han brindado los mismos para conducir, por un lado la implementación de estructuras básicas legales (normas de organización) y la creación o fortalecimiento de tipos penales como respuesta del Derecho penal.

1. Naciones Unidas

Debido a que la delincuencia organizada ya es un problema mundial, exige el trabajo común de los países en desarrollo como desarrollados, en todos los niveles. Así, las Naciones Unidas se vieron en la necesidad de contraponer la situación en igual dimensión que el problema, yendo a la par en búsqueda de asistencia y coordinación internacional. BLANCO CORDERO anota que los trabajos de las Naciones Unidas para el reforzamiento de la cooperación internacional contra el crimen organizado se remontan al año 1975 con la realización del Quinto Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Crimen y Tratamiento de los Delincuentes, que tuvo lugar en Ginebra¹⁸³. Ahí comenzó el debate en este organismo sobre el crimen organizado.

Después de otras reuniones, el primer trabajo importante sobre el tema se efectuó en la Conferencia Mundial de Ministros sobre Crimen Transnacional Organizado, celebrada en Nápoles en noviembre de 1994. La conferencia reunió a más de dos mil participantes y delegaciones de ciento cuarenta y dos Estados y aprobó por unanimidad la Declaración

¹⁸² BUENO ARÚS, Francisco, “Política judicial común en la lucha contra la criminalidad organizada”, en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, FERRRÉ OLIVÉ y ANARTE BORRALLA (Eds.), Universidad de Huelva, Huelva, 1999, p. 61.

¹⁸³ BLANCO CORDERO, Isidoro, “Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la Ley penal en el espacio”, en *Revista Penal* N° 6, 2000, p. 8.

Política de Nápoles y el Plan de Acción Global Contra el Crimen Transnacional Organizado, que fueron suscritos por la Asamblea General un mes después, mediante Resolución 49/159 de 23 de noviembre de 1994¹⁸⁴. En ese encuentro se subrayó la necesidad para la comunidad internacional, de llegar a un concepto generalmente admitido de organización criminal, básica para una más efectiva cooperación internacional.

Por esta razón a partir de 1998 las Naciones Unidas comenzaron a elaborar una convención internacional relativa al crimen organizado mediante un comité especial para la elaboración de una convención *ad hoc*¹⁸⁵.

El fruto del comité fue la Convención de Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional (*Convención de Palermo*), realizada, con ocasión de la Cumbre del Milenio, en la ciudad de Palermo el 20 de diciembre de 2000. El propósito principal fue promover la cooperación entre los Estados para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional. Junto a ella se anexan tres importantes protocolos: 1) Protocolo para prevenir, eliminar y sancionar el tráfico de personas especialmente niños y mujeres; 2) Protocolo en contra del contrabando de migrantes por tierra, aire y mar y; 3) Protocolo en contra de la manufactura y tráfico ilícito de armas de fuego, partes y componentes y municiones.

En síntesis, la estructura de la Convención puede dividirse en cuatro áreas principales: penalización¹⁸⁶, cooperación internacional¹⁸⁷, cooperación técnica¹⁸⁸ y puesta en práctica¹⁸⁹.

¹⁸⁴ VLASSIS, Dimitri, "La Convención de Naciones Unidas contra el crimen transnacional organizado", en *Crimen transnacional organizado y seguridad internacional. Cambio y continuidad*, BERDAL y SERRANO (Comps.), Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2005, p. 133.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 141. La Asamblea General, mediante Resolución 53/111 optó, por establecer un comité intergubernamental abierto *ad hoc* con el propósito de elaborar una convención internacional exhaustiva contra el crimen transnacional organizado y de analizar, en su oportunidad, la elaboración de los instrumentos internacionales referentes al tráfico de mujeres y niños, al combate de la fabricación ilícita y el tráfico de armas de fuego, sus partes y componentes y municiones, y al tráfico ilegal y transporte de migrantes, incluido por mar.

¹⁸⁶ La Convención establece cuatro delitos: participación en un grupo delictivo organizado, blanqueo de capitales, corrupción y obstrucción de la justicia.

¹⁸⁷ La Convención incluye artículos sobre extradición, asistencia legal mutua, transferencia de los réditos de los delitos y la cooperación en la imposición de la ley.

En lo que me corresponde, interesa destacar en estas líneas la definición que se plantea sobre “grupo delictivo organizado”, puesto que los Estados miembros, a nivel mundial, por primera vez tienen como fuente legal la reunión de características pertenecientes a la delincuencia organizada”.

El art. 2 de la Convención reza de la siguiente manera:

“a) Por “grupo delictivo organizado” se entenderá a un grupo estructurado por tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”.

b) Por “delito grave” se entenderá la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave.

c) Por “grupo estructurado” se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada.

(...)”

Es de suma importancia esta calificación, porque, independientemente de los delitos cometidos, los Estados deberán penalizar el delito de organización denominado “*pertenencia a grupos delictivos organizados*”. La creación de nuevo ilícito penal sirve para anticiparse a la realización de los actos de la delincuencia organizada, y asimismo tener como base punitiva aquellos resultados de inteligencia que manejen las autoridades policiales.

¹⁸⁸ Incluye dos artículos: El primero destinado a cubrir la cooperación para desarrollar programas de capacitación específicos. El segundo para abordar la asistencia técnica en el sentido más tradicional, es decir, abarcando el financiamiento de actividades en un aspecto bilateral o por medio de organizaciones internacionales como la ONU.

¹⁸⁹ Entre los más importantes, la Convención prevé que las partes se comprometan hacer contribuciones financieras adecuadas y regulares a una cuenta económica para así ayudar a los países que no cuenten con recursos económicos para la lucha contra la delincuencia organizada.

Por otro lado, en esta obra normativa llama la atención el discernimiento dirigido a los fines del grupo delictivo. Dice la Convención que para acoplarse al concepto, las organizaciones deben ostentar beneficios directa o indirectamente de orden económico u otro de orden material, lo que puede criticarse como discriminación o exclusión de los grupos delictivos organizados que anhelan objetivos, y por ende beneficios, políticos o religiosos u otros. Ya se ha dicho que la respuesta a la delincuencia organizada, a pesar de las diferencias conceptuales entre criminalidad organizada y terrorismo, no puede ser dispersa, más aun cuando los dos fenómenos han alcanzado la preocupación internacional con los estragos que ocasionan. Por tal razón, un problema detectado en la Convención sería la falta de compromiso, hasta ese momento, por parte de los Estados para tipificar la participación en organizaciones terroristas¹⁹⁰. La lucha conjunta contra el terrorismo se ha dado en bloques internacionales pero no en una convención general como la analizada, por ejemplo: La Convención Interamericana contra el Terrorismo y la Decisión Marco n.º 2002/475/JAI.

Por último, FARALDO CABANA crítica la definición de grupo delictivo organizado, pues, a su entender se trataría de un supuesto de coparticipación delictiva de carácter no meramente ocasional, en la que no se precisa ni división del trabajo ni estructura jerárquica, esto es, no resultaría necesario un elevado grado de organización interna¹⁹¹.

2. Unión Europea

A causa de las políticas integradoras de la Unión Europea (UE) para el libre tránsito de personas, servicios y capitales, que no solo trae beneficios a los ciudadanos europeos, sino también indirecta e involuntariamente a las organizaciones criminales, era necesario

¹⁹⁰ En Europa el problema es similar, el requerimiento para castigar la pertenencia en una organización criminal no va junto al compromiso de sancionar las organizaciones criminales. Esta se encuentra en la Decisión Marco n.º 2002/475/JAI.

¹⁹¹ FARALDO CABANA, Patricia, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código Penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 38.

armonizar los criterios legales y dar nacimiento a medios jurídicos de cooperación judicial europea para hacer frente a la delincuencia organizada en conjunto¹⁹².

El principal avance de cooperación contra la criminalidad organizada en la UE radica principalmente en el Tratado de Ámsterdam de 1997¹⁹³, donde se potencia la creación de un espacio común de seguridad, justicia y libertad, es decir, el Tercer Pilar¹⁹⁴. En este tratado ya se encuentra una referencia expresa a la lucha contra el crimen organizado como uno de los objetivos prioritarios de la UE en materia de justicia y asuntos de interior (JAI).

El art. 29 señala:

“Sin perjuicio de las competencias de la Comunidad Europea, el objetivo de la Unión será ofrecer a sus ciudadanos un alto grado de seguridad y justicia elaborando una acción en común entre los Estados miembros en los ámbitos de la cooperación policial y judicial en materia penal y mediante la prevención y la lucha contra el racismo y la xenofobia.

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

Así también el art. 31.e. establece que la fuerza conjunta versará sobre:

“la adopción progresiva de medidas que establezcan normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de los delitos y a las penas en los ámbitos de la delincuencia organizada y el tráfico ilícito de drogas”.

¹⁹² Desde los años setenta, los Estados miembros de la Unión Europea han trabajado juntos para combatir el crimen transnacional. Se ha establecido una base para un cierto grado de institucionalización de la cooperación policial y judicial, así como la armonización de definiciones como la “organización delictiva” y el incentivo para penalizar conductas relevantes a la participación en organizaciones delictivas. Véase: DEN BOER, Mónica, “La cooperación para la aplicación de la ley y crimen transnacional organizado en Europa”, en *Crimen transnacional y seguridad internacional. Cambio y continuidad*, BERDAL y SERRANO (Comps.), Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2005, pp. 160-180.

¹⁹³ Modifica el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, firmado en Ámsterdam el 02 de octubre de 1997, ratificado por España por Ley Orgánica 9/1998 del 06 de diciembre de 1998.

¹⁹⁴ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal*, cit., p. 51.

En el mismo año, relata BLANCO CORDERO, el Consejo adoptó un “Plan de Acción para Luchar Contra la Delincuencia Organizada”, que recoge las recomendaciones de un “Grupo de alto nivel” que recibió este encargo del propio Consejo en la reunión de Dublín en diciembre de 1996¹⁹⁵. Dentro de las iniciativas políticas que se proponen está la de adoptar una “Acción Común” para la tipificación penal de la participación en una organización delictiva y su repercusión independientemente del lugar de la Unión donde se concentre la organización o donde ejerza su actividad delictiva¹⁹⁶.

El resultado, en concreto, fue la “Acción Común n.º 98/733/JAI”, mediante la cual se pretende llegar a un enfoque común en los diversos Estados miembros en materia de participación en las actividades de las organizaciones delictivas¹⁹⁷.

En ese sentido, el art. 1 define la organización delictiva como:

“Una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo, y que actúe de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años como mínimo o con una pena más severa, con independencia de que esos delitos constituyan un fin en sí mismos o un medio de obtener beneficios patrimoniales y, en su caso, de influir de manera indebida en el funcionamiento de la autoridad pública”.

Sobre este precepto, LÓPEZ BARJA DE QUIROJA sostiene que una organización criminal implica una agrupación de al menos tres personas que actúen de forma estructurada, mediante un sistema de división de funciones, en uno o más países de la Unión Europea, para la realización de delitos considerados graves. Es indiferente que estos delitos sean

¹⁹⁵ BLANCO CORDERO, *Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la Ley penal en el espacio*, cit., p. 7.

¹⁹⁶ Loc. cit.

¹⁹⁷ Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE) n.º L 351/1 del 21 de diciembre de 1998. Debe exhortarse que las acciones comunes son de facto vinculantes para los Estados miembros (artículo k.3, letra b del apartado 2 del Tratado constitutivo de la Unión Europea).

finés en sí mismos o medios para obtener beneficios patrimoniales o para coaccionar o corromper a los funcionarios públicos¹⁹⁸.

El segundo párrafo del citado artículo aclara que los delitos a que se refiere el primer párrafo incluyen los mencionados en el art. 2 del Convenio Europol y en su anexo, siempre que puedan ser sancionados con una pena al menos equivalente a la indicada en el párrafo anterior. Los delitos mencionados en el art. 2 son: terrorismo, tráfico ilícito de estupefacientes, tráfico ilícito de material nuclear y radioactivo, redes de inmigración clandestina, trata de seres humanos, tráfico de vehículos robados, el blanqueo de dinero ligado a las anteriores; en el anexo se agrega otra larga lista refiriéndose a: las formas más graves de los delitos contra la vida, la integridad física, la libertad, la propiedad, falsificación de moneda y medios de pago, falsificación de documentos y tráfico de documentos falsos, tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos, tráfico ilícito de bienes culturales, tráfico ilícito de especies animales y vegetales protegidas, tráfico ilícito de sustancias hormonales y otros factores de crecimiento, etc.

Como se aprecia, la Acción Común admite diversos fines distintos al económico, como políticos o religiosos, para la definición de organización delictiva¹⁹⁹. Esta deducción toma fuerza por lo considerado en el preámbulo de este cuerpo normativo: *“el Consejo estima que la gravedad y el desarrollo de determinadas formas de delincuencia organizada requieren el fortalecimiento de la cooperación entre los Estados miembros de la Unión Europea, especialmente en lo que se refiere a los siguientes delitos: tráfico de drogas, trata de seres humanos y terrorismo (...)”*.

Otro punto a destacar radica en el compromiso de los Estados miembros para sancionar dos conductas relativas a la participación en organizaciones delictivas, con el objeto de facilitar la lucha contra la delincuencia organizada (art. 2):

¹⁹⁸ LÓPEZ BARJA DE QUIROJA, Jacobo, “Posición de la Unión Europea sobre el crimen organizado”, en *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2001, p. 121.

¹⁹⁹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal*, cit., p. 134.

- a) “El comportamiento de toda persona que, de forma intencional y teniendo conocimiento bien del objeto y de la actividad delictiva general de la organización, bien de la intención de la organización de cometer los delitos en cuestión, participe activamente:
- en las actividades delictivas de la organización contempladas en el artículo 1, aun cuando esta persona no participe en la ejecución propiamente dicha de los delitos de que se trate y, sin perjuicio de los principios generales del Derecho penal del Estado miembro, incluso cuando no tenga lugar de dicha ejecución,
 - en las demás actividades de la organización teniendo, además, conocimiento de que su participación contribuye a la ejecución de las actividades delictivas de la organización contempladas en el artículo 1;
- b) El comportamiento de toda persona consistente en concertarse con una o varias personas para llevar a cabo una actividad que, en caso de materializarse, equivalga a la comisión de los delitos contemplados en el artículo 1, aunque dicha persona no participe en la ejecución propiamente dicha de la actividad”.

El último comportamiento se refiere a las conductas de concierto para llevar a cabo la comisión de delitos, aunque el sujeto no participe efectivamente en la ejecución de los indicados delitos. Sobre esto, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA alega que el castigo para dichos delitos es la conspiración para delinquir²⁰⁰.

Una década después, el 24 de octubre de 2008, la UE, con la finalidad de seguir luchando con mayor contundencia contra la delincuencia organizada transnacional y armonizar una posición similar a la contenida en la Convención de Palermo, sustituye la Acción Común al emitir la Decisión Marco 2008/841/JAI²⁰¹.

²⁰⁰ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Posición de la Unión Europea sobre el crimen organizado*, cit., p. 123.

²⁰¹ MÉNDEZ RODRÍGUEZ explica que las Decisiones Marco, introducidas *ex novo* por el TA (Tratado de Ámsterdam), “han permitido la armonización a través del establecimiento de normas mínimas evitando las dificultades que habían surgido como consecuencia de la necesidad (previa a la aprobación del TA) de que los convenios fuesen ratificados por todos los Estados miembros lo que impedía su entrada en vigor (conforme a sus respectivas normas constitucionales (...)). Han sido instrumentos muy flexibles desde el punto de vista material que se han utilizado para poner en marcha el sistema de asistencia judicial en materia penal y también para aproximar las legislaciones penales de los Estados miembros (...). Tienen efecto vinculante en cuanto a los resultados que deban alcanzarse, pero no con respecto a la forma y los instrumentos necesarios para alcanzarlos, que quedan en manos de los Estados (...)”. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina, “La

Se destaca la definición de organización delictiva que establece el art. 1, siendo una mezcla de lo dicho por la Acción Común y la Convención de Palermo:

“una asociación estructurada de más de dos 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 una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años o con una pena aún más severa, con el objetivo de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”

El segundo párrafo define a la asociación estructurada como:

“una organización no formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito ni que necesite haber asignado a sus miembros funciones formalmente definidas, continuidad en la condición de miembro, o exista una estructura desarrollada”.

Dicha definición se diferencia sustancialmente de la expuesta en la Acción Común por ser una noción restrictiva. En ella sólo se acoge a las organizaciones que tengan como objeto beneficiarse económicamente u otro de carácter material²⁰². Según MÉNDEZ RODRÍGUEZ esta definición se acerca a la misma que emitió la Convención de Palermo para facilitar así su aplicación y la lucha contra esta forma de criminalidad al aproximar lo más posible las diversas definiciones contempladas en los distintos instrumentos nacionales e internacionales²⁰³.

No obstante, debido al abandono de la idea de incluir organizaciones criminales con otras finalidades, la Decisión Marco en su considerando cuarto señala que “*las obligaciones derivadas del artículo 2, letra a), deben entenderse sin perjuicio de la libertad de los Estados miembros para tipificar como organizaciones delictivas a otros grupos de personas, como por ejemplo aquellos grupos cuya finalidad no sea la obtención de un beneficio económico u otro beneficio de orden material*”.

lucha contra la delincuencia organizada: Comentario a la Decisión Marco 2008/841”, en *Revista General de Derecho Europeo*, N° 18 -2009, pp. 6-7.

²⁰² *Ibíd.*, p. 18.

²⁰³ *Loc. cit.*

Por otro lado, la Decisión Marco también obliga a los Estados miembros a penalizar nuevos delitos de organización (art. 2), esto es, la participación en una organización delictiva, y el acuerdo para realizar un delito de participación en una organización delictiva:

“Artículo 2:

Delitos relativos a la participación en una organización delictiva

- a) La conducta de toda persona que, de manera intencionada y a sabiendas de la finalidad y actividad general de la organización delictiva o de su intención de cometer los delitos en cuestión, participe activamente en las actividades ilícitas de la organización, incluida la facilitación de información o de medios materiales, reclutando a nuevos participantes, así como en toda forma de financiación de sus actividades a sabiendas de que su participación contribuirá al logro de la finalidad delictiva de esta organización;
- b) La conducta de toda persona que consista en un acuerdo con una o más personas para proceder a una actividad que, de ser llevada a cabo, suponga la comisión de delitos considerados en el artículo 1, aun cuando esa persona no participe en la ejecución de la actividad”.

Estas conductas guardan similitud con la participación en organizaciones criminales que han resuelto tanto la Convención de Palermo como la Acción Común. MÉNDEZ RODRÍGUEZ clasifica estos casos como “conductas de participación activa en las actividades de la organización definidas estas de forma más o menos amplia; y, en segundo lugar, conductas que suponen llegar a un acuerdo para la comisión de los delitos anteriores, sin necesidad de que estos se lleven a cabo, ni de que la persona llegue a participar directamente en la ejecución de los mismos, lo que supone una modalidad amplia, como la conspiración delictiva”²⁰⁴.

3. Otros organismos internacionales

²⁰⁴ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, *La lucha contra la delincuencia organizada: Comentario a la Decisión Marco 2008/841*, cit., p. 19.

Como era de esperarse, en otras regiones del mundo también existen instituciones internacionales atentas a enfrentar la delincuencia organizada, diseñando planteamientos multilaterales para brindar mecanismos potenciales dirigidos a la resolución de dicho problema. Entre ellas tenemos a la Organización de Estados Americanos (OEA), que periódicamente celebra reuniones de jefes de Estados en las llamadas Cumbres de las Américas para revisar y fortalecer los sistemas de defensa y seguridad de la región.

En la Cumbre de 1998, en Santiago de Chile, los Estados reconocieron la necesidad de fortalecer la cooperación internacional al revisar e incrementar las políticas nacionales contra el narcotráfico. Para ello se creó el Mecanismo de Evaluación Multilateral (MEM) que permitiría a los países ajustar regularmente, modificar o reforzar las políticas antidrogas. A su vez, el MEM ayudará a que los miembros de la OEA sean más rigurosos en la planeación de sus acciones y en juzgar la efectividad de sus métodos de trabajo, y extraigan lecciones más convincentes de sus éxitos y fracasos y se beneficien del acceso a la información y las experiencias de toda la región²⁰⁵.

Además, la OEA aprobó la Convención de Armas de fuego en 1998 para regular en la región el control de acceso de armas, obligando a las partes establecer como delitos el tráfico de armas y todas las actividades relacionadas, e incluir estos delitos en la lista de crímenes extraditables.

Por otra parte, se destaca el trabajo que viene realizando el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) respecto a las recomendaciones que brinda a los Estados sobre el combate contra el blanqueo de capitales, como delito último de las grandes organizaciones criminales, y la financiación del terrorismo²⁰⁶.

²⁰⁵ Para mayor análisis véase GRANADA, Camilo, "La OEA y el crimen transnacional organizado", en *Crimen transnacional y seguridad internacional. Cambio y continuidad*, BERDAL y SERRANO (Comps), Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2005, pp. 149-159.

²⁰⁶ También lo destaca SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, cit., p.97.

Entre otras más, destacan las recomendaciones para combatir el crimen organizado que ha elaborado los países del G7/8²⁰⁷. Estos consejos tienen como eje la idea de una legislación internacional que persiga delitos transnacionales y el compromiso político de los Estados en luchar cooperativa y conjuntamente.

III.¿QUÉ ENTENDEMOS POR ORGANIZACIÓN DELICTIVA?

La exposición criminológica de la delincuencia organizada y los indicadores presentados por las instituciones internacionales nos permiten tener en cuenta ciertas características al momento de entender qué es una organización delictiva. Para ello conviene tener en cuenta además los nuevos delitos de organización que ha incluido la reforma penal española del 2010 (organizaciones y grupos criminales, organizaciones y grupos terroristas) y la regulación de la asociación ilícita (art. 515 CP), así como el interés de otras legislaturas²⁰⁸ para dar respuesta a la delincuencia organizada.

Antes de presentar mi valoración personal, cabe agregar que el número 4 del art. 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España considera a la delincuencia organizada como “la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos” que allí se indican y que van desde el secuestro de personas, terrorismo, hasta el tráfico de especies de flora o fauna, etc. Al respecto, ANARTE BORRALLO entiende que “esta definición está orientada a una finalidad muy determinada, a saber, el régimen procesal/policial y penal de lo que se ha denominado *agente encubierto*. Según esto, más allá de esta esfera, la significación que le

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 98.

²⁰⁸ A modo de ejemplo: Italia, con su peculiar *tipo de asociaciones mafiosas* insertado en el artículo 416 bis del Código Penal italiano en 1982. México: *Ley Federal contra la delincuencia organizada* del 07 de noviembre de 1996 (última modificación 14 de junio de 2012). Venezuela: *Ley Orgánica contra la delincuencia organizada* del 26 de octubre de 2005. Guatemala: *Ley contra la delincuencia organizada* del 19 de julio de 2006. Costa Rica: *Ley contra la delincuencia organizada* del 22 de julio de 2009. Brasil: *Ley 12850*, en la que legisla y define las organizaciones criminales, del 2 de agosto de 2013. Perú: *Ley contra el crimen organizado* del 20 de agosto de 2013.

atribuye el artículo 282 bis de la LECrim sólo podría considerarse una posibilidad interpretativa más que habría de competir con el resto de opciones posibles²⁰⁹.

Por todo lo expuesto, según mi análisis, la definición de organización delictiva o criminal puede ser *aquel conjunto de sujetos organizados, estructurados jerárquicamente, estables con mínima permanencia en el tiempo que, como unidad colectiva, de manera concertada, busquen obtener beneficios lucrativos y no lucrativos mediante la utilización de métodos delictivos de cierta gravedad.*

A continuación, procedo a analizar y explicar los diferentes elementos de esta definición.

1. Factor colectivo

Así pues, el principal requisito que parece articularse en la denominación de organización delictiva es el *factor colectivo*, esto es, la concurrencia de diversos individuos para llevar a cabo un programa criminal. Este factor colectivo compromete otras características que se detallarán a continuación.

- a) La organización se debe al acuerdo voluntario de los integrantes para constituirse en colectivo y someterse al mismo. Igualmente, se dan casos en que la voluntad del miembro se dirige a acoplarse a la organización respetando la estructura y jerarquía de los demás miembros. En otros términos, la cohesión se fija por el compromiso de un número indeterminado de sujetos tendentes al desarrollo de acumulación de cualquier beneficio mediante la comisión de delitos con repercusión especialmente lesiva para la sociedad. En este caso, la organización está por encima de sus miembros individuales.

²⁰⁹ ANARTE BORRALLA, Enrique, "Conjeturas sobre la criminalidad organizada", en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, FERRRÉ OLIVÉ y ANARTE BORRALLA (Eds.), Universidad de Huelva, Huelva, 1999, p. 31.

Además, como parte del acuerdo voluntario, en consecuencia, la organización debe ser vinculante para los distintos miembros y que esa vinculación se mantenga en el tiempo desde el punto de vista subjetivo de un número suficiente de integrantes²¹⁰.

- b) Para que los integrantes se encuentren organizados requieren de una mínima *división de funciones* a desempeñar por sujetos con perfiles diferentes, lo que implica una coordinada repartición de tareas o funciones en el colectivo, deduciendo la necesidad de determinados mecanismos de coordinación interna para hacer confluir las aportaciones de los distintos miembros. Habitualmente las ordenes e instrucciones emanan de un núcleo de poder, jerárquico superior, para empezar la marcha del engranaje que hará, dentro de la planificación, conseguir los objetivos acordados de la organización. Esto es lo que se denomina *estructura colectiva* de toma de decisiones.

A veces el esquema de poder es único, cuando solo existe un nivel de mando. En otras ocasiones es múltiple, cuando el núcleo deriva la comunicación de sus órdenes a células de la misma organización, que son, al mismo tiempo, transmitidas a los miembros subordinados²¹¹ (por ejemplo las maras).

La distribución del trabajo puede ser *horizontal*, cuando intervienen sujetos con el mismo rango funcional, y *vertical*, en el caso de que los miembros sean de distinto rango jerárquico²¹².

Por lo tanto, la organización tiene una *estructura claramente jerárquica*, dentro de la cual los órganos decisivos no son los mismos que los ejecutivos. Si fuese horizontal entonces la organización no sería estructurada y la línea delimitadora con la coautoría sería invisible. Normalmente, la ejecución de los delitos son realizados

²¹⁰ CANCIO MELIÁ, Manuel, *Los delitos de terrorismo: Estructura típica e injusto*, Reus, Madrid, 2010, p. 159. Así lo describe al sentar su posición las organizaciones terroristas.

²¹¹ FARALDO CABANA, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código Penal español*, cit., pp. 64-65.

²¹² ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal*, cit., p. 129.

por distintos agentes de los que forman parte del núcleo de poder²¹³. Por esta forma piramidal prima la disciplina entre los miembros.

- c) Con ello se deja en claro que la participación de los miembros no puede ser pasiva sin intervención en las tareas objetivas de la organización²¹⁴. Las tareas serán distribuidas según el *grado de formación o profesionalización delictiva* que ostenten los miembros. La profesionalidad significa conseguir un enmascaramiento perfecto de los objetivos²¹⁵. Deduce ZÚÑIGA RODRÍGUEZ que mientras más profesionalizado sea el miembro menos fungible es dentro de la organización²¹⁶.

- d) La organización, para cumplir sus objetivos, debe aprovisionarse de materiales y apoyo logístico, y contar con un número de miembros. Sobre lo último, hay normas y juristas que abogan por que el número mínimo de integrantes sea dos y otro sector entiende por tres. Sin embargo creo que el aspecto numérico es secundario, lo que se requiere es un grupo organizado y estructurado que intente alcanzar los límites de lesividad social señalados, que difícilmente (pero fácticamente posible) podrá alcanzar sólo dos miembros.

Para fortalecer mi posición suscribo las palabras de FARALDO CABANA: “Lo relevante no es el número (de miembros), sino que ese número sea suficiente para afirmar la intercambiabilidad de los miembros a la hora de ejecutar el plan criminal de la asociación, lo cual depende, una vez más, del tipo de actividad delictiva que la organización pretende emprender”²¹⁷.

²¹³ JOSHI JUBERT, Ujala, “Sobre el concepto de organización en el delito de tráfico de drogas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero 1995, ponente Excmo. Sr. Bacigalupo)”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1995, p 654.

²¹⁴ CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo: Estructura típica e injusto*, cit., p. 160..

²¹⁵ JOSHI JUBERT, *Sobre el concepto de organización en el delito de tráfico de drogas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, cit., p. 665.

²¹⁶ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal*, cit., p. 129.

²¹⁷ FARALDO CABANA, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código Penal español*, cit., p. 67.

Desde tal punto de vista, lo importante es contar con sujetos disponibles y comprometidos con los planes y actos de la organización. Con frecuencia las organizaciones cuentan con *fungibilidad e intercambiabilidad* de los miembros²¹⁸ (aunque no necesariamente esto sea así en todas las organizaciones). He aquí la gran diferencia con la coautoría por ser la organización un conjunto de personas organizadas y estructuradas disponibles para obedecer las órdenes de un programa delictivo acordado. Por otra parte, los integrantes se comprobarán no en el momento de la ejecución de los delitos, sino antes, cuando se elabora el plan criminal, momento en el cual deben existir suficientes sujetos dispuestos a ejecutarlo con independencia que al final, si realmente se llega a la fase de ejecución, sólo sea uno o unos pocos los que ejecuten, de manera que los integrantes estén a órdenes de la organización para cometer delitos²¹⁹.

Independientemente de lo dicho, la inclusión de los nuevos delitos de organización en el Código Penal español establece que para llamarse organización delictiva el grupo debe contar con más de dos personas²²⁰.

2. Estabilidad y vocación de permanencia

Volviendo a las reflexiones de FARALDO CABANA, no se debe confundir la estabilidad con permanencia. Por organización estable cabe entender la no formada fortuitamente para la comisión de una única infracción delictiva, mientras que con el adjetivo permanente se alude a la vocación de duración indefinida²²¹.

²¹⁸ CHOCLÁN MONTALVO, *La organización criminal. Tratamiento penal y procesal*, cit., p. 9. Este autor considera que la fungibilidad o intercambiabilidad de los miembros es un elemento estricto de la organización.

²¹⁹ FARALDO CABANA, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código Penal español*, cit., p. 71.

²²⁰ Artículos 570 bis, 570 ter y 571 del Código Penal.

²²¹ FARALDO CABANA, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código Penal español*, cit., p. 49.

La propia definición de organización delictiva como estructura jerárquica que utiliza métodos delictivos para perseguir sus fines presupone esta característica, pues es reflejo del vínculo que une a sus integrantes y que va más allá del agruparse para la comisión de un hecho concreto²²².

En buena medida, la estabilidad depende de la estructura de la organización al tener vocación para alcanzar sus fines y/u objetivos más allá de la concreta realización de un delito²²³. En ello reside, en particular, la diferencia entre la mera intervención de varias personas -puestas de común acuerdo- y la organización que requiere de un aparato estructurado de forma adecuada y estable.

En cuanto a la permanencia, debido a la autonomía funcional de la organización bajo la planificación estructural de la misma, esta es tendente a prolongarse indefinidamente en el tiempo a fin de cumplir su programa delictivo²²⁴.

3. El método delictivo para alcanzar los fines

Sobre este punto tanto la normativa internacional y la doctrina se encuentran divididas. Un primer sector sostiene que el fin lucrativo es innato y sólo con él se puede caracterizar la delincuencia o criminalidad organizada²²⁵. Y un segundo sector alega que el fin puede ser de carácter económico o cualquier otro, lo que incluiría el fin político, y por ende las organizaciones terroristas encajarían en la definición²²⁶.

²²² *Ibíd*em, p. 76.

²²³ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal*, cit., p. 130.

²²⁴ FABIÁN CAPARROS, *La criminalidad organizada*, cit., p. 172.

²²⁵ En España principalmente ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal*, cit., p. 133. En el plano normativo está la definición de organización delictiva de la Convención de Naciones Unidas y la Decisión Marco 2008/841/JAI.

²²⁶ CHOCLÁN MONTALVO, *La organización criminal*, cit., p. 9; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *La criminalidad organizada*, cit., pp. 45 - 46; GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, cit., p. 60. FABIÁN CAPARROS, *La criminalidad organizada*, cit., p. 178. En el campo normativo se tiene a la Acción Común n.º 98/733/JAI.

Antes de sentar mi posición sobre este punto, cabe añadir algunas observaciones sobre el fin de la organización. Es evidente que el andamiaje de la organización tiene su origen en la planificación de alcanzar ciertos fines mediante la utilización de la comisión de delitos. Esos fines no son particulares de los miembros, sino colectivos. Por ejemplo, las organizaciones dedicadas al tráfico de drogas se juntan para obtener y beneficiarse (todo el grupo) de grandes sumas de dinero mediante el procesamiento, distribución, comercialización de la droga. Tales comportamientos son delictivos, sin importar el uso del dinero que le dé al dinero cada integrante. Además, la organización, para alcanzar sus fines, deberá también, como política de autoprotección o autoencubrimiento, ver la forma de cómo proteger sus objetivos eliminando todos los obstáculos que puedan presentarse, como, por ejemplo, la persecución o procesamiento por la autoridad, para lo que, de darse el caso, tendrá que corromper o asesinar (una muestra, los carteles latinoamericanos de la droga).

Como se aprecia en el ejemplo, que es común para todos los grupos, toda organización criminal tiene fines que son conseguidos por medio de conductas delictivas de especial gravedad. Por otra parte, la finalidad del grupo no es un rasgo único de la delincuencia organizada sino que este también se encuentra presente en la comisión de todos los delitos cometidos por la delincuencia tradicional. Por lo tanto, esta característica, la finalidad delictiva, no puede ser distintiva a efectos de la definición que abordamos.

Ahora bien, conviene tratar dos puntos más para presentar este peculiar requisito descriptivo. Como ya se ha dicho, limitar la definición de organización delictiva por la finalidad del grupo en nada coadyuva a la política criminal eficiente y preventiva combatir la delincuencia organizada, además de provocar la dispersión de las normas que identifican un mínimo común: organización estructurada, estable y permanente del agente; y con ello, por tanto, se generaría mayor confusión.

En ese aspecto, la finalidad del grupo sigue siendo una valoración subjetiva y variante que solo se encuentra identificada en el pacto clandestino de los integrantes (factor interno). Sobre la variabilidad, nótese el caso de la mafia italiana y el cartel de Medellín: después de

adquirir el poder económico, sus fines cambiaron para luego insertarse en la política del país correspondiente.

Otro caso esclarecedor es el de las maras, que se organizaron de manera similar a las mafias para, al principio, defenderse de otros grupos rivales, siendo su principal arma la utilización de métodos espantosos como asesinatos, secuestros, robos, etc., con expansión internacional (Centroamérica). Su fin no fue lucrativo al inicio, pero ahora se encuentra en variación, al dedicarse al tráfico de drogas y el de inmigrantes.

Por tales razones, me atrevo a decir, y me separo de las dos posiciones expuestas, que los fines de la organización pueden ser diversos como el lucro, poder político o de otro orden, etc., pero que no son relevantes en la definición legal de una organización delictiva. Que la finalidad sea económica o no, al fin y al cabo, es indiferente para apreciar la organización estructurada, estable, permanente, y que tenga como método -para alcanzar sus fines- la comisión de delitos, lo que, sin duda, es el foco de peligro que hemos detectado en la descripción criminológica del fenómeno.

Entonces, ¿de qué serviría discriminar este fenómeno cuando contiene dentro de sí las características principales de una organización criminal, que al mismo tiempo, se diferencia de la delincuencia tradicional, siendo de suma peligrosidad, con los mismos efectos nocivos para la comunidad? En otros términos más explícitos, una organización con fines lucrativos o políticos que tenga disposición a utilizar métodos destructivos (consecuentes) para la sociedad, es, en igual sentido, peligrosa y, tenga uno u otro fin, forma parte de la delincuencia organizada.

La unificación de la definición de la organización delictiva para vencer a la delincuencia organizada y construir un nuevo sistema normativo penal para enfrentarlos no puede ser dispersa.

Lo importante, no es el fin, sino que la organización sea propensa a cometer cualquier delito con tal de alcanzar los beneficios que se ha planteado. La identificación de los fines

sigue siendo muy secundaria cuando el método es catastrófico y lesivo para las columnas de un Estado de Derecho²²⁷.

Llegado a este punto, considero necesario hacer una aclaración dogmática sobre la expresión de criterios subjetivos en la tipicidad de una conducta o incluso en la descripción de un fenómeno. Partir de elementos subjetivos en la valoración de un comportamiento traería consigo un error metodológico, es decir, se desea iniciar la imputación de lo subjetivo a lo objetivo, pero no a la inversa. Como bien sustenta ROBLES PLANAS, en las perspectivas subjetivas se afirma que “la acción es peligrosa si el sujeto sabe lo que ocurrirá después. Si lo desconoce, en cambio, no existe creación alguna de riesgo típicamente relevante. La peligrosidad surge, entonces, únicamente a partir de los conocimientos del sujeto”²²⁸. Si se siguiese esa línea se infringiría el principio *cogitationis poenam nemo patitur*, que quiere decir que el cual lo que el sujeto conozca, piense o desee queda en su ámbito privado siempre que no exista una manifestación externa que además sea objetivamente peligrosa²²⁹. Por lo tanto, no puede castigarse finalidades en tanto que no se traduzca en una configuración externa objetivamente desaprobada por sí misma.

Asimismo, en un Derecho penal de un Estado de libertades se trata del control de lo externo; la pregunta acerca de lo interno sólo está permitida para la interpretación de aquellos fenómenos externos que son ya, en cualquier caso perturbadores. Lo anterior, según ROBLES PLANAS, pone de manifiesto que no siempre es legítimo acudir al lado subjetivo de la persona, sino que será necesaria una razón especial o cualificada para ello.

²²⁷ Así también lo señala BLANCO CORDERO, Isidoro, “Criminalidad organizada y mercados ilegales”, en *Eguzkilore – Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología*, N° 11-1997, San Sebastián, p. 217: “Ciertamente el delito es, desde la perspectiva de tales grupos, de poca importancia; éste constituye solamente un instrumento para la consecución en primera línea de fines materiales, para cuya obtención el grupo se puede servir, y de hecho se sirve, de medios legales. El método criminal es sólo un medio para alcanzar un fin principal, en concreto, la obtención del máximo de ganancias (...)”.

²²⁸ ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito: Fundamentos y límites*, Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2003, p. 65.

²²⁹ Loc. cit.

Esta razón no puede ser otra que la desaprobación objetiva o la relevancia objetiva de la conducta en cuestión”²³⁰.

Al respecto, JAKOBS mejora el panorama explicando que “una conducta que sólo llama la atención si se conoce el ámbito interno del autor nunca puede ser tratada legítimamente como delito, pues en otro caso sería únicamente lo interno el fundamento de la pena [...]. Sólo si y sólo en la medida en que sea reconocible *ex re* una arrogación actual, resulta legítimo preguntar al autor cómo llegó a esa conducta y qué fin perseguía con ella, esto es, cómo hay que interpretar, por tanto, su conducta a la luz de los factores internos”²³¹.

Retomando el hilo de la exposición sobre el método delictivo, la comisión de delitos por una organización presenta una peligrosidad superior a la propia de la delincuencia individual. Acota SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ que “esta peligrosidad se produce: a) Porque en el grupo se reducen o excluyen los factores de inhibición de la comisión de delitos y los sentimientos de responsabilidad criminal que sí suelen actuar cuando se delinque individualmente y; b) porque la organización permite la construcción de estructuras racionalmente orientadas a la planificación y comisión del delito, así como ulteriormente al encubrimiento de sus miembros para evitar la persecución penal”²³².

Entonces, se detecta que lo preocupante para la comunidad y por ende para el Derecho penal es el método delictivo que utiliza la delincuencia organizada para alcanzar sus fines, por ser una realidad objetiva que se puede percibir con facilidad y que demuestra la dimensión colectiva-peligrosa de la organización. Se trata de métodos que sirven tanto para lograr directamente los fines (narcotráfico, tráfico de inmigrantes, tráfico de armas, prostitución clandestina, etc.) como para proteger a la propia organización y a sus miembros y fortalecer sus objetivos (coacciones, amenazas, secuestros, asesinatos, lesiones, etc.).

²³⁰ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: Fundamentos y límites*, cit., p. 67.

²³¹ JAKOBS, Gunther, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, en *Estudios de Derecho penal*, Traducción y estudio preliminar por PEÑARANDA RAMOS, SUAREZ GONZALES y CANCIO MELIÁ, Civitas, Madrid, 1997, p. 302.

²³² SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, cit., pp. 63 – 64.

En conclusión, considero que los fines de la organización pueden ser diversos: económicos o no económicos, pero lo que cuenta y destaca para la identificación de una organización delictiva es la disposición del grupo para cometer cualquier delito para conseguir a cualquier precio los objetivos trazados. He ahí la diferencia con la delincuencia tradicional.

IV. EL INJUSTO EN LOS DELITOS DE ORGANIZACIÓN

Ante la situación descrita, novedosa y distinta, no se debe seguir combatiendo, desde el plano penal, con instrumentos propios de la lucha contra el autor individual, como se está percibiendo en muchas legislaciones nacionales, que claramente han revelado su insuficiencia.

Es decir, el norte necesario para combatir la delincuencia organizada debe vincularse con nuevos criterios dogmáticos apegados a la identificación conjunta de la responsabilidad penal de la organización.

Aunque las modificaciones de la parte general de la teoría del delito serían extensas para dar pie a la creación de un nuevo orden dogmático sobre la delincuencia organizada, a continuación me dedicaré a reseñar sintéticamente las aportaciones de tres penalistas destacados en el estudio del contenido del injusto penal de la delincuencia organizada.

Con el debido orden cronológico, en 1994 LAMPE desarrolló *el injusto del sistema* que emana de un *sistema de injusto* para la delincuencia organizada. Gracias a la traducción de GÓMEZ-JARA DÍEZ dicho trabajo se encuentra en español²³³. Posteriormente, en el año 2008, CANCIO MELIÁ manifestó que el injusto de los delitos de organización se basa en la arrogación del monopolio de la violencia estatal que asume la delincuencia organizada²³⁴.

²³³ LAMPE, *Injusto del sistema y sistemas de injusto*, cit., p. 127.

²³⁴ CANCIO MELIÁ, Manuel, "El injusto de los delitos de organización: Peligro y significado", en *Delitos de organización*, CANCIO MELIÁ y SILVA SÁNCHEZ, BdeF, Montevideo- Buenos Aires, 2008, p. 75.

Por último, un año después, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ hizo hincapié a la determinación del injusto penal de la organización criminal formulando un criterio de imputación doble²³⁵.

1. El injusto orientado hacia el sistema

Merece ser elogiada la propuesta desarrollada por LAMPE en base a la necesidad por construir una teoría de responsabilidad penal centrada en el injusto sistémico (*Systemunrecht*), complementaria a la responsabilidad individual de cada uno de los miembros, por su injusto personal.

Sobre esto, LAMPE pone de manifiesto que, aparte del injusto de los sistemas simples (donde habita la coautoría), debe identificarse el injusto de sistemas sociales constituidos. Para tal distinción resalta las particularidades comunes del injusto de las agrupaciones criminales, empresas económicas con tendencia criminal y aquellas estructuras estatales criminalmente pervertidas. Este último injusto es un sistema formal y se da cuando la organización funcional de un sistema de injusto adopta una forma duradera y ya no es simplemente “más que la suma de partes”, sino incluso independiente del cambio de sus partes.

Los lineamientos del injusto del sistema, explica LAMPE, son formados por dos factores objetivos y otros dos de carácter subjetivo. Los primeros serían: a) El considerable potencial de riesgo que se acumula en los sistemas, comprendido en las personas preparadas para el conflicto y los medios técnicos que pueden ser creados o utilizados mediante una división de trabajo para la distribución de conflictos; y b) su concreta peligrosidad, que desarrolla el potencial de riesgo humano y técnico debido a su ataque organizado contra bienes jurídicos o debido a su integración defectuosa organizada en un

²³⁵ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal*, cit., p. 260 -261.

concepto socialmente compatible de protección para los bienes jurídicos puestos en peligro²³⁶.

En cuanto al segundo grupo, se advierte: c) el sentimiento de comunidad, en relación con la defectuosa conciencia de responsabilidad por parte de las personas vinculadas organizativamente en el sistema de injusto; y d) la adjudicación de un fin que contradice el ordenamiento jurídico o la revelación de una falta de cuidado²³⁷.

En general, dice LAMPE, “en caso de que los cuatro factores al mismo tiempo estamos ante un injusto sistémico. Es más, el injusto del sistema es un estado de injusto en sí, que puede confirmarse en acciones, pero que no tiene necesariamente por qué. Se corresponde con la predisposición al injusto del autor individual en los delitos de comportamiento²³⁸”. Agrega que “sin embargo, la disposición a cometer el delito no constituye un injusto ya que al “sistema”, y allí donde se encuentre, al carácter personal, le falta la asocialidad inmediata, la predisposición de un sistema de comunidad a cometer delitos, su “carácter” asocial, es ya un injusto²³⁹”.

A continuación, señala LAMPE que “el injusto del sistema es un injusto punible, pero no necesariamente injusto merecedor de pena y necesitado de pena”. Quiere decir que el merecimiento de pena del injusto dependerá de la contrariedad a los valores éticos-sociales y de su eficacia en la desestabilización social²⁴⁰.

En cuanto a los responsables del injusto del sistema pueden ser o bien el propio sistema o bien sus miembros. Los últimos pueden ser además responsables por el propio injusto del sistema o por su injusto de resultado²⁴¹.

²³⁶ LAMPE, *Injusto del sistema y sistemas de injusto*, cit., pp. 137-138.

²³⁷ *Ibidem*, pp. 138-139.

²³⁸ *Ibidem*, p. 139.

²³⁹ *Loc. cit.*

²⁴⁰ LAMPE, *Injusto del sistema y sistemas de injusto*, cit., p. 140.

²⁴¹ *Ibidem*, p. 141.

En particular, después de aplaudir la teoría de ROXIN sobre la autoría mediata en aparatos de poder organizado, LAMPE propone distinguir entre responsabilidad imputable al injusto de relación y responsabilidad imputable al propio injusto de sistema, estableciendo las características que permiten hablar de un sistema de injusto según derive de aparatos estatales de poder, de la actividad empresarial o de asociaciones criminales. Si coinciden las personas que llevaron a cabo el delito con los responsables del injusto sistémico, no se debe extinguir ninguna de las responsabilidades, debiéndose aplicar, a su juicio, un concurso ideal de delitos²⁴². En cualquier caso, si el sistema no tiene forma institucional o su forma institucional se opone al Derecho vigente, entonces LAMPE descarta que se le pueda exigir responsabilidad penal.

Por último, LAMPE cree que para la realización de la responsabilidad del sistema faltan en la actualidad normas jurídico-penales suficientes, aparte de las referidas a las agrupaciones criminales. Especialmente, en el marco de la criminalidad empresarial y de la criminalidad estatal, existe, hoy en día, a consecuencia de esto, un considerable déficit de justicia penal²⁴³.

Por ahora me reservo señalar las observaciones que la doctrina ha hecho a la posición de Lampe, dado que, en el próximo capítulo se abordarán pues guardan relación con la intervención delictiva de los delitos organización.

2. La arrogación del monopolio de la violencia estatal

La segunda posición sobre el injusto en los delitos de organización que aquí expondré es la formulada por CANCIO MELIÁ. Esta consiste en que la existencia de una organización criminal en cuanto agente colectivo conduce a la concurrencia de una especial peligrosidad, es decir, la estructura del colectivo aparece únicamente a título de una especie de factor de multiplicación de los elementos de peligrosidad individual, pero que, al mismo tiempo,

²⁴² *Ibíd*em, p. 155.

²⁴³ *Ibíd*em, p. 179.

amerita de la explicación de una incriminación específica para aprehender ya el contenido verdaderamente específico de los delitos de organización²⁴⁴.

Al respecto, se pregunta CANCIO MELIÁ, ¿qué significa la (mera) existencia de una organización típica en términos de injusto? La respuesta estaría en el significado autónomo de la organización para poder imputar un injusto colectivamente realizado a los distintos intervinientes. Entonces, según el jurista citado, esta sería la arrogación por parte de la organización del ejercicio de derechos perteneciente al ámbito de la soberanía del Estado, esto es, a la adjudicación del monopolio de la violencia estatal²⁴⁵.

Sobre esta posición cabe hacer algunas observaciones críticas que pueden deducirse, fundamentalmente, del planteamiento de LAMPE al identificar en algunos casos al Estado como un injusto de sistema. En primer lugar, lo tantas veces expresado: las organizaciones delictivas son aquellas que dentro de su dimensión colectiva se encuentran estructuradas, estables, con mínima permanencia en el tiempo, utilizando métodos de altísima gravedad para alcanzar sus fines. De ahí que, dentro de ese esquema, puede darse el caso que el propio Estado, mejor dicho el Gobierno de turno, forme una organización delictiva con diversas modalidades. Organización que LAMPE ha denominado como Estado e instituciones estatales criminalmente pervertidas.

En segundo lugar, este tipo de organización (el Gobierno) tiene como tarea funcional – sobre todo constitucional- cumplir con el manejo correcto de la violencia estatal a fin de poner en marcha y proteger todos los sistemas que aglomera la funcionalidad del país local.

En tercer lugar, en general, a pesar de verificar los grandes esfuerzos que la doctrina hizo para delimitar, primero, la definición de organización criminal y, luego, de significar el injusto de estos delitos, creo que todas las propuestas –en ambos casos– como mínimo deberán intentar abrazar la omnipresencia que tiene la delincuencia organizada, y, por ende, su tratamiento dogmático y normativo.

²⁴⁴ CANCIO MELIÁ, *El injusto de los delitos de organización: Peligro y significado*, cit., p. 51.

²⁴⁵ *Ibíd.*, pp. 73-75.

En ese sentido, para los casos de organizaciones criminales provenientes u originados del Gobierno de turno, no alcanza la propuesta que presenta CANCIO MELIÁ, debido a que, en sus manos se encuentra el monopolio de la violencia estatal, siendo imposible arrogarse esta etiqueta cuando a él mismo le pertenece. Esta posición en gran medida no agota los niveles de injusto que se desea para los delitos de organización.

A pesar de condimentar dicha propuesta junto a otro elemento más: *la permanente utilización abusiva o totalmente desviada de la violencia estatal*, este nuevo elemento podría darse en muchos casos. Hasta con intentos de legitimación como por ejemplo la emisión de normas penales –aberrantes- con mayor elevación punitiva (la violencia penal es deformada y excedida). En todo caso, esta propuesta, en los próximos trabajos sobre el tema, necesitará ser analizada con mayor minuciosidad.

CANCIO MELIÁ utiliza incluso el propio significado de injusto de organización que formula para hacer frente –dogmáticamente- a los delitos de terrorismo²⁴⁶, suscribiendo la posibilidad del terrorismo de Estado²⁴⁷. Entonces –según mi observación–, dentro del programa analítico del mencionado penalista me pregunto si el propio Estado podría adjudicarse el monopolio estatal cuando ha hecho uso discriminatorio del mismo como actos terroristas dirigidos a la población que gobierna.

3. El injusto como doble imputación

Por último, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, en similar sentido que AMBOS cuando propone una doble imputación para la determinación de la responsabilidad por delitos cometidos por organizaciones estatales, deduce que la mejor forma para combatir sustantivamente a la criminalidad organizada, respetando los principios fundamentales del Derecho penal, es una doble imputación al integrante de una organización delictiva. Con las propias palabras de esta autora “al sujeto que realiza un delito a través de organización criminal se le imputan

²⁴⁶ CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo: Estructura típica e injusto*, cit., p. 131.

²⁴⁷ *Ibídem*, pp. 187 y ss.

dos injustos distintos, pero interrelacionados: primero, un injusto penal por el delito concreto que cometa (conforme a las reglas de autoría y participación), y, segundo, un injusto penal por participación en una organización criminal²⁴⁸.

Agrega que uno solo injusto no agota el desvalor total del comportamiento complejo, sino que se requieren *dos desvalores* que son apreciados *conjuntamente*: el desvalor del delito cometido concretamente y el desvalor de formar parte de una organización criminal dedicada a la comisión de esos delitos que el sujeto cometió o que es medio para cometerlos²⁴⁹.

Dicha propuesta, según explica la citada penalista, no debe confundirse con la posibilidad de una agravante de los tipos penales, porque el delito concreto no es producto de un comportamiento individual, sino de una organización criminal²⁵⁰.

El injusto de organización, según ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, debe ser recogido en una regulación en la parte general del Código Penal dentro del supuesto de hecho de las consecuencias accesorias y del comiso²⁵¹.

Las apreciaciones personales para esta teoría las reservo para cuando sienta posición al respecto, en el siguiente capítulo.

²⁴⁸ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal*, cit., p. 260.

²⁴⁹ *Ibíd.*, p. 261.

²⁵⁰ *Loc. cit.*

²⁵¹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal*, cit., p. 280.

CAPÍTULO IV

RESPUESTA PENAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA. ANÁLISIS DE LOS DELITOS DE ORGANIZACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

I. LA POLÍTICA CRIMINAL CONTENIDA EN LA REFORMA PENAL DE 2010

En su sano juicio cualquiera diría que al pasar los años las normas y sobre todo las penales, también, deberían adecuarse a los cambios económicos, políticos, religiosos y culturales, debido a la necesidad de sancionar aquellos fenómenos delictivos -novedosos y cambiantes- que se infiltran en el tejido social. Pero de ahí a justificar cualquier tipo de norma en aras de la eficacia por sostener la seguridad ciudadana, según mi parecer, hay una gran diferencia. Las normas penales provenientes de un Estado de Derecho no pueden soslayar respeto de los derechos fundamentales que todo ciudadano ostenta, por el sencillo hecho de obedecer a los principios generales del Estado en los cuales se fundamentan.

Las normas de excepción o de emergencia –contra la delincuencia organizada– tampoco pueden ser válidas dentro de un Estado que dice ser respetuoso de los derechos fundamentales. Las dos se apartan de la posición garantista del Estado y la orientación de la razón jurídica es dejada de lado para imponer cualquier otra razón vinculada a la decisión política.

Tiene razón FERRAJOLI cuando explica que “la alteración de las fuentes de legitimación ha consistido precisamente en la asunción de la excepción o de la emergencia como justificación política de la ruptura o, si se prefiere, del cambio de las reglas del juego que en el estado de derecho disciplinan su función penal. Esta concepción de emergencia no es otra que la idea de la primacía de la *razón de estado* sobre la *razón jurídica* como criterio informador del derecho y del proceso penal, aunque sea en situaciones excepcionales como la creada por el terrorismo político o por otras formas de delincuencia organizada”²⁵². Sobre el Derecho penal de excepción, agrega el jurista italiano, este designa simultáneamente dos cosas: “la legislación de excepción respecto a la Constitución y, por tanto, el cambio legal de las reglas de juego, y la jurisdicción de excepción, degrada a su vez respecto de la misma legalidad alterada”²⁵³.

²⁵² FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 9na ed., traducción por ANDRÉS IBÁÑEZ y otros, Trotta, Madrid, 2009, pp. 807-808.

²⁵³ *Ibidem*, cit., p. 808.

n efecto, más allá de los principios que someten a la calificación del Estado y de las premisas presentadas por FERRAJOLI, no debe olvidarse que en una sociedad la cual se ha dotado democráticamente de una Constitución es esa norma legal la que recoge el contenido básico del acuerdo social, condicionado históricamente y desde luego susceptible de modificación, al que se ha llegado de cara en ejercicio del poder²⁵⁴.

De ahí que, para cualquier atinencia de las normas penales, la Política Criminal tiene como fin último la búsqueda de un espacio de seguridad para que el ciudadano pueda desarrollar sus potencialidades, donde los poderes públicos legitiman su actuación en el bienestar de los ciudadanos²⁵⁵. Por supuesto que debe ser respetuosa de los principios que derivan de la idea de dignidad de la persona (legalidad, culpabilidad, responsabilidad, etc.) y de los valores supremos (libertad, justicia, igualdad, etc.), siendo la misión de la Política Criminal la elaboración o construcción de una mejor respuesta preventiva frente a determinados hechos ilícitos que no son tolerados socialmente, a fin de mantener bajo límites constitucionales el índice de la criminalidad en una determinada sociedad. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ denomina a esta “Política Criminal como humanista, democrática y progresista [agrego también, garantista] en contra de las Políticas Criminales autoritarias, conservadoras, utilitarias o efectistas que, lamentablemente no son muy infrecuentes incluso en países democráticos europeos”²⁵⁶.

Lamentablemente es cierto que los consejos de la Política Criminal garantista no han tenido eco en las legislaciones de muchos países; dado que, entre otros motivos, se tiene la falsa creencia que el Derecho penal es la mejor y la más eficaz herramienta para combatir los problemas sociales y sus derivados. Al respecto, SILVA SÁNCHEZ ha descrito la situación de la Política Criminal de los últimos treinta años como un retorno a VON LISZT, aunque no necesariamente a su pensamiento originario, sino interpretado por el paso de la historia y

²⁵⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Viejo y nuevo Derecho penal*, cit., 103 y ss.

²⁵⁵ La Política Criminal en su faz penal tiene entre sus funciones la de seleccionar los contenidos que hacen al componente material del concepto de delito y a la vez la opción, según criterios de proporcionalidad, de los tipos de consecuencias a aplicar [YACOBUCCHI, Guillermo, “Política criminal y delincuencia organizada”, en *El crimen organizado. Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización*, YACOBUCCHI (Coord.), Depalma, Buenos Aires, 2005, p. 32].

²⁵⁶ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Política criminal*, Colex, Madrid, 2001, p. 34.

sus conflictos²⁵⁷. Expresamente indica: “la existencia de una Política Criminal donde se aprecian dos referencias relevantes: una de orden empírico, signada por la eficacia y otra de tipo valorativo, marcada por las garantías”²⁵⁸.

En consecuencia, la Política Criminal actual es sometida a grandes transformaciones cada vez más alejada de su fin último, sobre todo inclinada al discurso legislativo de un “*Derecho penal simbólico*” que, por eso mismo, carece de legitimación. En este ámbito predomina una función latente sobre la manifiesta, o, dicho en una nueva formulación, hay una discrepancia entre los objetivos invocados por el legislador y la “agenda real” oculta bajo aquellas declaraciones expresas.

Según DÍEZ RIPOLLÉS, los efectos simbólicos desconectados a la protección de bienes jurídicos y a los que aspira un legislador simbólico son: a) la puesta de manifiesto de la identificación del legislador con determinadas preocupaciones de los ciudadanos; b) la demostración de la fuerza coercitiva en general de los poderes públicos; c) la demostración de la rapidez de reflejos del legislador ante problemas nuevos; d) el apaciguamiento de determinadas reacciones emocionales de la ciudadanía ante sucesos que producen alarma o inquietud; e) la satisfacción de la necesidad social de hacer algo frente a problemas irresueltos; f) la manifestación de la vigencia de determinadas opciones éticas y; g) el mensaje de que hay que modificar determinadas actitudes sociales²⁵⁹.

Consecuentemente, el gran problema del legislador simbólico es la promulgación de normas sancionadoras carentes de legitimación, en cuanto que su configuración ya no aspira a, ni por lo general puede, fundamentarse en su eficacia para proteger bienes jurídicos y evitar la delincuencia, único fin que permite justificar la correspondiente decisión legislativa²⁶⁰.

²⁵⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús, *Política criminal y persona*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 20.

²⁵⁸ *Ibidem*, p. 21.

²⁵⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís, *Política criminal y Derecho penal. Estudios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 93-94.

²⁶⁰ *Loc. cit.*

Además del Derecho penal simbólico también existen procesos de criminalización “a la antigua usanza”. Acota CANCIO MELIÁ que “la introducción de normas penales nuevas con la intención de promover su efectiva aplicación con toda decisión, o sea, proceso que conducen a normas penales nuevas que sí son aplicadas, o al endurecimiento de las penas para normas ya existentes”²⁶¹. Es decir, nos encontramos ante el *resurgimiento del punitivismo*: el recurso a un incremento cualitativo y cuantitativo en el alcance de la criminalización como único criterio político-criminal; un ambiente político-criminal que, desde luego, no carece de antecedentes²⁶².

Abordado el actual panorama de la Política Criminal, por su parte, el legislador español en el año 2010 reformó en gran medida el Código Penal de 1995²⁶³. Esta reforma fue la continuación de otras modificaciones al ordenamiento punitivo, que se han dado tanto bajo el impulso de gobiernos socialistas como de gobiernos conservadores. Para ello, cabe recordar, entre otras, las importantes variaciones de la legislación Penal como las de 1983, 1989 y las tres de 2003. De ahí que, según GONZÁLEZ CUSSAC, la reforma penal está adjetivada como “permanente”²⁶⁴.

Nos encontramos ante una nueva modificación del Código Penal que alcanza a un buen número de disposiciones, entre las que se corrigen y las que se incorporan. Entre las incorporaciones que interesan al presente trabajo caben destacar la decisión para responsabilizar penalmente a las personas jurídicas (art. 31 bis) y la tipificación de nuevos delitos de organización (arts. 570 bis a 570 quáter, y 571 a 575), que en este capítulo se

²⁶¹ CANCIO MELIÁ, Manuel, “De nuevo: ¿”Derecho penal” del enemigo?”, en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, T. I, CANCIO MELIÁ y GÓMEZ-JARA DÍEZ (Coords.), BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2006, p. 349.

²⁶² Loc. cit.

²⁶³ LO 5/2010, de 22 de junio de 2010, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre de 1995, del Código Penal, que ha visto la luz en el BOE de 23 de junio de 2010. Para un mayor manejo de información sobre el proceder legislativo de esta norma puede revisarse: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio, “Dos reformas más, y van 26”, en *Estudios sobre las reformas del Código Penal. Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*, DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO (Dirs.), Civitas, Navarra, 2011, pp.17-23.

²⁶⁴ GONZÁLEZ CUSSAC, José, “La reforma permanente: clima de miedo, pensamiento impecable y derechos mínimos”, en *Comentarios a la reforma penal de 2010*, ÁLVAREZ GARCÍA y GONZÁLEZ CUSSAC (Dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 39.

examinarán. En cuanto a las modificaciones, me detendré sólo en el delito de asociación ilícita (art. 515).

En este estado de cosas, aunque existan juristas que creen que la Política Criminal inscrita en la reforma penal no es la más adecuada a las exigencias del Estado democrático²⁶⁵ y que sostienen que el nuevo modelo es anticuado, innecesariamente represivo, socialmente excluyente y peligroso desde el punto de vista democrático²⁶⁶, no es mi intención sacar conclusiones generales de la reforma penal de 2010, ni mucho menos describir cuál fue el camino, respecto a la Política Criminal, que ha asumido la reforma; sin embargo, con el examen que abordo se podrá deducir si las normas penales de organización, que han sido incluidas (y la asociación ilícita) son conformes a los principios de un Derecho penal garantista en relación a la CE y, por último, comprobar su coherencia legal.

Para ello, el análisis de la redacción legal y la interpretación teleológica de los tipos penales será importante, a fin de verificar si la reforma penal, en este espacio, sobrepasó los límites del *ius puniendi*, o por el contrario, si se somete a los principios del Derecho penal garantista. Tal examen, repito, está circunscrito a la tipificación de los nuevos delitos de organización, dejando para otro momento el análisis de los delitos de organización que ya se encontraban establecidos, excepto el de asociación ilícita.

Desde luego considero que la inclusión de los delitos de organización, aparte del interés por combatir la delincuencia organizada, obedece al compromiso que tiene España con la Convención de Palermo y la Decisión Marco 2008/841/JAI. Asimismo, manifiesta GARCÍA RIVAS que “estos tipos de organización eran reclamados por la Fiscalía General del Estado –en sucesivas Memorias–, por considerar que las figuras recogidas en el Código Penal adolecían de lagunas de punibilidad explícitas y eran objeto además de una interpretación muy restrictiva por parte de los tribunales españoles, defectos a los que había que añadir los

²⁶⁵ Por ejemplo: ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, “Código Penal y Política Criminal”, en *Comentarios a la reforma penal de 2010*, ÁLVAREZ GARCÍA y GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 38.

²⁶⁶ Destaca: ECHANO BASALDUA, Juan Ignacio, “La política criminal securitaria en la reforma penal española de 2010”, en *Estudios de Deusto: Revista de la Universidad de Deusto*, Vol. 58, N° 2, 2010, pp. 184 y ss.

problemas de compatibilidad con otros ordenamientos y el subsiguiente riesgo a la falta de reconocimiento mutuo en este terreno, especialmente proclive a la adopción de medidas de investigación penal coordinadas en varios países”²⁶⁷.

Antes de empezar con la labor, comparto cabalmente lo dicho por ZÚÑIGA RODRÍGUEZ²⁶⁸ y FARALDO CABANA²⁶⁹ cuando rechazan la teoría del Derecho penal del enemigo para combatir la delincuencia organizada. Primero, porque el Estado no se encuentra en la capacidad de etiquetar quién o quiénes son los enemigos de la sociedad. Luego, porque dentro de un Estado de Derecho -defensor de las garantías de las personas- existen otros mecanismos jurídicos para hacer frente a cualquier situación delictiva sin preponderar eficacia sobre derechos fundamentales. Un claro ejemplo podría ser la posición de la doble imputación en el injusto de organización que ha propuesto ZÚÑIGA RODRÍGUEZ. Por último, utilizar el modelo del Derecho penal del enemigo, en abreviados términos, sería negar la propia conformación de un Estado de Derecho.

Finalmente, y para que no quepa duda, la denominación que se hace en estas líneas de los delitos de organización es la misma que señala la dogmática penal -principalmente alemana- para aquellas figuras configuradas en la agrupación de varios sujetos (organizados) con el fin de cometer uno o varios delitos ulteriores. No obstante, considero que el *nomen iuris* abarca no solo a la conformación de una organización idóneamente delictiva como los delitos de *estatus*, que radican en sancionar a unos sujetos por el hecho de pertenecer a una organización²⁷⁰, sino también a los tipos penales, según mi interpretación, donde el sujeto activo necesariamente para cometer el delito se sirva de una

²⁶⁷ GARCÍA RIVAS, Nicolás, “Organizaciones y grupos criminales”, en *Comentarios a la reforma penal de 2010*, ÁLVAREZ GARCÍA y GONZÁLEZ CUSSAC (Dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 504-505.

²⁶⁸ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *La criminalidad organizada y sistema de Derecho penal*, cit., p. 190.

²⁶⁹ FARALDO CABANA, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código Penal español*, cit., pp. 414-415.

²⁷⁰ POLAINO ORTS, Miguel, “Organizaciones y grupos criminales: nuevos perfiles de su combate penal”, en *El Derecho penal ante la criminalidad de núcleo duro*, JAKOBS, POLAINO NAVARRETE y POLAINO-ORTS, Contexto, Resistencia-Chaco, 2011, p. 79: “Los delitos de organización se les puede denominar también delitos de estatus, pues en ellos se sanciona a unos sujetos por el hecho de pertenecer a la organización, o sea: por tener el estatus de ser miembros de la mencionada organización”.

agrupación organizada como, por ejemplo, los delitos de sedición, rebelión y, en algunos casos, la comisión de delitos internacionales (genocidio, lesa humanidad, etc.).

II. LOS DELITOS DE ASOCIACIÓN ILÍCITA

1. Consideraciones previas

Los delitos de asociación ilícita se encuentran regulados en los arts. 515 a 521 CP, como consecuencia del art. 22 de la CE que reconoce el derecho de asociación²⁷¹.

En resumidas cuentas, el art. 517 sanciona al líder de la asociación con mayor pena que a los miembros activos, lo que supone que no existe represión penal para los miembros pasivos. El art. 518 de manera innecesaria sanciona al colaborador de la asociación. Digo innecesaria pues se eleva a delito autónomo formas de colaboración delictiva²⁷². El art. 519, como parte de la política penal expansiva, sanciona formas de participación intentada. El art. 520 obliga a que la autoridad judicial disuelva las asociaciones previstas en el art. 515 o en su caso optar por cualquier consecuencia accesoria del art. 119 CP. Por último, el art. 521 agrava la pena a las autoridades, agentes y funcionarios públicos cuando formen parte de una asociación ilícita.

En particular, el núcleo del delito de asociación ilícita se ha fijado en el art. 515 CP junto a una relación de supuestos típicos, que a lo largo del tiempo reflejan los vaivenes del legislador de turno²⁷³.

²⁷¹ El art. 516 fue suprimido por la reforma penal de 2010.

²⁷² MUÑOZ CONDE señala que, aunque este artículo trata la cooperación a una asociación ilícita como tipo autónomo, esta sigue siendo una forma de participación que sólo es punible en la medida en que no existan ya otras formas de participación punibles (MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, 18 ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 850).

²⁷³ Una muestra de ello es la redacción del párrafo primero del precepto, redactado conforme a la LO 11/2003, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, en virtud del cual se le añade el último inciso al precepto, relativo a extender la consideración de asociación ilícita a las “que tengan por objeto cometer o promover la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada”. Pero eso no es todo.

En ese sentido, el viejo delito de asociación ilícita no ha sido ajeno a las modificaciones hechas por la reforma penal de 2010. Ahora, otro de los ítems del catálogo del art. 515 CP ha sido suprimido; me refiero a “las bandas, organizaciones o grupos terroristas”, para ser encajado en el nuevo tipo penal de *organizaciones y grupos terroristas* establecido en el art. 571 CP.

Entonces, con las mutilaciones del caso, la nueva redacción legal del precepto es:

“Artículo 515:

Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración:

1°. Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión, así como las que tengan por objeto cometer o promover la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada.

2°. (Derogado)

3°. Las que, aun teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución.

4°. Las organizaciones de carácter paramilitar.

5°. Las que promuevan la discriminación, el odio o su violencia contra los grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, o inciten a ello.

6°. (Derogado)”

Como puede observarse, el precepto carece de una definición legal de lo que es una asociación ilícita, lo que conlleva a ciertos problemas de adopción de criterios. Sin embargo, dicha omisión ha sido asumida por la interpretación de la doctrina penal y la jurisprudencia especializada. Hoy por hoy es de mayor relevancia conocer

Resulta que el párrafo sexto fue introducido mediante la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social, para ser suprimido expresamente a tenor de la LO 15/2003.

contundentemente el significado y definición de la asociación ilícita debido a la irrupción de un nuevo delito de organización: *organización criminal* (570 bis CP) pues, al parecer, ambas tendrían el mismo espíritu legal, esto es, combatir la delincuencia organizada.

Hay que mencionar, además, que la falta de un criterio uniforme del delito de asociación ilícita también entra en conflicto con los subtipos agravados, sobre todo en los casos de relación concursal, consistentes en la pertenencia del autor a una organización criminal en delitos contra la salud pública, contra la propiedad intelectual e industrial, contra los derechos de los extranjeros o los relativos a la prostitución y a la pornografía infantil²⁷⁴.

Por lo tanto, la necesidad de precisión legal de los delitos de organización (asociación ilícita y organización criminal) exige conocer una explicación lógica de las delimitaciones que cada tipo penal tiene y comprobar si realmente hay colisión legal o un ámbito de punición propio a cada uno de los delitos, todo ello en aras de buscar su correcta aplicación en la imputación y juzgamiento de casos, en tanto, que la exposición de motivos de la reforma señala que se ha demostrado la incapacidad del actual delito de asociación ilícita para responder a los diferentes supuestos de agrupaciones u organizaciones criminales²⁷⁵.

2. Elementos constitutivos del delito nuclear de asociación ilícita

Como he señalado, la definición y las características del delito de asociación ilícita se han dado gracias en buena medida a las aportaciones de la doctrina penal y jurisprudencia. Asimismo, como fuente de interpretación, a mi juicio, mucho servirá contar con el análisis constitucional del derecho de asociación²⁷⁶ y, para MUÑOZ CONDE, el sentido gramatical o

²⁷⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, "Asociación ilícita", en *Enciclopedia penal básica*, LUZÓN PEÑA (Dir.), Comares, Granada, 2002, p. 105.

²⁷⁵ Primer párrafo del punto XXVI de la exposición de motivos.

²⁷⁶ Ya se dijo que la "asociación" es la unión de varias personas con consistencia organizativa y una jerarquización de funciones para la consecución de determinados fines (Cap. I).

lingüístico del término también es de suma relevancia²⁷⁷. En esta línea, el TS en la histórica sentencia de 28 de octubre de 1997, Caso Filesa, caracteriza así a la “asociación ilícita”²⁷⁸:

“la pluralidad de personas que la constituyen ha de ser independientes y autónomas respecto de cada uno de los individuos que la constituyen, todos ellos concertados a un fin determinado que inicialmente no tiene por qué ser ilícito. Ahora bien, ha de quedar claro que esa finalidad, que cuando es ilícita supone la conculcación del Código, ha de ser la querida y pretendida por la propia asociación, no por el propósito individual de alguno de sus miembros, finalidad que no sólo ha de estar claramente establecida sino que además supone que la organización asociativa venga estructurada para la consecución de los fines por ella previstos” (sic).

Aunque esta definición fue criticada por CHOCLÁN MONTALVO por ser amplia, al alegar el TS que la finalidad de la asociación originariamente no necesita ser ilícita para constituirse en una asociación ilícita, de ella se pueden desprender algunas características que servirán para su identificación²⁷⁹.

Un detalle que no puede obviarse es que, de las diferentes modalidades fijadas en el art. 515 CP, tiene especial interés la primera de ellas por su carácter genérico y de vocación omnicompreensiva. Esta es la modalidad más útil del delito de asociación ilícita de que la doctrina y jurisprudencia se han servido para reconocer las características más sobresalientes, que a continuación se detallan²⁸⁰:

A) Concurrencia de un determinado número de personas – Factor colectivo

²⁷⁷ MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 847.

²⁷⁸ Este concepto ha sido reiterado en la Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Nacional n.º 65/2007 (Caso 11M). Entre otras sentencias que destacan los requisitos expuestos puede revisarse: STS 1075/2006, de 23 de octubre y STS 326/2010, de 3 de abril.

²⁷⁹ CHOCLÁN MONTALVO, *La organización criminal. Tratamiento penal y procesal*, cit., pp. 33-34. De igual modo, esta sentencia fue criticada por QUINTERO OLIVARES al señalar que la función y sentido del artículo 515.1 CP se han visto claramente afectados por la sentencia mencionada. Véase: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita”, en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, FERRÉ OLIVÉ y ANARTE BORRALLA (Eds.), Universidad de Huelva, Huelva, 1999, pp. 179 y ss.

²⁸⁰ También lo refiere la STS 234/2001, de 3 de mayo.

A pesar de que el CP nada dice respecto al número de miembros, la jurisprudencia se ha pronunciado en reiteradas ocasiones acerca de que el grupo mínimo se puede constituir por dos personas²⁸¹.

En ese sentido, en armonía con el análisis constitucional del derecho de asociación, el sentido más favorable para la libertad asociativa conduce a reconocer que a partir de dos personas (físicas o jurídicas) basta para asociarse (Cap. I –IIIa). Entonces, por igual razón, serían dos los sujetos como mínimo para constituir una asociación ilícita.

Sin embargo, siguiendo a DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “lo más importante no es el número de miembros para definir la existencia de una asociación, sino que la misma ha de derivarse de un conjunto de características entre las que destacan la de organización y permanencia, que permiten distinguir la asociación de la conspiración”²⁸².

La conformación de una asociación ilícita, igual que la organización criminal, debe contar con la manifestación de voluntad de los miembros para asociarse y el pleno conocimiento de los propósitos delictivos. El acuerdo entre los integrantes puede ser explícito o implícito, y debe deducirse de actos de adhesión, de comportamientos manifiesta y positivamente destinados a cometer delitos, sin interesar que estos se hayan materializado o no²⁸³. Entonces, un miembro coaccionado o extorsionado dentro de la asociación ilícita no es válido ni para su enumeración ni para la estructura de la agrupación, pues este sólo sirve como instrumento de la asociación.

B) Consistencia organizativa

²⁸¹ Destacan las STS de 28 de octubre de 1997 y STS de 10 de abril de 2003.

²⁸² DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, “Asociación ilícita”, en *Enciclopedia penal básica*, LUZÓN PEÑA (Dir.), Comares, Granada, 2002, p. 106. En igual sentido ya había arribado a tal posición en la descripción de la organización criminal (Cap. III-III1d).

²⁸³ FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, 13ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 721.

Los integrantes de la asociación ilícita, de la misma forma que la estructura de la organización criminal, deben estar organizados y contar con una estructura jerárquica que les permita cumplir con el programa criminal que hayan pactado.

En la organización y estructura jerárquica se afirma el reparto de tareas entre los miembros, provenientes de uno o varios órganos de poder.

Ciertamente GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, haciendo mención del significado de asociación, enseña: “Lo que importa es que se trate de una organización, esto es, de una estructura que se proyecta más allá de la realización de unos actos delictivos concretos, que sobrevive a la consumación de estos”²⁸⁴. Añade que “la asociación es una organización en sí misma considerada, con independencia de la efectiva ejecución de los actos que integran su programa o calendario, porque le trasciende, tiene relevancia en sí misma en cuanto institución”²⁸⁵.

En consecuencia, hasta ahora, se puede decir que la asociación ilícita consta de una agrupación de personas organizadas, estructuradas jerárquicamente con reparto de tareas y funciones entre sus integrantes.

C) Estabilidad con vocación de permanencia en el tiempo

La asociación debe ser estable para mantenerse en el tiempo; *contrario sensu*, la agrupación de personas no debe ser esporádica para cometer uno o varios delitos. Ahí -idéntico que la organización criminal- radica la diferencia con la codeincuencia y la conspiración para cometer delitos (por decisión legislativa, en España, pueden darse casos de codeincuencia y conspiración para cometer el delito de asociación ilícita).

²⁸⁴ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*, Bosch, Barcelona, 1977, p. 236.

²⁸⁵ *Ibidem*, p. 237.

Retomando la posición ofrecida en la definición de organización criminal, la estabilidad se refiere a la estructura de la asociación, mientras que la permanencia al grado de pertenencia o adhesión de sus miembros para con la sociedad criminal²⁸⁶.

Por otra parte, el TS, para referirse a la permanencia en el tiempo de la asociación ilícita, utiliza la terminología “*lejos de lo meramente esporádico*”, lo que constituye como uno de los elementos de distinción esencial con respecto a la conspiración para delinquir²⁸⁷.

D) Tener el objeto de cometer delitos

Lo que convierte en delictiva a una asociación es su objeto, el estar orientada a la comisión de delitos. Aunque el fin colectivo sea de diversa índole, lo que se destaca es que los objetivos de la asociación deberán apuntar a la comisión de delitos.

Coincido con GARCÍA-PABLOS DE MOLINA en cuanto sostiene que “ilícita no es la asociación, sino su programa, cada plan concreto y determinado”²⁸⁸.

Precisamente, ZIFFER señala que “la comisión de delitos tiene que ser el fin propio de la asociación, aun cuando el objeto final no necesariamente debe ser la comisión de delitos, sino que estos pueden aparecer como el instrumento para lograr ese objetivo final. Con frecuencia ocurrirá que la asociación se oriente como fin último a objetivos lícitos, como por ejemplo, llegar al poder o enriquecerse, pero si la asociación asume la comisión de delitos como el camino ineludible para alcanzar ese fin, el elemento típico quedará satisfecho”²⁸⁹.

²⁸⁶ CORNEJO, Abel, *Asociación ilícita y delitos contra el orden público*, 2ª ed., Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2010, pp. 57 – 58.

²⁸⁷ STS de 28 de octubre de 1997.

²⁸⁸ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*, cit., p. 279.

²⁸⁹ ZIFFER, Patricia S., *El delito de asociación ilícita*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 79.

Merced a ello, cabe hacer algunas precisiones que se refieren a la interpretación constitucional del derecho de asociación, más aún cuando a la par existe un delito similar a la asociación ilícita como es la organización criminal, que necesita la delimitación de espacios propios, ya que los dos actualmente se encuentran vigentes en el CP.

En primer lugar, el presente tipo penal es amplio al expresar que la asociación debe tener como objeto cometer delitos, lo que conduce a un conjunto de disfunciones graves, dando lugar a inseguridad jurídica²⁹⁰. No se precisa qué tipo de delitos deben cometerse, si estos deben ser graves o no²⁹¹, si estos sólo deben ser dolosos o también incluyen a los imprudentes. Sobre lo último se puede inferir que necesariamente deberán ser dolosos por existir un pacto entre los miembros para asociarse, pacto que manifiesta la voluntad directa de cumplir con la agenda delictiva acordada, por tanto, la imprudencia delictiva excluye a la idea de fin²⁹².

En segundo lugar, me parece correcto que en la redacción legal del tipo no se haga mención a la finalidad de la agrupación. En concordancia con la posición ya explicada en la finalidad de la organización criminal, entiendo que la finalidad no es tampoco la característica importante para que la asociación cruce la frontera de la ilegalidad, sino que lo fundamental es el objeto o método delictivo que utilizan los miembros para alcanzar los fines del grupo (Cap. III-IIIa).

Es necesario reiterar, según el ordenamiento jurídico español (LO 1/2002) y la interpretación de muchos constitucionalistas, que para ejercer el derecho de asociación, como concepto amplio, la finalidad con la que deben cumplir sus miembros deberá ser de carácter no lucrativo (Cap. I-IIa), para así diferenciarse de otras especies de asociación de

²⁹⁰ BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, "Asociaciones y organizaciones criminales. Las disfunciones del art. 515.1 CP y la nueva reforma penal", en *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La Política Criminal europea*, ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 728.

²⁹¹ Podría darse el caso de que el delito que tenga planeado actuar la asociación reciba menor pena que la proscrita para la asociación ilícita.

²⁹² CORNEJO, *Asociación ilícita y delitos contra el orden público*, cit., p. 59.

finés lucrativos como las sociedades o corporaciones (mercantiles, financieras, civiles, etc.).

Entonces, siendo coherentes con la norma constitucional en base a las características interpretativas de la asociación ilícita, parece ser que las autoridades comprometidas en el plano judicial deberán juzgar a la asociación ilícita como aquel conjunto de personas organizadas, estables, estructuradas jerárquicamente con permanencia en el tiempo que recurran a la comisión de delitos dolosos para alcanzar sus *finés de carácter no lucrativo*. En ellas, por ejemplo pueden estar los casos de violencia urbana que desatan las pandillas y otras agrupaciones en España, como los Latin Kings, los Ñetas, los dominicanos, grupos neo-nazis, etc.

Cabe advertir que esta interpretación restrictiva, a pesar de quien suscribe no está de acuerdo con la tipificación de la finalidad, se deduce por la existencia del delito de organización criminal que, como se comprobará, tiene los mismos requisitos típicos, la diferencia radicaría en el rumbo delictivo que cada uno de ellos –ahora– podría exigir. La finalidad solo es un elemento distintivo de identificación de las clases de delincuencia organizada que tendrá, consecuentemente, relevancia en la proporcionalidad de la pena impuesta. En nada incumbe si el método delictivo (comisión de delitos) es el mismo que los utilizados por la organización criminal, ya que los métodos son sancionados independientemente de la clase delictiva de agrupación²⁹³. Antes de la reforma, todos los actos de delincuencia organizada encajaban en la asociación ilícita.

Otra nota importante es que el fin evidentemente no se encuentra declarado formalmente en algún documento, este debe colegirse de los objetivos que se hayan acordado y de los que objetivamente se encuentran en su análisis criminológico²⁹⁴.

²⁹³ Desde el 2009 BRANDARIZ GARCÍA reclama una delimitación de la forma organizativa más estricta de la asociación ilícita o, en su caso, la supresión de dicho delito por la participación de una organización criminal (Véase: BRANDARIZ GARCÍA, *Asociaciones y organizaciones criminales. Las disfunciones del art. 515.1° CP y la nueva reforma penal*, cit., p. 753).

²⁹⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Asociación ilícita*, cit., p. 108.

Esta interpretación restrictiva de la asociación ilícita encaja perfectamente en los supuestos del art. 515. Por ejemplo, las asociaciones paramilitares tienen como finalidad la adjudicación del monopolio de la violencia estatal propia de las Fuerzas Militares (inc. 4). De igual forma sucede con aquellas asociaciones que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias pues su fin es discriminatorio (inc. 5). Las dos tienen fines no lucrativos²⁹⁵.

Incluso la pena para los fundadores, directores, presidentes, miembros y financiadores de las asociaciones ilegales²⁹⁶ es menor que la establecida en el caso de la organización criminal²⁹⁷, lo que tonifica la hipótesis diferenciadora, porque mayor pena recae en los miembros de las agrupaciones que tengan fines la ambición lucrativa (económica), por no solo incidir en la esfera propia de sus víctimas sino involucrar con sus actos a toda la sociedad, alterando el normal funcionamiento de los mercados y de las instituciones, corrompiendo la naturaleza de los negocios jurídicos, e incluso afectando a la gestión y a la capacidad de acción de los órganos del Estado²⁹⁸.

En concreto, los fines sólo servirán para identificar a la agrupación pero al Derecho penal lo que le interesa es el impacto de la peligrosidad que presentan estas agrupaciones mediante la disposición a cometer delitos. Aquí se clasifican los tipos penales –exclusivamente– según puedan combatir cada una de las clases de la delincuencia organizada.

²⁹⁵ Cabe señalar que ya otros autores han manifestado una interpretación restrictiva similar. Por ejemplo MARTELL PÉREZ-ALCALDE y QUINTERO GARCÍA sostienen que según la actual redacción y orden de los delitos de organización, el delito de asociación ilícita cabría reservar esta tipicidad a las asociaciones o agrupaciones, distintas de las bandas armadas y organizaciones terroristas, que desarrollen actividad delictiva con finalidades de subversión política [Véase: MARTELL PÉREZ-ALCALDE, Cristóbal y QUINTERO GARCÍA, Débora, “De las organizaciones y grupos criminales (art. 570 bis, 570 ter y 570 quáter)”, en *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, Quintero Olivares (Dir.), Aranzadi-Thomson Reuters, Madrid, 2010, p. 361].

²⁹⁶ Art. 517.1 CP: A los fundadores, directores y presidentes de las asociaciones, las de prisión **de dos a cuatro** años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a doce años (las negritas son mías).

²⁹⁷ El art. 570 bis castiga a los promotores, constituyentes, organizadores, coordinadores y dirigentes a una pena de **cuatro a ocho años** en caso la finalidad u objetivo de la organización se la comisión de delitos graves (las negritas son mías).

²⁹⁸ Así se estipula en la Exposición de motivos de la reforma en cuanto a la necesidad de implantar nuevos delitos de organización para hacer frente a la criminalidad organizada.

3. Particularidades de los delitos de asociación ilícita

La doctrina se encuentra hasta ahora dividida sobre la función que tiene el delito de asociación ilícita en relación con la lucha contra la delincuencia organizada. Algunos manifiestan que el ilícito penal era(es) idóneo para dicha función²⁹⁹ y otros sostienen lo contrario³⁰⁰. Asimismo, hay quienes expresan que el delito analizado es un “cajón de sastre” que sirve para sancionar cuando no se comprueben los delitos finales³⁰¹.

A pesar de ello, de acuerdo con las características que ya se han expuesto y a raíz de ser parte de los delitos de organización que el CP acoge, el delito de asociación ilícita deja de lado su raíces históricas y fija un nuevo norte para combatir la delincuencia organizada presupuestada para aquellas agrupaciones que definan sus fines dentro del ámbito no lucrativo. El delito de asociación ilícita aún no ha sido del todo marginado por el legislador, principalmente, presumo por sostener la estructura típica similar a la organización criminal.

Por otro lado, la doctrina también discrepa cuando relaciona la asociación ilícita con la organización criminal. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ declara que la organización criminal es un plus respecto de la asociación ilícita. En cambio, FARALDO CABANA afirma que las dos son sinónimas en relación al CP español³⁰². Además, desde la doctrina argentina, hay quienes

²⁹⁹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ cita a González Rus /Palma Herrera, *Trattamento penale della criminalità organizzata nel diritto penale spagnolo*, p. 98. (ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal*, cit., p. 236). SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, “Función político-criminal del delito de asociación para delinquir: Desde el Derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado”, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: in memoriam*, ARROYO ZAPATERO y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (COORS.), Vol. 2, 2001, pp. 645 y ss.

³⁰⁰ CHOCLÁN MONTALVO, *La organización criminal. Tratamiento penal y procesal*, cit., p. 31; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal*, cit., p. 240; BRANDARIZ GARCÍA, *Asociaciones y organizaciones criminales. Las disfunciones del art. 515.1º CP y la nueva reforma penal*, cit., pp. 728-729.

³⁰¹ QUINTERO OLIVARES, *La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita*, cit. p. 190.

³⁰² FARALDO CABANA, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código Penal español*, cit., p. 104.

exageran en elevar el delito de asociación ilícita (en todas las legislaciones) como delito de lesa humanidad para combatir a las organizaciones delictivas³⁰³.

Me distancio de todas las posiciones manifestadas, dado que tanto la asociación ilícita como la organización criminal –insisto– comparten los mismos requisitos básicos en su configuración típica; sin embargo, por el hecho de que la asociación ilícita sigue siendo un tipo abierto y vigente en el CP español, por mi parte entiendo que la asociación ilícita reprime la delincuencia organizada que tiene fines no lucrativos y el delito de organización criminal -como delito de organización- sanciona la formación de la criminalidad organizada. Así las dos, conforme a la distribución del legislador español (consciente o inconsciente), son herramientas jurídicas para batallar contra la delincuencia organizada.

Otra particularidad es que el delito de asociación ilícita es independiente (o autónomo) de la comisión o no de los delitos planificados: basta con que se compruebe objetivamente el acuerdo de voluntades entre sus integrantes para sancionarse. Por ende, la asociación ilícita no se consume cuando en ese desenvolvimiento societario se cometen determinadas infracciones, sino desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva³⁰⁴.

A pesar de ser evidente, es necesario recordar que los delitos de asociación ilícita se cometen mediante dolo³⁰⁵.

Se sanciona a la asociación ilícita sin que haya un resultado fáctico de los delitos planificados. Sé que según la posición que se mantenga respecto a los delitos de peligro y sobre el injusto de organización se puede defender cualquier teoría que manifieste la lesión

³⁰³ CASTEX, Francisco, “¿Es la asociación ilícita un delito de lesa humanidad?, Decisionismo y derechos fundamentales”, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Feb-2006, D’ALESSIO y BERTOLINO (Dirs.), pp. 211-229.

³⁰⁴ Véase en la jurisprudencia: STS 28 de octubre de 1997 y STS 3 de mayo de 2001; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*, cit., p. 352 y ss. Para un mayor análisis puede revisarse: GUZMÁN DALBORA, José Luís, “Objeto jurídico y accidentes de asociaciones ilícitas”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2ª época, Julio-1998, UNED, pp. 177 y ss.

³⁰⁵ Por muchos, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Asociación ilícita*, cit., p. 104.

concreta de un bien jurídico especial, pero, por ahora, cabe saltar ese tema por cuestiones de espacio y tiempo con que se aborda el presente trabajo.

Respecto al interés protegido es otra de las cuestiones debatidas por la doctrina que hasta ahora no existe acuerdo³⁰⁶. Igual que el punto anterior por ahora –sintéticamente- me adhiero a la siguiente fórmula: *la protección del orden público en una sociedad determinada*.

4. Supuestos típicos

A) Dirigentes de la asociación ilícita

El art. 517.1 CP sanciona a los fundadores, directores y presidentes de las asociaciones con prisión de dos a cuatro años más multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a doce años. Quiere decir que recae mayor sanción penal para aquellos que han promovido la constitución y los que dirigen la asociación. *Fundadores*, como su nombre lo indica, son los que iniciaron la asociación. Los *directores* suponen una participación más activa en la asociación ilícita porque tal función implica a los que gobiernan, rigen u ordenan la actuación de aquella. Por último, los *presidentes* son los que desempeñan la plaza de principal o superior de la agrupación, al menos teóricamente³⁰⁷.

³⁰⁶ Un sector de la literatura penal considera que el objeto de tutela es el derecho de asociación, consagrado en el art. 22 CE (Destacan en la doctrina, entre otros, Córdoba Roda, Moral de la Rosa, Portilla Contreras). Otro grupo de autores, y asimismo la jurisprudencia, consideran que la figura delictiva analizada tutela el orden público, y/o nociones análogas, como la autotutela del poder del Estado, la seguridad del Estado o la propia institución estatal (Destacan en la doctrina Carbonell Mateu, Vives Antón, Díaz y García Conlledo, García González y García-Pablos de Molina, Guzmán Dalbora. En la jurisprudencia, esta postura tuvo resonancia en las STS 234/2001, STS 415/2005 y STS 50/2007). Por último, un amplio sector doctrinal entiende que la asociación ilícita protege los bienes jurídicos para cuya ofensa se agrupan los integrantes de la asociación y en relación a los cuales el legislador quiere disponer una protección anticipada, en la forma delitos-barrera (Asumen esta teoría: Choclán Montalvo, Granados Pérez, Zúñiga Rodríguez y Bernal del Castillo).

³⁰⁷ GRANADOS PÉREZ, Carlos, “Comentarios al art. 517 CP”, en *Comentarios al Código Penal*, CONDE-PUMPIDO TOURÓN (Dir.) y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (Coord.), T. V, Bosch, Barcelona, 2007,

Aunque la mayoría de ellos siguen siendo miembros de la asociación, el criterio legislativo utilizado se ajusta para proporcionalmente aumentar la pena a los promotores y líderes de la asociación, que forman parte del nivel jerárquico superior de la estructura de la asociación.

El art. 517.2 CP castiga con uno a tres años de prisión a los miembros activos de la asociación. Cabe entender que lo referido se dirige a los miembros activos que desempeñan tareas o cumplen funciones dentro de la asociación. Por sencilla deducción, no cabe sanción penal para los meros afiliados, simpatizantes o miembros pasivos.

B) Cooperación con la asociación ilícita

Inadecuadamente el legislador eleva a la categoría de delito autónomo hechos que materialmente constituyen formas de participación, lo que supone la vulneración de las reglas generales relativas a la cooperación necesaria y no necesaria.

Una vía de restricción, explica DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “nos la ofrece la mención de la relevancia que realiza el precepto, puesta en conexión con la pena que el mismo impone: habrá que entender que las conductas de colaboración con la asociación que resulten para la misma de mayor relevancia que las de un miembro activo caerán en la órbita de este precepto, siempre y cuando las normas generales de participación no conduzcan a una pena mayor; en los demás casos –cuando proceda- serían de aplicación las normas generales de participación”³⁰⁸.

Al respecto, considero que para sancionar la colaboración en la asociación ilícita la conducta del partícipe deberá radicar en la ayuda al sostenimiento de la constitución de la

p. 3412. Del mismo modo, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO sostiene, respecto a los directores y presidentes, son aquellos que poseen de facto la capacidad de tomar decisiones, dar órdenes, etc. relativas a la actividad de la asociación (.DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Asociación ilícita*, cit., p. 113). También lo refiere la STS de 28 de octubre de 1997.

³⁰⁸ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Asociación ilícita*, cit., p. 114.

propia asociación. Sobre este tema me detendré con mayor atención en la intervención delictiva de los delitos de organización.

C) Actos preparatorios de la asociación ilícita

El art. 519 CP, mediante la expansión punitiva de la Política Criminal, sanciona penalmente a la provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito de asociación ilícita.

Sin mayor rodeo, este tipo penal atenta contra los principios de lesividad, fragmentariedad, subsidiariedad y el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal³⁰⁹. Es cierto que la asociación ilícita de por sí es un delito autónomo pero sirve, también, para impedir futuros delitos provenientes de la organización. La asociación ilícita es un delito de mero comportamiento, pero la anticipación de la asociación es ya una exageración de las barreras de punición que tiene como único fin equiparar cualquier situación relacionada a la formación de la asociación ilícita.

En este estado de cosas, el tipo analizado deberá ser suprimido del CP para –de una vez por todas– acoplarse a las reglas de un Derecho penal garantista perteneciente a un Estado de Derecho.

D) Núcleo de la asociación ilícita

La primera cláusula del art. 515 CP contiene tres formas de asociación ilícita: 1) aquellas que tengan como objeto la comisión de delitos; b) las que después de constituidas (legalmente) promuevan la comisión de delitos; y c) las que tengan como objeto cometer o promover la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada.

³⁰⁹ *Ibidem*, pp. 104-105.

El primer supuesto, como ya se adelantó, responde, en parte, a la protección penal del derecho constitucional del art. 22.2 CE, con raíces históricas provenientes de la persecución del asociacionismo político por parte del régimen franquista.

El segundo supuesto es más estricto que la regulación constitucional al limitarse a las asociaciones que pretendan promover la comisión de uno o varios delitos.

Por último, el tercer supuesto demuestra la expansión punitiva de la Política Criminal del que ya había hablado. Puede intuirse que el legislador al tipificar este supuesto estaba pensando en abarcar en el marco de las asociaciones ilícitas a grupos que puedan dedicarse al hurto callejero organizado de pequeña cuantía.

Al respecto, reflexiono que este último inciso no alcanza los niveles de lesividad para sancionar a la agrupación de sujetos que se organicen para cometer faltas. Basta para combatirlos con las normas de los delitos que cometan. La anticipación punitiva no es necesaria.

E) Asociaciones que empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad

Este apartado hace referencia a las asociaciones de carácter lícito que utilizan en su consecución medios violentos y, por otro lado, a las que para conseguirlos empleen medios de alteración o control de su personalidad.

En todo caso, este supuesto excede lo previsto en el art. 22.2 CE respecto a los medios tipificados como delito, pues hay casos en los que la violencia merecerá simplemente la calificación de falta. Además, el empleo de medios violentos no necesariamente ha de ser delictivo.

A pesar de las deficiencias mencionadas, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO propone una interpretación restrictiva al señalar que la violencia referida debe ser solo delictiva³¹⁰.

Al respecto, considero que este tipo de asociación ilícita vulnera el principio de *ultima ratio*, pues existen otros mecanismos legales para impedir los medios violentistas de una asociación que nació lícita, como su disolución en caso se encuentre constituida o registrada.

Por otro lado, resulta difícil concretar qué deba interpretarse por “alteración o control de la personalidad”. Acá advierto la indeterminación de su concepto, que puede albergar una infinidad de comportamientos lícitos que sólo implican la defensa de valores y costumbres diferentes a la moral colectiva. Sin embargo, la doctrina señala que este precepto se dirige a la lucha contra movimientos calificados habitualmente como “sectas”³¹¹.

F) Asociaciones de carácter paramilitar

Su represión obedece al mandato constitucional del art. 22.4 CE. El sentido de la inclusión de este supuesto en el catálogo de asociaciones ilícitas es evidente, pues en la prohibición de esta clase de organización encuentra el Estado su propia razón de ser.

Es sobreentendido que estas organizaciones deben ser sancionadas penalmente pues la práctica nos ha demostrado que estos grupos se arrojan el ejercicio militar o en algunos sus integrantes no forman parte ordinaria o han sido miembros de las Fuerzas Armadas Nacionales, es el caso del Grupo Colina en el Perú³¹².

³¹⁰ *Ibidem*, p. 107.

³¹¹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, Thomson-Aranzadi, 4ta ed., Navarra, 2005, p. 2384.

³¹² Grupo paramilitar cuyo objetivo fue el aniquilamiento de grupos terroristas peruanos.

Su fijación en el CP forma parte de su precisión legal aunque esta ya se podía deducir dentro de la asociación ilícita que tenga objeto cometer delitos. Una asociación paramilitar por el propio nombre que lleva significa tener ya un plan criminal.

G) Asociaciones que promuevan la discriminación, el odio o la violencia

En primer lugar, una asociación que tenga como fin promover la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, o inciten a ello ya contiene un fin delictivo; debido a que, estas conductas en España se encuentran tipificadas en el art. 510 del CP³¹³.

No obstante, el término “odio”, emoción humana perteneciente estrictamente a la esfera interna del sujeto, excede del mandato constitucional y de las exigencias propias de un “Derecho penal de hecho”³¹⁴.

Por lo tanto, no era necesaria su incorporación legal, pues, bien sabemos que toda asociación con fines delictivos es considerada una asociación ilícita. Está verificada la redundancia del presente precepto y su inexplicable regulación, ya que los supuestos de la asociación ilícita no son entendidos como *numerus clausus*³¹⁵.

III. EL DELITO DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL

³¹³ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Asociación ilícita*, cit., p. 107. Estas asociaciones desde un plano restrictivo deben relacionarse con los delitos de discriminación, en especial con el de provocación a la discriminación del art. 510º CP.

³¹⁴ TAMARIT SUMALLA, Josep María, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.) y MORALES PRATS, Fermín (Coord.), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, 9na ed., Thomson-Aranzadi, Navarra, 2011, p. 2072.

³¹⁵ CÓRDOVA RODA y GARCÍA ARÁN (Dir.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, T. II, cit., p. 2451.

Con el afán de especificar textualmente la estructura típica de la asociación ilícita en el CP y cumplir con el principio de legalidad, ejercitar fehacientemente la lucha contra la criminalidad organizada, así como obedecer al compromiso de las iniciativas internacionales contra la delincuencia organizada se tipifica el delito de *organización criminal* en el art. 570 bis CP, como una de las formas de concentración criminal que, según la exposición de motivos de la Ley Orgánica que introduce reforma penal de 2010, abarca un tipo de fenomenología diferente y, por tanto, desvinculada sistemáticamente de las asociaciones ilícitas.

En este marco, debe atenderse al detalle la redacción legal establecida a fin de verificar su naturaleza jurídica y el proceder teleológico que le incumbe para combatir una de las clases de la delincuencia organizada.

1. Modalidades del tipo básico (art. 570 bis, 1)

El primer nivel de imputación distingue la penalidad en función del concreto papel que desempeña cada miembro en el seno de la organización y en función de la gravedad del delito perseguido.

El párrafo se divide, primero, en la sanción de los promotores y líderes de la organización, luego en el castigo de los miembros activos y colaboradores y, por último, fija el criterio de la definición de organización criminal asumida.

A) Sanción al nivel superior de la organización criminal

La redacción legal del primer punto es:

“1.- Quienes promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren una organización criminal serán castigados con la pena de prisión de cuatro a

ocho años si aquella tuviera por finalidad u objeto la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de tres a seis años en los demás casos”.

Se aprecia que los promotores y líderes de la organización tienen un mayor grado de sanción en cuanto a la determinación de la pena. Dicha distinción tiene que ver con los requisitos de la definición de organización criminal, que exige una cierta estructura jerárquica con distribución de tareas, lo que se plasma en una relación de jerarquía más o menos compleja, pero contribuye a detectar en su seno unos sujetos que mandan y otros que obedecen, con independencia de quién sea después el ejecutor de los delitos que constituyen el método de la organización³¹⁶.

Ahora bien, si se analiza con más precisión cada verbo nos daremos cuenta de alguna falencia. De manera que el primer verbo, *promover*, se refiere a aquel personaje que impulsa la constitución de una organización criminal, procurando su logro. Es decir, el agente actúa en un momento anterior a la constitución de la asociación³¹⁷. De acuerdo con POLAINO-ORTS, al igual que en los actos preparatorios de la asociación ilícita, “el verbo promover supone una censurable anticipación de la anticipación punitiva, doble adelantamiento que aleja excesivamente el núcleo típico del resultado ulterior del delito-fin”³¹⁸. De ahí que, en esta línea argumentativa, sugiero que dicho verbo deberá ser tomado en cuenta para su futura eliminación.

Sobre el vocablo *constituir* significa que el agente ya compuso la organización, lo que se equipara con fundador. La organización ya existe en el mundo social para alcanzar sus fines con métodos delictivos y, necesariamente, deberá ser combatida desde el plano penal.

A propósito de los dos verbos hasta ahora analizados, las autoridades judiciales deberán determinar, inclinados a un Derecho penal garantista, la situación de aquellos constituyentes o promotores que fomentaron la organización orientada a delitos menos

³¹⁶ GARCÍA RIVAS, *Organizaciones y grupos criminales*, cit., p. 512.

³¹⁷ POLAINO-ORTS, *Organizaciones y grupos criminales: Nuevos perfiles de su combate penal*, cit., p. 89.

³¹⁸ Loc. cit.

graves y luego esta, sin su dirección, evoluciona a conductas de mayor gravedad y peligrosidad, habida cuenta que la penalidad es distinta en función de ser grave o no el delito que tiene por finalidad u objeto la organización³¹⁹.

En cuanto al verbo *dirigir*, los dirigentes deberán poseer en el marco de la organización la responsabilidad efectiva y autónoma de adoptar decisiones que orienten la actuación de la organización en cuanto a la comisión de delitos³²⁰.

Sobre los verbos *organizar* y *coordinar*, estas funciones también pueden ser cumplidas por los jefes intermedios de la organización, que recaban y, a la vez, imparten las órdenes de los miembros superiores jerárquicos.

A efectos de cuantificar la pena, el tipo penal diferencia en cuanto el objeto o fin de la organización sea la comisión de uno o varios delitos graves³²¹, cualquiera de otro tipo o faltas. Al primer supuesto se le castiga con una pena de prisión de cuatro a ocho años. Al segundo, con una pena de prisión de tres a seis años.

B) Sanción a la participación de la organización criminal

El segundo punto sanciona a:

“Quienes participen activamente en la organización, formaren parte de ella o cooperaren económicamente o de cualquier otro modo con la misma serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años si tuviere como fin la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de uno a tres años en los demás casos”.

³¹⁹ MARTELL PÉREZ-ALCALDE y QUINTERO GARCÍA, *De las organizaciones y grupos criminales (arts. 570 bis, 570 ter y 570 quáter)*, cit., p. 362.

³²⁰ GARCÍA DEL BLANCO, Victoria, “Criminalidad organizada: organizaciones y grupos criminales”, en MEMENTO EXPERTO, *Reforma penal 2010. Ley Orgánica 5/2010*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2010, p. 562.

³²¹ Véase los arts. 13.1 y 33.2 CP.

Con responsabilidad más atenuada que la anterior sanciona el tipo a quienes participen activamente en la organización, formen parte de ella o cooperen económicamente o de cualquier otro modo con la misma.

Acerca de la *participación activa* de la organización su sanción proviene de las indicaciones de la obligación que se tiene con las normas internacionales contra la delincuencia organizada (Convención de Palermo, Acción Común 98/733/JAI y la Decisión Marco 2008/841/JAI). La participación activa requiere una contribución objetiva e intencional a las actividades de la organización en conexión directa con el proyecto criminal³²².

Con respecto a los que *formaren parte* de la organización, considero peligroso la inclusión de dicha conducta. Pues innecesariamente se podrá sancionar a los miembros pasivos de la organización, sin que lleguen a complementar el engranaje de la estructura organizada. Incluso, se puede sancionar conductas neutrales de aquellos trabajadores para la organización que no tengan la voluntad de cumplir con el plan criminal, por el solo hecho de saber que trabajan para una organización criminal. Esta conducta va más allá de la especial peligrosidad que compromete a la criminalidad organizada. Además, esta conducta no se encuentra en la asociación ilícita, que necesariamente, se debe buscar uniformidad en los verbos rectores a castigar dentro de los delitos de organización.

En relación a los cooperadores económicos o de otra índole de la organización, otra vez se insiste en sancionar específicamente formas de participación delictiva, que solo y necesariamente tendrán que ver con el apoyo al sostenimiento de la organización, pero no con la ejecución de los delitos planificados por la organización.

2. Definición de organización criminal

³²² GARCÍA DEL BLANCO, "Criminalidad organizada: organizaciones y grupos criminales MEMENTO, cit., p. 562.

La reforma penal ha entendido la organización criminal como:

“La agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se reparten diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas”.

Esta definición es similar a la misma que he asumido en el trabajo pero con la adición de que el método (para el CP) también pueda ser la comisión reiterada de faltas.

Otro punto a destacar es que dicha definición resuelve el problema del número mínimo de integrantes. A partir de ahora como mínimo deberán ser tres los integrantes para formar una organización criminal, que a consideración propia, deberá interpretarse igual para las asociaciones ilícitas, dejando de lado, ahora, la propuesta constitucional para favorecer el derecho de asociación.

3. Tipos agravados (art. 570 bis, 2)

Tres son los tipos agravados que conllevarán la imposición de la pena correspondiente en mitad superior, siendo de aplicación la pena superior en grado cuando concurren varias.

“2. Las penas previstas en el número anterior se impondrán en su mitad superior cuando la organización:

- a) esté formada por un elevado número de personas.
- b) disponga de armas o instrumentos peligrosos.
- c) disponga de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte que por sus características resulten especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables.

Si concurrieran dos o más de dichas circunstancias se impondrán las penas superiores en grado.”

La primera agravante no muestra signos de certeza legal, se observa la vulneración al principio de legalidad. Esto es, declara POLAINO-ORTS, “la agravante deja en absoluta indefensión el número de sujetos activos exigible para que la organización sea considerada

una macroorganización, inobservando el deber básico de certeza legal y comprometiendo con ello la legitimidad de este precepto por infracción del principio de taxatividad, de certeza normativa o prohibición de indeterminación”³²³. Además agrega lo siguiente: “el legislador presupone erróneamente, con una presunción *iuris et de iure* (que no admite prueba en contrario), que toda organización compuesta por un alto número de personas es *per se* más grave que si está compuesta por un número menor, la cual es muy cuestionable si no se estima al mismo tiempo la idoneidad lesiva de la organización, el grado de profesionalidad de los integrantes y la vulnerabilidad de la víctima”³²⁴.

La segunda agravante tiene el mismo problema: no es precisa. Se desconoce qué tipo de armas o instrumentos peligrosos se refiere la norma: ¿puede ser arma blanca? o ¿necesariamente de fuego? Además, la posesión de algunas armas peligrosas es ya un delito: el de tenencia ilícita de armas o explosivos³²⁵.

La siguiente agravante eleva la pena a las organizaciones que dispongan con medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte que resulten aptos para la ejecución de delitos o la impunidad de los responsables. Según POLAINO-ORTS el motivo es insuficiente: “porque, por un lado, presupone indiscriminada estimación de que cualquier medio tecnológico de comunicación o transporte ya hace la organización más peligrosa (p. ej. Tener un ciclomotor en la puerta ya sería un motivo de agravación) y, por otro lado, limita el motivo exclusivamente a avances tecnológicos, con lo que se quedan fuera motivos que pueden ser mucho más relevantes como la preparación profesional, la especialización o la especial destreza de los delincuentes en un ámbito determinado”³²⁶.

Los promotores y líderes, en caso de ejecutar las agravantes, recibirán la pena de prisión en su mitad superior, esto es, de seis a ocho años, y de tres y medio a cinco años los

³²³ POLAINO-ORTS, *Organizaciones y grupos criminales: Nuevos perfiles de su combate penal*, cit., p. 92.

³²⁴ Loc. cit.

³²⁵ POLAINO-ORTS, *Organizaciones y grupos criminales: Nuevos perfiles de su combate penal*, cit., p. 92-93.

³²⁶ *Ibíd.*, p. 93.

colaboradores, cooperadores y miembros en caso la organización persiga la realización de un delito grave.

En cambio, si la organización persiguiera la comisión de delitos diferentes a los graves la nueva fórmula es: Los promotores y líderes tendrán una pena de prisión de cuatro años y medio a seis años, y los colaboradores, cooperadores y miembros una pena de prisión de dos a tres años.

Por último, se prevé un tipo agravado cuando concurren dos o más de las agravantes mencionadas.

4. Tipo ultraagravado (art. 570 bis, 3)

El último párrafo del art. 570 comprende una agravante superior a las ya comentadas, cuando los delitos planificados atentan o atentarían a determinados bienes jurídicos personales:

“Se impondrán en su mitad superior las penas respectivamente previstas en este artículo si los delitos fueran contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos”.

Me imagino que el motivo de esta agravante radica en la especial gravedad de los delitos que se pretenden cometer como organización. Sin embargo, caben dudas del criterio escogido por el legislador para señalar únicamente como ultraagravante el que se trate de estos delitos personalísimos. Por ejemplo, creo que también se debió señalar la comisión de delitos internacionales.

Además, estos delitos mayormente –insisto– son los métodos para proteger el fin colectivo de la organización. Y como solo se sanciona a la organización criminal autónomamente de los delitos que se desean cometer, difícilmente esta ultragravante podría ser acreditada, ya que solo se encuentra en el interior de la planificación. En caso, se realicen los delitos

como parte la organización estos recibirán la pena correspondiente por los propios delitos cometidos. Esta ultragaravante sólo podrá aplicarse cuando la organización tenga en mente cometerlo pero, en caso lo concreten, se le deberá imputar los delitos cometidos.

5. Particularidades de la organización criminal

Otra vez se advierte un elemento subjetivo dentro de la redacción legal del tipo penal: “la finalidad”. En concordancia con lo ya explicado en la crítica hecha a la finalidad de la definición de organización criminal (Cap. III-) y el análisis del objeto de la asociación ilícita, este error es señal de un Derecho penal de voluntades o de ánimos, que lesiona el principio –ya señalado– *cogitationis poenam nemo patitur* (los pensamientos no delinquen).

Parto, junto a la escuela de JAKOBS, que cualquier punición debe exigir fundamentarse sobre la base de una manifestación objetiva de la peligrosidad del sujeto y que esa peligrosidad no puede suponerse, sino que ha de ser fehacientemente comprobada: de esa forma, no sólo se respeta el principio del hecho sino que se impide precisamente cualquier punición basada en la simple finalidad o en el mero pensamiento³²⁷.

Por otro lado, así como he interpretado que la asociación ilícita debe combatir las organizaciones criminales que no tengan un fin lucrativo (y tampoco político), la organización criminal, en sentido propio como se redacta, se asemeja a la formación de empresas, sociedades y corporaciones económicas reconocidas en la CE. De este modo, como barómetro de la división del legislador después de la reforma penal de 2010, puede interpretarse que el art. 570bis° CP servirá para combatir a las organizaciones criminales destinadas a la obtención de fines lucrativos, definidas por algunos autores como criminalidad organizada.

³²⁷ POLAINO-ORTS *Organizaciones y grupos criminales: Nuevos perfiles de su combate penal*, cit., p. 92-93.

Esta clase de delincuencia organizada recibe proporcionalmente más pena que las asociaciones ilícitas porque su peligro, y en caso cometan los delitos planteados, incumbe a la sociedad en general. De la misma forma, esta interpretación es similar a lo dispuesto por la Convención de Palermo y la Decisión Marco respecto a los fines descritos en la definición de organización criminal.

Para que no se confunda la interpretación, la clasificación de los delitos de organización que vengo señalando únicamente se basa en la deducción de la recomposición sistémica que tiene los delitos de organización dentro del CP. La finalidad es solo un criterio de identificación criminológico de las distintas clases de delincuencia organizada.

IV. RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Otra novedad que trae la reforma penal de 2010 es la decisión política de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas de ciertos delitos. Esta nueva actitud penal es reconocida por LAMPE como propia de aquellos sistemas que se comprometen con un injusto sistémico, es decir, a las empresas económicas con tendencia criminal³²⁸.

Aunque analizar la responsabilidad jurídica de las personas jurídicas formaría parte de otro trabajo de investigación o de una tesis doctoral, sólo me queda alegar que dicha decisión da pie a establecer como sujeto de imputación en el ordenamiento penal español a una empresa con tendencia a lo criminal, que forma parte de la clase de delincuencia organizada (criminalidad organizada), conforme los presupuestos establecidos por LAMPE.

En conclusión, también la persona jurídica es una agrupación estructurada y organizada que, en caso de que tenga tendencia a lo criminal, utilizará métodos delictivos para

³²⁸ También lo detalla: BANACLOCHE PALAO, Julio, ZARZALEJOS NIETO, Jesús y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 76-80

alcanzar sus fines lucrativos. Se sanciona a la persona jurídica independiente de lo que cometa la persona física³²⁹.

V. EL DELITO DE GRUPO CRIMINAL

Este nuevo delito es único en su especie, sin ninguna huella en la comunidad internacional. Señala la exposición de motivos de la LO de la reforma penal de 2010 que la creación del delito tiene su fundamento “precisamente por exclusión”, porque la jurisprudencia se ha dado cuenta la existencia de formas de concertación criminal también peligrosas que no contienen vocación de permanencia en el tiempo³³⁰.

El primer párrafo castiga, en una mezcla de términos, por igual a los líderes, miembros y colaboradores del grupo criminal cuando tengan por: a) finalidad del grupo cometer delitos de los mencionados en el apartado 3 del art. 570 bis (sean graves y menos graves); b) si la finalidad del grupo es cometer cualquier otro delito grave; y c) cuando se trate de cometer uno o varios delitos menos graves no incluidos en el apartado a) o de la perpetración reiterada de faltas.

Como puede comprobarse, la confusión y desorientación de los supuestos es notable. Atenta contra el principio de proporcionalidad de penas, pues equipara la sanción penal de los líderes, miembros y colaboradores. Luego -el problema de siempre- el legislador vuelve a introducirse en la ideación del grupo para castigar –según los niveles de pena– la finalidad del grupo³³¹.

En el segundo párrafo se encuentra la singular definición del grupo criminal:

³²⁹ BANACLOCHE PALAO, ZARZALEJOS NIETO y GÓMEZ-JARA DíEZ, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales* cit., p. 74.

³³⁰ XXVI, párrafo sexto.

³³¹ POLAINO-ORTS *Organizaciones y grupos criminales: Nuevos perfiles de su combate penal*, cit., p. 97.

“La unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objetivo la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas”.

De la comparación con la definición de la organización criminal se desprende que la diferencia más notable radica en el nivel de complejidad de la estructura organizada (permanencia o la diversificación de funciones), manteniéndose como elementos comunes la exigencia de un mínimo de tres personas y la finalidad de cometer delitos o faltas reiteradas³³². El grupo criminal se comporta como concepto residual o de recogida respecto de la organización delictiva.³³³

Para CANCIO MELIÁ “no procede incluir el concepto de grupo (criminal), que supone insertar en el discurso de la delincuencia organizada meros supuestos de acuerdo ocasional o transitorio para delinquir, característicos de toda delincuencia. Ello contradice todo análisis criminológico de lo que es delincuencia organizada”³³⁴.

Según mi juicio, el legislador quiso penalizar casos donde una “reunión” de personas tenga como finalidad cometer delitos o reiteradas faltas, de semejante estructura que el derecho de reunión, reconocido en la CE (art. 21º). Sin embargo, considero que mal se hizo en elevar esta reunión delictiva a un tipo penal autónomo, pues es un acto previo de un supuesto de coautoría³³⁵. La crítica es rotunda desde todos los flancos. CANCIO MELIÁ considera como una cínica burla esta definición³³⁶. Por mi parte, la sobredosis de punición a la lucha contra delincuencia organizada lleva a este tipo de “deformación jurídico-penal”, al querer sancionar lo que ya se encuentra sancionando con el uso de las reglas de la

³³² Consideran que la estructura es un elemento común entre organización y grupo criminal (MARTELL PÉREZ-ALCALDE y QUINTERO GARCÍA, *De las organizaciones y grupos criminales (art. 570 bis, 570 ter y 570 quater)*, cit., p. 364).

³³³ Loc. cit.

³³⁴ CANCIO MELIÁ, Manuel, “Delitos de organización: criminalidad organizada común y delitos de terrorismo”, en *Estudios sobre las reformas del Código Penal*, DÍAZ-MAROTO Y VULLAREJO (Dir.), Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2011, p. 652.

³³⁵ MARTELL PÉREZ-ALCALDE y QUINTERO GARCÍA, *De las organizaciones y grupos criminales (art. 570 bis, 570 ter y 570 quater)*, cit., p. 364

³³⁶ CANCIO MELIÁ, *Delitos de organización: criminalidad organizada común y delitos de terrorismo*, cit, p. 653.

intervención delictiva. Definitivamente, este tipo exagerado de punición y de incerteza legal deberá ser suprimido si se quiere cumplir –insisto– con el estatuto de un Derecho penal propio de un Estado de Derecho.

Finalmente, el grupo criminal incluye las mismas agravantes establecidas en el delito de organización criminal (párrafo segundo), excepto la ultraagravante; de manera que subsisten las mismas dificultades interpretativas ya expuestas.

VI. EL DELITO DE ORGANIZACIÓN Y GRUPO TERRORISTA

La reordenación de los delitos de organización hecha por la reforma penal de 2010 acabó por cambiar de ubicación la organización terrorista, llevándola a un tipo penal autónomo establecido en el art. 571 CP. Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que el terrorismo es la manifestación más grave que tiene la delincuencia organizada³³⁷.

La definición de organización y grupo terrorista es similar a la que se establece en los arts. 570 bis y 570 ter CP, diferenciándose sólo por la finalidad u objeto para subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública mediante la perpetración de cualquier acto terrorista.

“A efectos de este Código, se consideran organizaciones o grupos terroristas aquellas agrupaciones que reuniendo las características respectivamente establecidas en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 bis) y en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 ter, tengan por finalidad o por objeto subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública mediante la perpetración de cualquiera de los delitos previstos en la Sección siguiente, actos de terrorismo”.

Respecto a la definición de organización o grupo terrorista se ignora –en parte– el análisis criminológico del mayor fenómeno de la delincuencia organizada. Para subvertir el orden constitucional y las bases del Estado, necesariamente las agrupaciones deben asumir un

³³⁷ *Ibidem*, p. 657.

andamiaje delictivo suficiente, como para alcanzar este designio criminal, lo que implica contar con organización, estructura, división de funciones y tareas, estabilidad y permanencia en el tiempo. Ello es lo que le da una especial peligrosidad.

Esta “omisión analítica”, me imagino, únicamente, tiene como norte aglutinar todas las conductas de planificación para intentar cometer actos terroristas, lo que forma parte de la tantas veces dicha política expansiva punitiva. En caso se entienda la sustitución de banda armada (terrorista) con grupo criminal (terrorista), explica CANCIO MELIÁ, que “resulta positiva la eliminación de bandas armadas terroristas pues a falta de uniformidad de criterios analíticos abría la puerta a la consideración de que también una ‘banda armada’ dedicada a la delincuencia común podría ingresar en el concepto típico de terrorismo³³⁸”. Igual ocurriría ahora con el grupo criminal terrorista.

El precepto que analizamos, en un primer nivel, castiga a los que promovieren, constituyeren, organizaran o dirigieren una organización o grupo terrorista. Al igual que en los anteriores delitos de organización estudiados, este contiene la misma deficiencia legal con el verbo promover. Por otro lado, demostrando la falta de uniformidad del legislador respecto a los verbos rectores de todos los delitos de organización, en este caso no se castiga a los que coordinen una agrupación terrorista.

En cuanto a la sanción del integrante del colectivo terrorista, la norma iguala a los miembros activos (partícipes activos) y a los miembros pasivos (los que forman parte), asumiendo la deficiente costumbre de los otros delitos de organización que innecesariamente incluye sancionar a los que no formen parte del engranaje colectivo.

Antes de cerrar el análisis de las agrupaciones terroristas es necesario dejar sentado lo que entiendo por terrorismo pues la característica común de todos los actos terroristas descansa en un plus de peligrosidad a las demás clases de delincuencia organizada. La posición que asumo es restrictiva a fin de no adjetivar otros fenómenos delictivos como terroristas. En

³³⁸ CANCIO MELIÁ, *Delitos de organización: criminalidad organizada común y delitos de terrorismo*, cit, p. 659.

efecto, sin pecar por exceso, en breves líneas asumo que la delincuencia organizada terrorista es la *delincuencia cometida por los miembros de una organización, estructurada*³³⁹, *estable y con permanencia en el tiempo que utilicen métodos violentos-delictivos reiterados e indiscriminados*³⁴⁰, *dirigidos a destruir las bases del Estado, lesionando especialmente bienes jurídicos personalísimos para así cumplir con su programa político*³⁴¹.

Por último, la función que cumple el delito de organización y grupo terrorista dentro del CP, según la decisión política criminal de su orden sistemático y la revisión criminológica del nuevo fenómeno delictivo-colectivo, será la de combatir la clase de delincuencia organizada que tenga como designio obtener fines políticos mediante métodos delictivos dirigidos a la subversión del sistema político.

Añadido a lo anterior, las organizaciones y grupos terroristas reciben penas más severas que las organizaciones o asociaciones criminales, debido, a que, existe mayor peligro en estas agrupaciones por querer atentar contra el sistema político de un Estado³⁴².

VII. VALORACIÓN DE LOS DELITOS DE ORGANIZACIÓN EN EL CP

³³⁹ GÓMEZ MARTÍN, Víctor, "Notas para un concepto funcional de terrorismo", en *Terrorismo y Estado de Derecho*, RAMÓN SERRANO-PIEDCASAS y DEMETRIO CRESPO (Dir.), Iustel, Madrid, 2010, p. 31. Este autor asume como característica a la estructura de la organización que consiste en la estructura jerárquica que da unidad y coherencia interna a los actos de terrorismo como forma de ejecución de un programa político antitético al del orden constitucional del Estado.

³⁴⁰ LLOBET ANGLÍ señala que el uso de la violencia reiterada e indiscriminada es susceptible de originar terror en la sociedad, mediante la cual persigue la finalidad de conseguir cambios políticos (Véase LLOBET ANGLÍ, Mariona, *Derecho penal del terrorismo. Límites de su punición en un Estado democrático*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 66 y ss.

³⁴¹ Para PÉREZ CEPEDA la definición de terrorismo no debería exigirse que estuviera presente una específica dimensión ideológica como génesis motivacional de los actos de violencia. El propósito consiste en intimidar a la sociedad por medio de la realización de actos criminales, sin exigir requerimientos ulteriores a una motivación política de fondo (Véase PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, "Definición del delito de terrorismo como un delito internacional", en *Terrorismo y Estado de Derecho*, RAMÓN SERRANO-PIEDCASAS y DEMETRIO CRESPO (Dir.), Iustel, Madrid, 2010, pp. 74 - 75. Véase también, LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, p. 94.

³⁴² Las penas según la calidad del agente están determinadas en el art. 571 CP.

Como se puede apreciar cada delito de organización examinado cumple una tarea respecto a cada clase de delincuencia organizada. El orden con que se han ido analizando los delitos no ha sido casual, sino que responde a un criterio de clasificación derivado de las posiciones sustentadas en los diferentes capítulos del presente trabajo. De ahí que, sin saber si la clasificación fue pensada o no por el legislador, a mi juicio el castigo de la asociación ilícita tiene como dirección luchar contra la delincuencia organizada de carácter no lucrativo, el delito de organización criminal y la responsabilidad de las personas jurídicas (con tendencia criminal) en este ámbito tienen como norte combatir la criminalidad organizada (delincuencia organizada de carácter económico); por fin, en cuanto al grupo criminal (de delincuencia común y terrorista), señalo que su tipificación no cumple ni con la naturaleza de la delincuencia organizada ni con los parámetros de un Estado de Derecho, por lo que abogo por su supresión del CP. Por último, el delito de organización y grupo terrorista tiene como función hacer frente a la delincuencia organizada con propósitos de subversión al sistema político de un Estado.

CAPÍTULO V
LA INTERVENCIÓN DELICTIVA EN
LOS DELITOS DE ORGANIZACIÓN

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Llegado hasta este punto es necesario recordar ciertos argumentos plasmados en los capítulos anteriores y aclarar otros, para así explicar y sentar posición respecto a la intervención delictiva de los delitos de organización que hasta ahora se han examinado, conforme se encuentran tipificados en el CP.

Ciertamente, en este trabajo, por cuestiones de tiempo y espacio, sólo se ha auscultado una de las tres decisiones jurídicas para enfrentar a la delincuencia organizada, esto es, *la tipificación de delitos de organización*, dejando de lado, para un próximo trabajo, el examen de la tipificación -con sanciones elevadas- de los delitos característicos de la delincuencia organizada y la introducción de agravantes “por organización” dentro de los delitos tradicionales cometidos por los consorcios criminales³⁴³.

Para tal efecto, he interpretado la función de cada delito de organización vigente en el CP en aras de combatir las diversas clases de delincuencia organizada. En resumen, la asociación ilícita (art. 515 CP) se dirige en contra de las agrupaciones criminales cuyo proyecto delictual es un fin no lucrativo. El delito de organización criminal (art. 570 bis CP) contra la criminalidad organizada. Por último, el delito de organización terrorista (art. 571 CP) enfrenta la delincuencia organizada que tiene fines políticos. Tal clasificación justifica la proporcionalidad de penas que se han establecido en cada uno de los delitos de organización mencionados, además concuerda con la clasificación actual (consciente o inconsciente) de los delitos de organización hecha por el legislador.

En ese sentido, se llama delitos de organización a los tipos penales que tienen vinculadas características típicas: *una organización criminal*, definida como el conjunto de individuos organizados, estructurados con repartición de roles y tareas, estables con vocación

³⁴³ Dicha clasificación se toma de: SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., “La intervención a través de organización, ¿Una forma moderna de participación en el delito?”, en *Delitos de organización*, CANCIO MELIÁ y SILVA SÁNCHEZ, BdeF, Buenos Aires-Montevideo, 2008, pp. 87-88.

permanente en el tiempo que tienen proyectado o han concretado la utilización de métodos delictivos para alcanzar el fin colectivo que se han propuesto.

En cuanto al delito de “grupos criminales” (art. 570 ter CP), que tajantemente he rechazado a la incorporación del boletín penal, cabe aclarar que no es un delito de organización, no cumple con la predisposición para combatir la delincuencia organizada, pues, sin duda alguna, y por el mero adjetivo de este tipo de delincuencia, “organizada”, escapa de toda consistencia típica que criminológicamente se ha detallado en las agrupaciones criminales; por tal motivo, el análisis de la autoría y participación para esta conducta no se tendrá en cuenta por la irrelevancia que contiene.

Por otro lado, la inclusión de los referidos delitos y la asociación ilícita no es del todo pacífica, pues traen consigo problemas de imputación, especialmente con las reglas de participación delictiva. La doctrina señala que la teoría de la autoría y participación no resuelve todos los problemas de responsabilidad penal de conductas que serían merecedoras y necesitadas de sanción penal en el universo de posibilidades que se presentan en la criminalidad organizada³⁴⁴. Por ello, me detendré, en un primer momento, a recopilar los principales problemas que la literatura penal ha señalado al respecto.

Igualmente, es cierto que para asumir posición sobre la intervención delictiva en los delitos de organización esta deberá concordar con el desarrollo de la teoría del injusto de organización que, antes, haya admitido. Deberá dejarse en claro para qué se sanciona los delitos de organización, cuál es su sentido jurídico ¿acaso es un ilícito penal necesariamente independiente de otros delitos concretos? o ¿realmente se sanciona dicho delito a fin de proteger otros intereses jurídicos? Aquí, como segundo paso, será el momento oportuno para comprometerme con la teoría del injusto de sistema expuesto por LAMPE, pero, -me adelanto- vinculado con el injusto doble ofrecido por ZÚÑIGA RODRÍGUEZ.

³⁴⁴ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, “Redes internacionales y criminalidad: A propósito del modelo de participación en organización criminal”, en *El Derecho penal ante la globalización*, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, MÉNDEZ RODRÍGUEZ y DIEGO DÍAZ SANTOS (Coords.), Colex, Madrid, 2002, pp. 69-70.

Explicado todo lo anterior, evidentemente, es válido que por medio de un análisis funcional de la organización criminal cabe advertir que, por un lado, no es lo mismo hacer referencia a la intervención delictiva del propio delito de organización que, por otro, estudiar la participación delictiva de los delitos concretados por los miembros mediante la fuerza de la organización. Siendo más preciso, la intervención delictiva en la delincuencia organizada se tendrá que analizar dentro de dos campos: a) la intervención delictiva de las organizaciones criminales con proyección a cometer delitos; y b) la intervención delictiva de los miembros de la organización cuando se hayan concretado algunos o todos los delitos planificados.

El primer análisis tiene como radio, explícitamente, la formación de la organización como delito autónomo, la cual se comprobará si es suficiente contar con las tradicionales reglas de la participación delictiva y en qué medida. El segundo, es la que mayormente se ha ocupado la doctrina, habiendo modificado relativamente las categorías de la intervención delictiva convencional para justificar la responsabilidad de los líderes y ejecutores de un apartado de poder organizado. Reglas que tienen el mismo sentido para las otras clases de delincuencia organizada. No obstante, las dos formas de intervención delictiva se encuentran interrelacionadas por la notable complejidad interna de la organización que irradia peligrosidad ante la sociedad entera.

Sobre el segundo análisis, no es mi propósito volver a recapitular la discusión de la responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas, que aparte de conocida, escapa de toda pretensión diseñada en el presente trabajo. Más bien seré puntual. Analizaré la teoría de ROXIN, verificaré las observaciones que la literatura penal ha dirigido contra dicha teoría, para luego emprender con la teoría que, a mi parecer, es la más acertada según el injusto de organización y según el andamiaje que presenta una organización criminal.

Por último, la cuestión relevante sobre la intervención delictiva en las organizaciones criminales que aún no han concretado sus métodos delictivos será abordada, también, en armonía con el injusto de organización asumido respetando el nexo funcional del propósito de la organización.

II. PROBLEMAS DE LA INTERVENCIÓN DELICTIVA EN LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

Lo que aquí interesa, sin mayor complicación, es identificar los principales problemas e interrogaciones que trae consigo los delitos de organización, respecto a las reglas de la intervención delictiva e imputación.

- El problema que ha acaparado la atención de gran parte de la doctrina penal, que hasta ahora sigue vigente en muchas decisiones jurisprudenciales³⁴⁵, es la particular forma de identificar la responsabilidad penal del líder de la organización criminal cuando sólo se dedica a impartir órdenes a los miembros inferiores para la comisión de uno o varios delitos a nombre de la organización³⁴⁶.
- Otro problema es la difícil determinación de conductas punibles que provienen de una organización criminal, porque frecuentemente la agrupación comete o se predispone a realizar un sinnúmero de delitos, difícilmente englobados en un solo tipo penal³⁴⁷. Incluso, como uno de los objetos de la organización criminal es la

³⁴⁵ La última que he podido detectar, aunque no es decisión pero si debate, es la intervención del Fiscal Segundo de la Unidad Nacional para la Justicia y Paz en el caso Ramón María Isaza Arango y otros en Colombia. La versión electrónica puede encontrarse en: http://www.ramajudicial.gov.co/csj/downloads/UserFiles/File/VARIOS/JURISPRUDENCIA_INTERE_S/Tribunal%20Superior%20de%20Bogota%20-%20Sala%20de%20Justicia%20y%20Paz/documento%20autoria%20mediata%20Dr%20Raul%20Gutierrez-Ramon%20isaza%20cendoj.pdf

³⁴⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco, "Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada", en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Ferré Olivé y Anarte Borrillo (Eds.), Universidad de Huelva, Huelva, 1999, pp. 152 y ss. ROXIN, Claus, "Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada", en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Ferré Olivé y Anarte Borrillo (Eds.), Universidad de Huelva, Huelva, 1999, p. 198. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, María Teresa, "Autoría y participación en la criminalidad organizada", en *Hacia un Derecho penal sin fronteras*, DIEGO DÍAZ-SANTOS y SÁNCHEZ LÓPEZ (Coords.), Colex, Madrid, 2000, pp. 25-37. CHOCLÁN MONTALVO, *Criminalidad organizada. Concepto. La asociación ilícita. Problemas de autoría y participación*, cit., pp. 260-267. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, cit., pp. 157-166. GÓMEZ DE LLIAÑO FONSECA-HERRERO, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, cit., pp. 49-54. De la Cuesta Arzamendi, José Luis, "El Derecho penal ante la criminalidad organizada: Nuevos retos y límites, en La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada, Gutiérrez-Alviz Conradi y Valcárcé López (Dirs.), Universidad de Sevilla, Sevilla, 2001, pp. 96-101. GARCÍA ALFARAZ, Ana Isabel, "Autoría y participación en la delincuencia organizada", en *Revista de Ciencias Penales de la Universidad Santiago de Compostela*, Vol. 3-Nº 1 y 2, 2000, pp. 102-126.

³⁴⁷ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal*, cit., p. 160.

protección entre los miembros ejecutores de delitos, hará todo lo posible para reducir los riesgos de persecución policial o judicial.

- La anterior formulación, lleva a otra cuestión basada en que las organizaciones criminales constantemente lesionan muchas esferas de protección del Derecho penal de forma constante. Baste con una muestra: en caso, la organización se encuentre en el proyecto de sus métodos delictivos desde ya infringe un objeto de protección penal como la expectativa de contar con un correcto orden público dentro de la sociedad, pero ¿la infringe sus miembros o todo el colegiado?
- ¿Es necesario modificar –sutilmente– las reglas de intervención delictiva para poder encajar la responsabilidad de los líderes de una organización criminal, cuando estos no hayan participado de la ejecución de los delitos?
- En relación a la imputación subjetiva, el dolo en los integrantes no sólo se dirige a una conducta delictiva sino a una cadena de comportamientos indeterminados o intermedios, donde ni siquiera se tiene conciencia de la realización de un determinado delito³⁴⁸.
- En la delincuencia organizada, como aglomerado de diversas contribuciones, no siempre es posible identificar a un autor, máxime en las grandes organizaciones jerarquizadas y complejas³⁴⁹.
- En los siguientes puntos junto a los problemas se añan preguntas a dilucidar: Si la finalidad ilícita que se desea obtener pertenece a toda la agrupación ¿es posible responsabilizar al miembro que desconozca o no participe en la comisión de un delito que, al fin y al cabo, las consecuencias del delito le favorezca?

³⁴⁸ *Ibíd.*, p. 161.

³⁴⁹ *Loc. cit.*

- ¿Se encuentra justificado la responsabilidad penal del colaborador externo de la organización, aun no habiéndose concretado algún delito por parte de los miembros de la organización?
- Por el hecho de formar una organización criminal ¿todos los miembros son responsables de todos los delitos concretos que se cometan a nombre de la organización?

III. EL INJUSTO DE ORGANIZACIÓN Y SU VINCULACIÓN CON LA INTERVENCIÓN DELICTIVA EN LOS DELITOS DE ORGANIZACIÓN

El injusto de organización tiene como orientación justificar teóricamente, dentro del canon de los principios del Derecho penal y la Política Criminal, la validez de la inclusión de los delitos de organización dentro del boletín penal.

Es CANCIO MELIÁ, en la doctrina española, quien recapitula otros esfuerzos teóricos que se dirigen a sustentar la tipificación de los delitos de organización³⁵⁰. Luego de descartar la antigua apelación a la noción del ejercicio abusivo del derecho de asociación, relata tres fundamentos teóricos alternativos que buscan el injusto específico de la organización criminal o asociación ilícita.

La primera es el adelantamiento de la punibilidad, en términos de la “teoría de la anticipación”, por referencia a la protección de los bienes jurídicos directamente menoscabados por los delitos cuya perpetración constituye el objeto de organización³⁵¹. Posición que cuenta, actualmente, con el apoyo dogmático de SILVA SÁNCHEZ³⁵². Se objeta

³⁵⁰ El lector debe recordar que ya se plantearon otras posiciones sobre el injusto en el Cap. III.

³⁵¹ Según Cancio Meliá señala a RUDOLPHI como el principal impulsor en tiempos recientes de esta teoría (CANCIO MELIÁ, *El injusto de los delitos de organización: peligro y significado*, cit., p. 37).

³⁵² Especialmente en, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “¿Pertenencia o intervención? Del delito de pertenencia a una organización criminal a la figura de la participación a través de organización en el delito”, en *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruíz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 1069-1096.

a dicha posición la reducción sin necesidad de la perspectiva de análisis exclusivamente del adelantamiento de la criminalización, sin alcanzar a identificar el objeto de protección específico tutelado por los delitos de organización, más allá de la parte especial afectados por las infracciones instrumentales de la organización³⁵³. Además, aceptar esta teoría, a mi entender, nos acercaría a la posibilidad de contemplar un Derecho penal de voluntades, donde se sanciona la “intención o querer” de los miembros sin que fácticamente se haya concretado un resultado. Acojo la última frase de la crítica de CANCIO MELIÁ al respecto: “*Quien...pena por hechos futuros, ya no tiene razón alguna para dejar impunes los pensamientos*”³⁵⁴. Al margen de las anteriores críticas, esta doctrina se descarta el injusto propio de los delitos de organización, que iría en contra de todos los acuerdos de la comunidad internacional y la legislación actual del CP.

En segundo lugar está la teoría donde se alega que la conformación de una organización criminal lesiona un bien jurídico colectivo, como por ejemplo “la paz interior”, que comprendería la “seguridad pública” y el “orden estatal”³⁵⁵. Aunque esta posición considera un injusto propio para los delitos de organización, dejaré para luego las observaciones que tiene la misma cuando haya asumido posición sobre el injusto de organización y explique la autoría y participación de los delitos de organización en su estado asociativo.

Por último, CANCIO MELIÁ trae a colación la propuesta de JAKOBS, que recurre a la noción de un “injusto de amenaza”, entendido como el quebrantamiento de una “norma de flaqueo”, cuya función sería dotar de un mínimo de seguridad cognitiva a las correspondientes “normas principales”, donde el quebrantamiento es ordinariamente delictivo³⁵⁶. La particular posición de JAKOBS, ya conocida, da pie a considerar a los sujetos peligrosos, quienes no son fieles al Derecho, como enemigos de la sociedad, lo que implica relajar ciertas garantías penales, procesales y de ejecución penal contra ellos. En general, lo

³⁵³ CANCIO MELIÁ, *El injusto de los delitos de organización: peligro y significado*, cit., p. 41.

³⁵⁴ Loc. cit.

³⁵⁵ Algunos representantes en España: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Asociaciones ilícitas en el Código penal*, cit., pp. 144 y ss., y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Voz asociación ilícita*, cit., p. 104

³⁵⁶ Esta posición es hallada en JAKOBS, Günther, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, en *Estudios penales*, JAKOBS, trad. e introd. PEÑARANDA RAMOS, Suarez GONZÁLEZ y CANCIO MELIÁ, Civitas, Madrid, 1997, pp. 314-318.

anterior es una respuesta política-penal de un Estado de emergencia alejado de toda fuente garantista y respetuosa de los derechos fundamentales de las personas. Por lo tanto, la descarto de plano.

Como ya se ha señalado, es más, hasta observado, CANCIO MELIÁ diserta su propio criterio de injusto de organización desde el punto de vista político, como la “arrogación del monopolio de la violencia estatal”³⁵⁷. Ya abordado este criterio en el capítulo anterior es necesario continuar con otros puntos de vista.

Ahora bien, en lo que si hay convenio en la doctrina, y me adhiero, es que la configuración de la organización o asociación criminal en la sociedad es un “sistema de injusto constituido”, en términos de LAMPE³⁵⁸, entendiendo que sus respectivos “elementos de pertenencia” serían “independientes de la persona de sus miembros”, lo cual conllevaría un considerable incremento del grado de complejidad de la organización, que se expresaría en una lata jerarquización y selectividad de la comunicación al interior de la misma.³⁵⁹ La peligrosidad de estas organizaciones está en la estructura interna de la organización en disponer en cualquier momento actuar mediante la comisión de delitos. LAMPE explica que “de manera objetiva sólo pueden caracterizar la estructura de la agrupación aquellos hechos punibles que, por su lado, contengan la caracterización de la agrupación por su finalidad. Por el contrario, no podrán aquellos con los que la agrupación simplemente simpatiza o para los que constituye el medio de cultivo espiritual. Con ello debe exigirse que la estructura de la agrupación y los delitos planeados y ejecutados se encuentren interrelacionados, y que el injusto del sistema surja de esta interacción”³⁶⁰.

Entonces, la organización criminal proyecta en comparación de un delincuente común mayor valoración de peligrosidad ante la sociedad, por su organización estructurada

³⁵⁷ CANCIO MELIÁ, *El injusto de los delitos de organización: peligro y significado*, cit., p. 51.

³⁵⁸ *Ibíd.*, p. 63. SILVA SÁNCHEZ, *¿Pertenencia o intervención? Del delito de pertenencia a una organización criminal a la figura de la participación a través de organización en el delito*, cit., pp. 1075-1076. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Criminalidad organizada y sistema del Derecho penal*, cit., p. 252. JAKOBS, Günther, “La intervención delictiva”, en *Cuadernos de Política Criminal*, N° 85, 2005, p. 69.

³⁵⁹ LAMPE, *injusto del sistema y sistemas de injusto*, pp. 127-129.

³⁶⁰ *Ibíd.*, p. 129.

(complejidad interna) dispuesta a cometer delitos en cualquier ocasión para obtener sus fines. La sola organización es desde ya peligrosa así no haya cometido los delitos proyectados en su agenda, dado que, delata su rechazo al orden público. En cuanto se concretice su accionar se activará el injusto de resultado, distinto al injusto de sistema que tiene un significado autónomo.

Por tal razón, siguiendo a MAÑALICH, el *factum* de la organización puede tener relevancia jurídico-penal en tres niveles distintos. En primer término, una organización puede tener relevancia como *contexto* de imputación; en segundo lugar, como *objeto* de imputación; y en tercer lugar, como *sujeto de imputación*³⁶¹.

Sobre el contexto, dice MAÑALICH que “la cuestión se plantea en relación a las categorías de la parte general que ofrecen los criterios de responsabilidad aplicables en el ámbito de la intervención de varias personas en un mismo hecho delictivo”³⁶². Acá encaja el debate sobre la responsabilidad penal del dirigente de un aparato organizado de poder. En cuanto al objeto, como arriba se explicó, la existencia de los delitos de organización como delitos autónomos llevan consigo un propio injusto objetivo, por lo que se sustenta que la pertenencia a organizaciones criminales desde ya es un ilícito penal. Respecto al sujeto, se examina la posibilidad de imputar a la organización, como factor colectivo, de los delitos que se comentan a su nombre. Sin embargo, sobre esta última cuestión el ordenamiento jurídico penal español no establece a la organización criminal ser un ente colectivo con identidad propia como si, desde la reforma del 2010, lo hace con las personas jurídicas. Entiendo que esta imposibilidad se da porque la organización criminal no tiene un reconocimiento jurídico de personalidad como base de responsabilidad. En consecuencia, la organización criminal no puede ser sujeto de responsabilidad penal en España, en cambio sí lo serán los sujetos que aglutinen sus fuerzas para la confección de la organización criminal y, evidentemente, los miembros ejecutores de los delitos convenidos.

³⁶¹ MAÑALICH R., Juan Pablo, “Organización delictiva. Bases para su elaboración dogmática en el Derecho penal chileno”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 38, N° 2, p. 283.

³⁶² Loc. cit.

Avanzando con el análisis, es menester recordar la posición de ZÚÑIGA RODRÍGUEZ sobre el doble injusto de imputación en las organizaciones criminales, que radica en un primer injusto para los miembros que realicen delitos por medio de la organización y, un segundo, por el sólo hecho de pertenecer a la organización³⁶³.

Sobre esta postura, creo que se hace bien separar los dos injustos identificados, pero sólo uno es el que realmente se adhiere a los delitos de organización (el segundo), el primer injusto, en cambio, califica lo que tradicionalmente se conoce en la delincuencia común como injusto de resultado de los delitos cometidos. Por ende acá no se crea dos injustos. El de ejecución de delitos siempre ha existido en el Derecho penal pero, como se verá adelante, las reglas de intervención delictiva son relativamente modificadas por la doctrina a fin de encajar responsabilidad al líder de la organización criminal. El segundo se origina según entiendo gracias a la interpretación de la teoría de LAMPE, “la presencia de un injusto de sistema constituido que tiene mayor valoración de peligrosidad para la sociedad”.

En síntesis, estimo que el injusto de organización, perteneciente a los delitos de organización, es aquel *injusto de sistema constituido*, que podría identificarlo como “injusto de peligrosidad”. Y, como –ya explicado– la organización criminal no puede ser sujeto de imputación, la concretización de los delitos planificados por la organización se engloban en otro injusto nombrado como “injusto de resultado”.

Es por eso que –repito– el análisis de la intervención delictiva se observa en dos niveles. El primero, cuando la organización asume su injusto de sistema constituido y luego cuando la organización concreta los delitos proyectados. En las siguientes líneas, empezaré por abordar la intervención delictiva del segundo injusto, en el que se abordará el debate de la responsabilidad del dirigente de la organización criminal, para luego finalizar en la autoría y participación del injusto de organización pocas veces estudiada por la doctrina.

³⁶³ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal*, cit., p. 260.

IV. INTERVENCIÓN DELICTIVA EN LOS DELITOS COMETIDOS POR MEDIO DE LA ORGANIZACIÓN CRIMINAL. LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL DIRIGENTE DE LA ORGANIZACIÓN

La comisión de delitos por medio de un aparato de poder organizado, y, por ende, en una organización criminal, asume un gran problema que reside en la forma de calificar al líder o dirigente de la misma cuando él no haya participado en la ejecución de los delitos, pero sí que los haya ordenado. Al respecto, se han planteado muchas propuestas afirmando que el líder respondería como *autor mediato*³⁶⁴, *coautor*³⁶⁵, *cooperador*³⁶⁶ y hasta *instigador*³⁶⁷, pero aquí se reflexionará sobre las dos principales teorías que resuelven dicha cuestión por medio de la autoría mediata, que es la que me parece la más acertada.

1. LA TEORÍA DE LA AUTORÍA MEDIATA POR APARATO DE PODER ORGANIZADO

Fue ROXIN quien planteó la doctrina del *dominio de la voluntad en virtud de estructuras de poder organizadas* en 1963, como nuevo fundamento de la autoría mediata y tercera forma de la misma cuya esencia no está, como en la autoría mediata común –generalmente–, en la coacción ejercida sobre el instrumento o en la situación de error en que se encuentra³⁶⁸. ROXIN sustentó el dominio de la voluntad a través del dominio de la organización cuando el

³⁶⁴ ROXIN, Claus, *Autoría mediata y dominio del hecho en Derecho penal*, 7ª ed., Marcial Pons, trad. CUELLO CONTRERAS y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Madrid-Barcelona, 2000, pp. 269-280.

³⁶⁵ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed. corregida, Marcial Pons, trad. CUELLO CONTRERAS y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Madrid-Barcelona, 1997, pp. 745 y ss. En España destaca, MUÑOZ CONDE, *Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada*, cit., pp. 158-159.

³⁶⁶ HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises, *La autoría mediata en Derecho penal*, Comares, Granada, 1996, pp. 273 y ss.

³⁶⁷ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice en Derecho penal*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1966. PARIONA ARANA, señala dentro de esta postura a KÖHLER (1997), RENZIKOWSKI (1997) Y ZIESCHANG (2007), en PARIONA ARANA, Raúl, “El autor detrás del autor”, en *Autoría mediata por organización. Consideraciones sobre su fundamentación y aplicación*, Grijley, PARIONA ARANA, Lima, 2009, p. 29.

³⁶⁸ Así lo destaca DE FIGUEIREDO DIAS, Jorge, “Autoría y participación en el dominio de la criminalidad organizada: El dominio de la organización”, en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, FERRÉ OLIVÉ y ANARTE BORRALLA (Eds.), Universidad de Huelva, Huelva, 1999, p. 102.

hombre de atrás controla el resultado típico a través del aparato de poder sin tomar en consideración a la persona que como ejecutor entra en escena más o menos causalmente. Aquél tiene el sentido literal de la palabra “dominio” y, por tanto, se trata de autor mediato³⁶⁹.

Esta teoría se sustenta en el funcionamiento de una maquinaria criminal u organización que se encuentra supeditada a disposición del sujeto de atrás o autor mediato. Dicho de otro modo, esta forma de atribución de responsabilidad penal, al autor mediato, le está condicionada la existencia de un aparato de poder jerárquicamente organizado que se encuentra en total disposición y manejo del hombre de atrás³⁷⁰.

La organización funciona de manera automática, pues no es decisiva la consideración del autor individual dentro de la organización, puesto que este significa un engranaje de la operatividad de la organización, por lo que el ejecutor puede ser intercambiado sin que menoscabe los fines ilícitos emanados por el mando superior o el hombre de atrás. En efecto, partiendo de la idea de ROXIN, la fungibilidad es el criterio principal, inclusive no es necesario que el autor mediato conozca al ejecutor directo, ya que este puede confiar en que se cumplirá sus instrucciones, pues aunque uno de los ejecutores no cumpla con su objetivo, automáticamente otro ocupará su posición, de modo que exista la seguridad de que se lleve a cabo el hecho ilícito³⁷¹.

Para configurar la autoría mediata cometidos por organizaciones de poder, en primer lugar, se debe reconocer la existencia previa de aquella organización la cual se encuentra subordinada a las disposiciones que puedan emitir el mando o el autor de atrás. Debido a la vida independiente que adquiere la organización o su funcionamiento automático los hechos llegan a ser realizados sin que el autor mediato conozca o participe directamente de la acción criminal, toda vez que cuenta con la fungibilidad de sus ejecutores que generan confianza en que las ordenes serán concretadas. Asimismo, por las connotaciones actuales

³⁶⁹ ROXIN, *Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada*, cit., 192.

³⁷⁰ Así lo resalta: FARALDO CABANA, Patricia, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 27.

³⁷¹ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 272.

del dominio del hecho por organización es relevante –recientemente reconocido por ROXIN– la disposición al hecho como un presupuesto, aun discutible, a tomar en cuenta dentro de los presupuestos de la teoría objeto del presente análisis³⁷².

Por tanto, para afirmar la concurrencia del dominio del hecho por organización no es decisiva la acción del ejecutor –como puede suceder en el dominio por error o por coacción–, por lo contrario, se ajusta en la existencia de un aparato de poder organizado jerárquicamente bajo el mando del autor mediato, donde las personas subordinadas –desde los mandos intermedios hasta los ejecutores inmediatos– sean fungibles³⁷³ y manifiesten una elevada disponibilidad para llevar a cabo el hecho ordenado por la cabeza de la organización.

Lo anterior permite tener, por el momento, una idea básica sobre la comprensión, en el círculo dogmático, de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder. Antes bien, para no ser abstracto en el análisis, directamente presentaré las críticas a los elementos de la composición de esta teoría y la evolución dogmática de la propuesta de ROXIN.

A) Análisis y observaciones de los elementos de la teoría de Roxin

❖ La fungibilidad como criterio vinculante en la configuración del dominio por organización

En la amplia gama de investigaciones efectuadas sobre la fundamentación dogmática de la teoría del dominio de hecho por organización, diversos autores han asentido –siguiendo la perspectiva de ROXIN– en comprender que la fungibilidad del ejecutor posee un carácter

³⁷² ROXIN, CLAUS, “Apuntes sobre la Sentencia-Fujimori de la Corte Suprema de Perú”, en *La autoría mediata. El caso Fujimori*, AMBOS y MEINI (Eds.), Ara, Lima, 2010, cit., p. 94.

³⁷³ También lo explica DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, “Autoría y participación”, en *Revista de Estudios de Justicia*, N° 10-2008, Santiago de Chile, p. 24.

esencial para atribuir responsabilidad penal al autor de atrás³⁷⁴. Es decir, aquel personaje que ordena y planifica todo el evento criminal a realizarse mediante el aparato de poder, que se encuentra a su disposición se le podrá responsabilizar de las acciones llevadas a cabo por la misma, siempre y cuando, como criterio concluyente, cuente con el suficiente número de autores inmediatos listos para llevar a cabo los designios criminales, en caso uno de los ejecutores, por un sinnúmero de razones, se niegue a ejecutar la orden del superior.

Siguiendo esta premisa, en lo que se refiere a la aplicación o materialización de la presente teoría en los tribunales extranjeros se puede observar que a pesar de la constante evolución e interés por el desarrollo del dominio por organización, aún no se encuentra un deslinde idóneo sobre la verdadera concretización en el mundo fáctico del criterio de fungibilidad. Todavía a nivel jurisdiccional, en materia de prueba, es engorroso tener convicción de la concurrencia de la fungibilidad, ya que desde un aspecto fáctico –refiriéndonos a un caso en concreto– sigue siendo una conjetura la puntualidad de este presupuesto. Puesto que no se puede comprobar de manera acertada si es que, efectivamente, el autor de atrás pudo contar con aquella denominada, también, fungibilidad positiva³⁷⁵.

Estas y otras consideraciones ponen de manifiesto, precisamente, la relevancia de la problemática que trae consigo, desde larga data, la aserción de la fungibilidad dentro del esquema que permite imputar responsabilidad penal al sujeto que da las órdenes criminales en el aparato de poder.

En vista de ello, se cuestiona la verdadera trascendencia de este presupuesto que ha sido presentado y aceptado por la doctrina dominante³⁷⁶. En consecuencia, me pregunto: ¿es

³⁷⁴ AMBOS, KAI, *Dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*, Universidad Externado de Colombia, trad. CANCIO MELIÁ, Lima, 1998, pp. 16-17. Según AMBOS entre los autores alemanes que se adhieren a la tesis de la fungibilidad como criterio esencial pueden mencionarse a: HARZBERG, BLOY. y SHMIDHAUSER, aunque desde diversos puntos de partida llegan a coincidir en que la fungibilidad es determinante para la autoría mediata por organización de poder.

³⁷⁵ A mi entender, la prueba de fungibilidad fue muy débil en el caso Fujimori (Sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema del Perú el 7 de abril de 2009).

³⁷⁶ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO considera insuficiente la fungibilidad del instrumento para fundamentar la autoría mediata en estos casos (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría y participación*, cit., 25). Véase

cierto que puede la fungibilidad representar un criterio sumamente determinante dentro de la teoría del dominio del hecho por organización o, si en cambio, esto es una quimera dogmática? o ¿si sólo constituye un criterio que se encuentra al mismo nivel que los otros?

Parte de la doctrina ha manifestado discordancia o desavenencia con la posición de ROXIN, respecto a la fungibilidad, quien argumentó, que “la fungibilidad es el criterio, si no esencial, determinante o principal dentro de las bases cardinales que permiten la verificación de la autoría mediata por organización”³⁷⁷. Por tal razón, en las siguientes líneas, se presentará la posición del autor alemán y las respectivas críticas que ha recibido al respecto.

Desde los primeros escritos de ROXIN, escribe DONNA, “se toma en cuenta las ejecuciones y acciones del Holocausto Nazi, configurándose la autoría mediata, porque existe una organización o aparato de poder que procede sin tomar en cuenta a los ejecutores de forma individual, pues tal organismo opera automáticamente; es decir, cuando se dan estos acontecimientos se puede esperar que el manipulador o el hombre de atrás apriete un botón y se ponga a funcionar la maquinaria de manera que se tiene seguro que el ejecutor realizará la orden aun desconociendo su identidad. Por tal razón, es que no es necesario que recurra a los medios de la coacción o el engaño –autoría mediata clásica–, pues se sabe que cuando uno de los innumerables servidores de la organización no cumpla con su tarea, inmediatamente otro ocupará su lugar, sin que se vea perjudicada, en su totalidad, la ejecución del plan”³⁷⁸.

En síntesis, Bolea Bardón, refiere que la fungibilidad consta “que el hombre de atrás puede contar con que la orden por él dictada va a ser cumplida sin necesidad de emplear coacción ni engaño, y sin necesidad de conocer al ejecutor. Al no depender la organización de la persona individual del ejecutor, se dice de ella que funciona de forma “automática”. El

también: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, Tendencias jurisprudenciales en la exigencia de responsabilidad a los superiores por hechos de los subordinados, en *Huellas*, N° 72-Julio 2011, pp. 180 y ss.

³⁷⁷ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 272.

³⁷⁸ DONNA, Edgardo, *La autoría mediata y participación criminal*, Comares, Granada, 2008, p. 62.

criterio de fungibilidad alude a la posible sustitución de un ejecutor por otro en caso de que uno se negara a cumplir las órdenes asegurándose, así, la ejecución del plan en su conjunto³⁷⁹.

En contra de la fungibilidad existe un notable número de críticas. De manera resumida mencionaré algunas de las principales observaciones:

- a) SCHROEDER fue uno de los pioneros en rechazar la concurrencia de este criterio, cuestionando la eventualidad de no tener la posibilidad de intercambiar aquellos ejecutores que por su especialidad, de ninguna manera, serán reemplazables como piezas del engranaje de la maquinaria –al estilo de ROXIN–, sino que constituyen un instrumento fundamental que no puede ser prescindible ni intercambiable³⁸⁰. De ahí que, la fungibilidad no pueda por sí sólo ser un criterio determinante; ya que en el caso real ante la negativa de aquel que esta, precisamente, arraigado a la organización pueda acarrear la desconfiguración de la funcionalidad de la organización y la concretización de los tipos penales que tienen como objetivo y parte de su estrategia criminal³⁸¹.

- b) Por otro lado, AMBOS, para profundizar la crítica del párrafo anterior, desde una perspectiva concreta o fáctica entiende que la fungibilidad por sí sólo no puede fundamentar la falta de control real sobre los autores directos plenamente responsables, en caso de desistan, por lo que no puede ser esencial para la determinación del dominio del hecho por organización. Precisamente, esto se hace viable desde una visión fáctica, empírica, si se quiere naturalista, puesto que siempre existirán casos en los que los autores directos no pueden ser intercambiados sin frustrar la realización del crimen³⁸². Esto lleva a deducir que en

³⁷⁹ BOLEA BARDON, *Autoría mediata en Derecho penal*, cit., 348.

³⁸⁰ SCHROEDER, F. -Ch, “Disposición al hecho versus fungibilidad”, en *La autoría mediata. El caso Fujimori*, Ara, trad. MEINI, Lima, 2010, pp. 117-118.

³⁸¹ Loc. cit.

³⁸² AMBOS, KAI, “Trasfondos políticos y jurídicos de la sentencia contra el ex presidente peruano Alberto Fujimori”, en *La autoría mediata. El caso Fujimori*, Ara, trad. TARAPUÉS SANDINO, Lima, 2010, p. 84.

el caso en que no se pueda demostrar la hipótesis de que existieron realmente ejecutores intercambiales, entonces no podremos responsabilizar al autor mediato, aun sea por tentativa cuando el ejecutor especializado desista, debido a que demuestra una escasa determinación hacia el hecho³⁸³.

c) JAKOBS, por su parte, crítica que los ejecutores no son todos intercambiables en forma simultánea, y la intercambiabilidad de uno por uno no es una especialidad propio de la participación. A su vez, la decisión para la comisión del hecho por parte de los ejecutores obedece al principio del líder, lo que demuestra la ausencia de una decisión independiente de aquellos³⁸⁴.

d) Además, se tiene en cuenta que la fungibilidad resulta una alternativa, con la que cuenta el poder de mando en base a la funcionalidad del aparato criminal, de tipo abstracta e hipotética, en el caso que el ejecutor directo, a último momento, se niegue a materializar la orden. Esta expectativa de contar con intercambiables ejecutores inmediatos no posee real relevancia en el caso concreto. Lo que importa es imputar a quienes participaron de manera concreta, ya sea quien ordenó como autor mediato y quien ejecutó como autor directo responsable, sin que sea de interés preguntarnos si es que existieron uno o miles de ejecutores que pudieron ser reemplazados. Por lo que la fungibilidad como hipótesis ex ante, puede ser factible como presupuesto de la autoría por organización, sin embargo, ex post pierde su relevancia³⁸⁵.

e) De manera similar a la crítica anterior, HERNÁNDEZ PLASENCIA sostiene que “la fungibilidad es un argumento que se vuelve en contra de la construcción de la autoría mediata. En efecto, si se acepta que el concreto ejecutor puede negarse a cumplir orden, y ello en virtud de una resolución libre de su voluntad, entonces es

³⁸³ AMBOS, *Dominio del hecho por dominio de voluntad*, cit. p. 53.

³⁸⁴ Jakobs, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 784.

³⁸⁵ Crítica hecha por FERNÁNDEZ IBAÑEZ, Eva, *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, Comares, Granada, 2006, p. 138. Desde un enfoque similar, MEINI MÉNDEZ, *El dominio de la organización en Derecho penal*, Palestra, Lima, 2009, pp. 38-40.

que la influencia que está recibiendo a través de esa orden es constitutiva únicamente de inducción. No puede afirmarse que el hecho desde su raíz responde a una autoría del sujeto de atrás porque lo que debe valorarse es el caso concreto, y si bien puede ser cierto que los ejecutores son fácilmente reemplazables, si alguno puede negar libremente, estamos ante un dominio de la decisión de los dirigentes; el dominio lo tendrán sobre la organización, pero no sobre el que ejecuta materialmente la acción; la cualidad lesiva del comportamiento del sujeto de delante no es dominada por los sujetos de atrás”.

Por mi parte y conforme se ha descrito antes, las organizaciones criminales no necesariamente cuentan con miembros fungibles ejecutores dentro de la estructura interna, pero sí miembros intercambiables de darse el caso. En consecuencia, dudo mucho que este requisito sea esencial en la intervención delictiva materia de análisis³⁸⁶, más aún, que la posible acreditación de la fungibilidad se da desde un plano hipotético, alejado de un concreto elemento percibido en la ejecución y ex post del delito.

❖ *La actuación al margen del Derecho de la organización de poder y su problemática*

El segundo presupuesto que fundamenta la teoría de ROXIN es el llamado apartamiento del Derecho o marginalidad jurídica³⁸⁷. Por apartamiento del Derecho se entiende que la organización actúa o extiende su campo de acción fuera del esquema trazado por el ordenamiento jurídico de un Estado. Últimamente añade ROXIN que el aparato de poder tiene que haberse desvinculado del Derecho no en toda relación, sino sólo en el marco de los tipos penales realizados por él³⁸⁸.

³⁸⁶ BOLEA BARDÓN, Carolina, *Autoría mediata en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 350-351. Sostiene dicha autora que “Roxin abandona el principio de responsabilidad. En efecto, la plena responsabilidad criminal del ejecutor material no va a servir ya como límite de la autoría mediata, abriéndose la puerta a la figura del autor tras el autor, no de forma excepcional, como sucede en otros grupos de casos, sino como criterio general”.

³⁸⁷ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 276.

³⁸⁸ ROXIN, Claus, “El dominio de la organización como forma independiente de autoría mediata”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 7, 2006, p. 16.

Sin embargo, no sólo abarca el Derecho positivo de un determinado Estado, sino, también del Derecho Internacional, mejor dicho, de las normas internacionales en materia penal. Además, se ha entendido que un Estado que se pretenda calificar de Social y Democrático no sólo puede partir de las normas positivas, sino de aquellos Derechos fundamentales inherentes a la persona y a la propia evolución de la sociedad. En todo caso, lo que aquí interesa es que la organización criminal al mando del autor mediato se conduce por lo menos parcialmente al margen del Derecho; es decir, contraviniendo la normativa vigente en base a los Derechos fundamentales.

En términos de ROXIN cuando se habla del apartamiento del Derecho “se deben tener en cuenta dos puntos de vista: a) el aparato de poder, naturalmente, no tiene que apartarse del Derecho en todos los aspectos, sino solamente en el marco de los tipos penales que él realiza; b) asimismo, para la evaluación del apartamiento del Derecho no es trascendente la perspectiva anterior, sino la evaluación jurídica actual”³⁸⁹.

Adjudicando como ejemplo las matanzas de judíos efectuadas durante el régimen nazi, se ha de precisar que, efectivamente, cuando se dieron estos siniestros sucesos podría decirse que legalmente el poder alemán, que dominaba el sistema normativo imperante en su territorio durante ese periodo, pudo expedir normas legales que avalaban estos actos, aunque en esencia el Derecho no podría aceptar estos tipos de actuaciones criminales. A esto es lo que se refiere ROXIN, en el segundo punto vital para el entendimiento del apartamiento del Derecho. Por ello, no cabe duda que, cuando se efectúa la evaluación de este criterio debemos tener en cuenta el ordenamiento vigente, que pudo haber escapado ya de normativas autoritarias o absolutamente vulneradoras de los Derechos fundamentales de los ciudadanos. Ello ocurrió cuando se procesó a los líderes nazis, después de derrocado el sistema nacionalsocialista. Se tomó en cuenta su actuación con respecto a las normas vigente durante el juicio que, evidentemente, contenían otro perfil orientado a la protección de los Derechos fundamentales y respetuoso del Estado de Derecho. Máxime, para tener la

³⁸⁹ “Por supuesto que los asesinatos masivos del régimen nazi también hubieran sido hechos apartados del Derecho incluso si la dirección estatal de entonces las hubiera ordenado legalmente” (ROXIN, Claus, “Dominio de la organización y resolución al hecho”, en *La teoría del delito en la discusión actual*, ROXIN, Grijley, Lima, p. 528).

seguridad de la concurrencia del apartamiento del Derecho no sólo debemos tomar en cuenta las normas vigentes y la esencia del Derecho como sistema que permite la convivencia pacífica y respetuosa de las personas, sino, también las normas de carácter internacional en materia penal³⁹⁰.

Incluso, para una mejor aclaración del presupuesto, partiendo de la idea clave que la organización como tal opera de manera íntegra y automática; es decir, más allá de la posición que el mando o autor mediato ocupa dentro de la organización, los demás integrantes, especialmente los ejecutores directos, dejan de tener trascendencia individual, puesto que su labor se automatiza por la característica del funcionamiento de la organización³⁹¹. De ahí que, para que se afirme el apartamiento del Derecho, la ejecución de las acciones realizadas debe partir desde la cúspide hasta el último ejecutor directo de forma ilícita, es decir, al margen del Derecho.

Para esto, el mismo ROXIN en base a los hechos conocidos como la matanza del Muro de Berlín, acota un ejemplo hipotético: “si hubiera estado prohibido la matanza de los fugitivos del Muro y si ello hubiera sido resultado de las órdenes dadas por funcionarios que actuaron por cuenta propia, tales hechos hubieran sido acciones aisladas y particulares, por tanto, deberían ser tratadas como casos de instigación y autoría”³⁹².

No obstante, en el caso real no se dieron estos sucesos, toda vez que aquella orden, de matar a aquellas personas que intentasen cruzar el Muro, emanó desde los mandos superiores hasta llegar a los miembros del Consejo de Seguridad Nacional de la República Democrática Alemana quienes fueron responsables directos de las ordenes direccionadas a los guardias fronterizos que ejecutaron los homicidios. De esa forma, el Tribunal Supremo Alemán, en su sentencia de 26-7-1994 responsabilizó penalmente a los miembros del Consejo que dieran la orden, teniendo en cuenta, aunque no de manera trascendental, el apartamiento del Derecho.

³⁹⁰ AMBOS, Kai, “Responsabilidad penal individual en el Derecho penal supranacional. Un análisis jurisprudencial. De Nuremberg a La Haya”, en *RP*, N°7, 2001, pp. 9 y ss.

³⁹¹ Para mejor entender véase, MEINI MÉNDEZ, *El dominio de la organización en Derecho penal*, cit., p. 112.

³⁹² ROXIN, *Dominio de la organización y resolución al hecho*, cit., p. 529.

ROXIN explica que sólo son posibles dos manifestaciones típicas en casos de autoría mediata por aparatos organizados de poder: a) Cuando quien ostenta el poder estatal, con ayuda de organizaciones subordinada a él, comete ilícitos. Es el ejemplo del caso Eichmann y debe entender que ROXIN se refiere a un Estado totalitario donde no están presentes las garantías del Estado de Derecho; y b) En aquellos hechos cometidos por movimientos clandestinos, bandas y grupos semejantes. Lo que realmente va a caracterizar la autoría mediata en estos grupos es la orientación contraria a Derecho de estas organizaciones y la vulneración de las normas penales positivas³⁹³.

En contra de este requisito se han presentado algunas críticas que pretenden calificar de entelequia normativa la concurrencia de la desvinculación del Derecho como parte de los presupuestos del tema de investigación. Aquí se presentará las observaciones de AMBOS.

Efectivamente, ha sido AMBOS quien ha presentado a la dogmática un denodado rechazo a este criterio. Este penalista se plantea la siguiente interrogante: *¿Por qué razón se tiene que estimar que la desvinculación del Derecho es un presupuesto imprescindible del dominio por organización?*³⁹⁴

Sus explicaciones parten de la idea que esta teoría no únicamente puede ser aplicada en aparatos criminales emanados del poder, sino también de aquellas organizaciones criminales para-estatales o extra-estatales; es decir, aquellos grupos o asociaciones ilícitas que comparten las mismas características con las organizaciones de poder estatal para cometer hechos criminales, pero se encuentran de ante mano en el mundo de la criminalidad³⁹⁵.

Siguiendo esta línea, el autor se pregunta acerca de la idoneidad de la desvinculación al Derecho en estas asociaciones. Toda vez que existen fuera del sistema normativo; que si bien se constituyen como un Estado paralelo al Estado regido por el ordenamiento jurídico

³⁹³ Roxin, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., pp. 276-278.

³⁹⁴ AMBOS, *Dominio del hecho por dominio de voluntad*, cit., p. 51.

³⁹⁵ *Ibídem*, pp. 52 y ss.

legítimo, estos pueden aprovecharse haciendo uso de la corrupción y de los mecanismos normativos legales, aunque tal vez no legítimos, para llevar a cabo sus acciones por lo que la desvinculación del Derecho no muestra su real concurrencia determinante.

Por otro lado, menciona que la cuestión se convierte más problemática cuando es el propio ordenamiento jurídico quien es parte del terrorismo jurídico. Esto es, el mismo Estado se convierte en criminal por lo que instrumentaliza al Derecho para poder imponer un régimen criminal, como el que se dio en la época Nazi, en tal caso, pues el Estado ni sus instituciones han actuado al margen del sistema, sino su actuación se encuadra en la perspectiva legal³⁹⁶.

Por todo ello, AMBOS no deja de entender que, más allá, de los argumentos que presenta ROXIN, la desvinculación del Derecho sigue siendo insegura, ya que para él: “si se tiene en cuenta que lo importante son las normas internacionales o los, denominados, derechos naturales de las personas para verificar que la proyección de la organización escapa del matiz de lo jurídico; el postulado se convierte en poco sólido, porque ingresa en el plano valorativo de connotación abstracta, debido a que los principios escritos supralegales – normas internacionales– no resultan vinculantes ni evidentes para la organización ni para el ejecutor del hecho, por lo mismo que su actuación es legal –por la instrumentalización del Derecho a favor de la criminal– y no se pueden constituir en una barrera para la ejecución de la orden delictiva”³⁹⁷.

Concluye AMBOS al decir que “el hecho que no estemos ante un aparato desvinculado del Derecho no cambia en lo absoluto el efectivo dominio del hecho de la cúpula dirigente y la responsabilidad de los autores directos. Quiere decir, que probablemente la desvinculación del Derecho pueda concurrir en la mayoría de los casos, pero su ausencia no impide la configuración de la existencia de la responsabilidad del autor de escritorio. En consecuencia, no significa un criterio que necesita ser corroborado ni mucho menos

³⁹⁶ *Ibidem*, pp. 53-54.

³⁹⁷ *Loc. cit.*

vinculante dentro del esquema de la teoría, porque no constituye una condición ni suficiente ni necesaria; a fin de cuentas es prescindible”³⁹⁸.

Finalmente, y a modo preciso, puedo decir que todo acto delictivo y aún más las organizaciones criminales (dentro del Estado o fuera de él) por el sólo hecho de cometer delitos desde ya se apartan en términos de JAKOBS, de la fidelidad del Derecho. Como se ha visto, la propia formación de una organización criminal o terrorista destinada a cometer delitos es ya un delito. Por ello, este requisito es tan amplio y común para toda la delincuencia como para determinar la autoría mediata del líder sólo en las organizaciones criminales.

❖ *La disposición al hecho y su reciente incorporación al esquema de Roxin*

Siguiendo estrictamente el orden establecido por ROXIN, el siguiente criterio, que atribuye como concurrente para la configuración de la autoría mediata por organización, aunque no de manera determinante, es la disponibilidad o disposición al hecho específica de la organización. En lo concerniente a este punto, preciso que ROXIN, a pesar de su acérrima oposición a este presupuesto, que tuvo como génesis la tesis de SCHROEDER, en sus últimos escritos afirma su idoneidad³⁹⁹.

En efecto, siguiendo la perspectiva de SCHROEDER, se entiende por disposición al hecho aquello que permite verificar en el ejecutor directo una elevada motivación para ejecutar las órdenes establecidas por el hombre de atrás, que evidentemente puede ser tangible o demostrable objetivamente.

³⁹⁸ AMBOS, *Dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*, cit., p. 56.

³⁹⁹ Véase ROXIN, *Dominio de la organización y resolución al hecho*, cit., p.512. Este trabajo por primera vez se presentó en Alemania en el L.H a F.-C. SCHROEDER, cuyo título original es “Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit”, pp. 385 y ss.

Con esta proposición podemos deducir de ROXIN cinco aspectos fundamentales que nos aportan una plausible comprensión de este presupuesto⁴⁰⁰:

- a) El sujeto muestra una elevada disposición al hecho, porque se encuentra compelido o sometido a una serie de circunstancias que son propias de la organización que hacen que aquel se manifieste predispuesto al hecho criminal, a diferencia de cualquier potencial delincuente que actúa individualmente, pero esto no excluye de ninguna manera su responsabilidad, sino que incrementa la seguridad de que las órdenes del hombre de atrás sean efectivas.
- b) El ingreso a una organización criminal significa de una u otra manera la adaptabilidad a los fines, objetivos y a las acciones realizadas en su interior; por tanto, el sujeto se identifica con la organización y coopera con sus fines ilícitos. Adaptabilidad a fines ilícitos que serían muy dudosas, si no existiera la organización de poder.
- c) La disposición al hecho se hace papable con fenómenos típicos de los miembros de las organizaciones criminales en base a marcados comportamientos como excesivo celo en el servicio, por diversos motivos: destacar dentro de la organización, por ceguera ideológica, es decir, comporte los fines aun a sabiendo de su ilicitud por motivos que dependen del propio potencial delictivo del ejecutor.
- d) Por último, asumiendo que este sujeto no procede por coacción o error, su inclinación por el hecho criminal se facilita, pues comprende –actúa con responsabilidad– que el injusto perpetrado puede estar cubierto por la manta de la impunidad de la cual se sirven los hombres que dominan el aparato de poder.

⁴⁰⁰Ibídem, pp. 530-531.

En definitiva, con estos puntos, ROXIN acepta la concurrencia de la disposición al hecho como parte del esqueleto de la autoría mediata por organización, a pesar del contraste que manifestaba al pensamiento de SCHROEDER⁴⁰¹.

A decir verdad, en la parte de la aplicación jurisprudencial de la autoría por organización, este requisito fue previamente utilizado por los tribunales alemanes en el caso de los disparos del Muro de Berlín, como un presupuesto base para imputar responsabilidad a los miembros del Consejo que ordenaron el homicidio. Por supuesto, también, la Sala Especial de la Corte Suprema de Justicia del Perú menciona en la sentencia al ex presidente peruano, Alberto Fujimori, que este presupuesto ha sido considerado recientemente como vinculante, aunque no amplía la explicación y el desarrollo de la misma, dejando en la controversia su concurrencia⁴⁰².

A pesar de lo expuesto, ROXIN no deja de inculcar que la fungibilidad sigue siendo determinante y no exigua; esto es, que por la forma como se organiza y funciona el aparato de poder lleva a que exista en sus miembros una elevada disponibilidad que junto a la fungibilidad de los ejecutores inmediatos se erigen como los presupuesto que brindan la seguridad y confiabilidad del hombre de atrás en que sus proyecciones criminales serán cumplidas a cabalidad. El hecho de contar con una serie de autores intercambiables hace que estos puedan identificarse, con mayor razón, a los objetivos del mando superior, y, en consecuencia, estar determinados de ante mano, de manera psicológica, a cometer los hechos; de manera que, todo aparato organizado de poder que se haya apartado del Derecho depende por igual de los autores de escritorio que del número de esbirros intercambiables y predispuestos a los designios delictivos de la organización⁴⁰³.

A manera de corolario, la fungibilidad sigue siendo concluyente para ROXIN, no siendo válida las propuestas que se direccionan en la pretensión de fundamentar sólo a la elevada

⁴⁰¹ Una mayor explicación en ABOSO EDUARDO, Gustavo, *Los límites de la autoría mediata*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2012, pp. 357.

⁴⁰² AMBOS, *Trasfondos políticos y jurídicos de la sentencia contra el ex presidente peruano Alberto Fujimori*, cit., p. 87.

⁴⁰³ ROXIN, *Dominio de la organización y resolución al hecho*, cit., p. 534.

disposición al hecho como el criterio determinante dentro de la estructura dogmática de la autoría por organización.

❖ *El poder de mando como síntesis del esquema*

Para concretar el esquema, ROXIN toma en consideración, como una consecuencia de todos los presupuestos analizados, al poder de imposición del hombre de atrás o el poder de mando. Esto quiere decir, en suma, que en el esquema de la autoría mediata se hace imprescindible la existencia de un poder. Entendido como aquello que permite, al que ocupa la más alta jerarquía de la estructura, imponer con autoridad sus órdenes y que están se concreten sin cuestionamientos. Para ese cometido es que se sirve de la maquinaria de poder que se encuentra a su entera disposición⁴⁰⁴.

En efecto, es la existencia de ese poder, entendido, también, como la capacidad de dominar las acciones delictivas a partir de la subordinación de los autores directos integrados a la estructuras e identificados con los objetivos de la organización de poder, de allí que no es posible hablar de instigación o coautoría.

Al respecto, creo que el poder de mando lo tiene el líder no por la vulneración de la voluntad de los ejecutores, sino, todo lo contrario, la posee debido a la entrega de voluntades libre de los ejecutores hacia el líder. Por ello es necesario que la pertenencia o adhesión a una agrupación criminal se dé libremente.

2. TESIS DE SCHROEDER Y LA INCLUSIÓN DE LA DISPOSICIÓN AL HECHO COMO PRESUPUESTO DEL DOMINIO POR ORGANIZACIÓN

⁴⁰⁴ *Ibíd*em, p. 532.

Otros de los fundamentos para la determinación del dominio de la organización lo aporta el profesor alemán SCHROEDER, quien en 1965 planteó la tesis sobre “*la disposición al hecho*”⁴⁰⁵ manifestando que la fungibilidad del ejecutor no puede constituir el fundamento material del dominio del hecho⁴⁰⁶, ya que la fungibilidad de los ejecutores sería un criterio superficial, no significativo⁴⁰⁷ y que el dominio del hecho tiene su elemento decisivo en la predisposición de realizar el hecho de los ejecutores directos sobre los cuales existe fungibilidad, y de esta manera, la fungibilidad de los ejecutores no sería fundamento del dominio del hecho, sino sólo un medio para obtenerlo ya que existiría siempre y cuando en el aparato de poder organizado todas, las personas estén dispuestas a llevar a cabo el hecho⁴⁰⁸, de manera que la posibilidad de sustituir a los ejecutores representa únicamente la existencia de mayores probabilidades de que el hecho se realice, pero no fundamenta dominio alguno⁴⁰⁹.

En otras palabras, SCHROEDER, erige en criterio *la decisión incondicional de cometer el hecho* en la persona del ejecutor, considerando que el dominio de la organización es una “construcción *ad hoc*” cuyo elemento central no puede configurar el fundamento material del dominio del hecho⁴¹⁰.

Ahora bien, el profesor alemán postula una autoría mediata en virtud de la disposición incondicional al hecho del actor inmediato, es así que el hombre de atrás utilizaría para sus objetivos la resolución al hecho del ejecutor inmediato –existente ya antes de la actuación

⁴⁰⁵ PARIONA ARANA hace mención que “de la concepción de la doctrina de la disposición al hecho se desprende también que el concepto de dominio del hecho que emplea, constituye un dominio fáctico sobre el ejecutor inmediato concreto y no un dominio sobre la organización, interesando “únicamente la relación entre el hombre de atrás y el ejecutor”. El hombre de atrás domina al ejecutor inmediato en razón a que aprovecharía su resolución al hecho punible. Éste habría renunciado voluntariamente al ejercicio de su libertad, habría ofrecido su libertad al hombre de atrás. Esta oferta sin condición alguna de realizar el hecho punible, fundamentaría aquí la autoría mediata del hombre de atrás que da la orden. (PARIONA ARANA, Raúl, “Doctrina de la disposición al hecho”, en *Autoría mediata por organización. Consideraciones sobre su fundamentación y aplicación*, PARIONA ARANA, Grijley, Lima, 2009, p. 54).

⁴⁰⁶ FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, cit., p. 76.

⁴⁰⁷ IBÍDEM, p.77.

⁴⁰⁸ AMBOS, *Dominio del hecho por dominio de voluntad*, cit., p. 19.

⁴⁰⁹ PARIONA, *Doctrina de la disposición al hecho*, cit., p.55.

⁴¹⁰ AMBOS, *Dominio del hecho por dominio de voluntad*, cit., p. 19.

criminal–. En otros términos, lo decisivo sería la resolución a cometer el hecho punible – completo pero condicionado– del ejecutor inmediato⁴¹¹.

Así PARIONA ARANA, citando a SCHROEDER, manifiesta que “el ejecutor directo abdica su libertad de decisión al hombre de atrás, de manera incondicional. Es así que la disposición incondicional, haciendo referencia al comportamiento preexistente a la comisión del hecho sobre el cual el hombre de atrás se aprovecha y dispone, manifiesta finalmente que la “resolución al hecho” del ejecutor se convierte así en la razón principal para la admisión de un dominio de los hombres de atrás y con ello para la fundamentación de una doble autoría (autor detrás del autor). De modo que con el criterio de la “disposición al hecho” se obtendría una mayor seguridad en el logro del resultado delictivo”⁴¹².

A) La idoneidad de la concurrencia de la disposición al hecho frente a las críticas de la autoría por organización

En lo que sigue me ocuparé, precisamente, en la idea que la elevada disposición al hecho se caracteriza por la existencia de una exclusiva motivación, para cometer los ilícitos que figuran en las acciones propias del organigrama del aparato delictivo, y una identificación o adhesión con los objetivos concomitantes de la organización. Por tanto, esto es lo que en doctrina se ha denominado como una *predisposición psicológica*, que no es más que el conocimiento, y, por tanto, la voluntad desplegada objetivamente en acciones, que tiene el autor inmediato sobre los hechos delictivos que realiza⁴¹³.

Aquel conocimiento se adquiere por la misma razón que ingresa a la organización y dispone su potencial criminal al servicio de esta, ya que si no dispusiera su conducta como parte de la organización, sería dificultoso que cometiera los actos típicos. De ahí que, se

⁴¹¹ PARIONA, *Doctrina de la disposición al hecho*, cit., p. 54.

⁴¹² Loc. cit.

⁴¹³ Véase, MEINI MÉNDEZ, IVÁN, “El dominio de la organización de Fujimori. Comentarios a la sentencia de 7 de abril de 2009 (Exp. A.v. 19-2001)”, en *La autoría mediata. El caso Fujimori*, Ara, AMBOS y MEINI (Eds.) Lima, 2010, p. 227.

puede aseverar que el ejecutor está identificado con el plan delictivo; sin embargo, los objetivos no le pertenecen sólo a él, sino a la asociación criminal de la cual forma parte. Asimismo, la asociación, desde el entendimiento dogmático, está a disposición del hombre de atrás. Por tal razón, los planes no pertenecen a él (autor mediato), sino a la organización comandada por el autor mediato; es decir, el ejecutor directo solo posee el dominio de la acción más no el dominio del hecho que recae sobre la posición de autor mediato de los mandos superiores o intermedios sea el caso.

Condensando las ideas, el autor mediato tiene a su disposición la maquinaria criminal, asimismo, los integrantes de la organización, en particular, a aquellos que ejecutan de forma directa la acción criminal; por tanto, debe contar con los ejecutores –más allá de la concurrencia o no de la fungibilidad– que ofrezcan la disposición necesaria para que la orden sea factible y efectiva por lo que tendrá más seguridad de que los hechos llegaran a concretarse tal y como planea el autor mediato en su posición suprema de jerarquía; de manera que podrá ser la disposición al hecho el criterio que permita la no existencia de la instigación, debido a que el dominio del hecho no depende del autor directo, sino de cómo se estructura, organiza, inserta y se pone al servicio de los objetivos de la agrupación⁴¹⁴.

La pretensión de estos párrafos es revelar la solvencia del criterio de la disposición al hecho como parte del esqueleto que forma el cuerpo que constituye las bases para la responsabilidad del autor mediato en aparatos organizados de poder. Si bien es cierto, no es nada pacífico su acreditación en la doctrina por ser comprendido subjetivamente –o por su aspecto psíquico–, este no deja de mostrar su eficacia a partir de una concepción diferente en base a su, también, manifestación en el plano objetivo. Lo que permite, diferenciar especialmente la autoría mediata, en su concepción moderna, de la instigación.

B) La incidencia de la naturaleza de la organización delictiva en la ejecución de la orden delictiva

⁴¹⁴ MEINI, Iván, “Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada”, en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 14, 2004, p. 262.

Entre las organizaciones criminales cabe distinguir entre aquellas que han sido desarrolladas al amparo del poder político de un determinado Estado (por ejemplo el régimen nacional-socialista Alemán del III Reich) y las organizaciones criminales que operan en contra del orden público, (las mafias, organizaciones terroristas, etc.) que debido a su fuerte estructura jerárquica y considerable número de miembros, aparecen como un sistema de injusto.

ROXIN manifiesta que la tesis de la autoría mediata no es aplicable a todo tipo de delincuencia organizada. Por ejemplo, no sería factible suponer que, simplemente, sea aplicable en una media docena de elementos asociales que se juntan para cometer hechos delictivos y elijan a uno de ellos como su jefe⁴¹⁵. Asimismo, no todas las organizaciones de estructura similar a la mafia disponen de la organización jerárquica necesaria para fundar el dominio de organización y, en ocasiones, la intercambiabilidad se ve obstaculizada. Por un lado, por el grado de especialización exigido y, por otro, debido al hecho de tratarse de pequeños grupos, generalmente ligados directa y personalmente con estrechos lazos familiares, donde todos se conocen entre sí y cuyos miembros llegan incluso a convivir⁴¹⁶. Ello no hace, sino dificultar que existan personas dispuestas a realizar el delito fuera del círculo reducido de los que pertenecen al grupo. Inclusive la fenomenología criminal de las organizaciones se ha desarrollado un esquema del tipo que manejan las empresas para sus objetivos delictuales.

En efecto, se plantean particularidades que muchas veces el derecho positivo, no precisa al momento de determinar la imputación de la responsabilidad jurídico penal de cada uno de los miembros⁴¹⁷. De este modo, la ejecución de la orden delictiva por el autor inmediato se ve afectada en determinados casos por el déficit de no contar con una organización.

⁴¹⁵ FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, cit., p.29.

⁴¹⁶ FERNÁNDEZ IBAÑEZ, *La Autoría mediata en aparatos organizados de poder*, cit., p. 112.

⁴¹⁷ MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro, "La autoría mediata: Autor detrás del autor en organizaciones criminales: Narcotráfico, paramilitares, Guerrillas y mafiosas", formato electrónico <http://www.unilibre.edu.co/dialogos/admin/upload/uploads/Articulo1.pdf>, p.5.

Más aun, la atribución de responsabilidad a los miembros de organizaciones criminales se enfrenta inevitablemente a las dificultades derivadas de su especial estructura y características, pues entra en cuestión la pregunta del cómo incide la naturaleza de la organización en la ejecución de la orden de parte del autor inmediato, lo que no puede ser respondido por las formas clásicas de comisión de delitos con intervención de varios sujetos. Complicando de este modo la tarea de determinar la responsabilidad penal de cada uno de sus miembros.

Siguiendo este esquema, la cuestión sobre el grado de influencia de la organización puede implicar en el ejecutor que este no sea responsable sólo por el hecho que comete, sino que puede entrar supuestos de ser el mismo autor o partícipe. Esto último es dado por consideraciones de la teoría subjetiva ya superada porque se mostraba inadecuada, pues en la consideración de ROXIN esta hacía quedar mermada a la seguridad jurídica, de manera que consideraba suficiente la ligera concordancia de las metas delictivas de la organización criminal para fundamentar la autoría; es decir, la diferenciación entre autoría y complicidad se hiciera depender de si alguien lleva los fines delictivos de la organización criminal hacia la base de su propio convencimiento y muestra su especial ahínco o si, por el contrario, actúa en virtud de una debilidad humana⁴¹⁸.

Es así que ROXIN estableció que el criterio para la delimitación debe ser únicamente objetivo, con la finalidad de saber el grado de influencia de la organización en la ejecución de la orden por el autor inmediato. En ese plano, el dominio de la voluntad del sujeto que esta atrás no sólo se desprende del uso de la fuerza o engaño, sino dirigiendo la organización, que se verificará en lo fáctico y en particular sobre la objetivación de la predisposición o resolución el hecho del ejecutor. En caso contrario, se correría el riesgo de ampliar en exceso los límites de la penalidad y de caer en un concepto unitario de autor, de forma que cualquier cabecilla o miembro de la organización podría ser condenado por un delito singular cometido por uno de ellos⁴¹⁹.

⁴¹⁸ HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata en Derecho penal*, cit., p. 262.

⁴¹⁹ FERNÁNDEZ IBAÑEZ, *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, cit., p. 111.

Ciertamente, esto lleva a considerar que la teoría de ROXIN es objetiva. En el sentido que no interesa el ánimo o intención que media en el sujeto para determinar si tenía o no el dominio en cuestión; lo que interesa es establecer concretamente si en la materialidad lo tenía⁴²⁰, siendo este entendimiento el fundado, es que se llega a reflexionar que la predisposición al hecho, como criterio subjetivo dentro de la teoría del dominio del hecho, es insuficiente pues debe de fundarse para su existencia y comprobación en resultados objetivos, al darse una acción cumplidora de una orden por parte del ejecutor inmediato.

Es menester entonces considerar que la predisposición al hecho sufre una diversa modificación en su contenido según la naturaleza de la organización y del mismo modo, cabe precisar que entre los ejecutores pueden perseguirse varios intereses para obedecer la orden como base a la predisposición al hecho, lo que se connota la eficacia, rapidez y rectitud en el cumplimiento de las ordenes.

C) La predisposición del autor inmediato en la ejecución de la orden delictiva

Indefectiblemente, la naturaleza propia de la organización hace que la esfera interna de los ejecutores adopte una resolución al hecho, cuyo contenido parte de las condiciones marco en las estructuras de la organización criminal⁴²¹. SCHROEDER en su excelente monografía *Der Täter hinter dem Täter* (Autor detrás del autor) manifiesta que este criterio aparece cuando la posición o influencia del sujeto de atrás sobre el instrumento equivale materialmente a la utilización de un ejecutor disculpado en virtud de una situación de

⁴²⁰ En esto hace énfasis Welzel, que insiste en que el concepto de autor aquí definido es objetivo, en el sentido de que vincula la autoría a la posesión real del dominio del hecho y a lo que agrega Maurach que precisamente esa objetividad del concepto, el dominio del hecho no puede convertirse en una noción vacía, como la de querer el hecho como propio, ya que aquella se sustenta en la real concurrencia de las particulares aportaciones al fenómeno como suceso objetivo (MÁRQUEZ, *La autoría mediata*, cit., p.9).

⁴²¹ De acuerdo con esta posición, para KAI AMBOS, este tipo de condiciones marco pueden existir especialmente en estructuras de organización de carácter estatal, empresarial o próximas a un negocio, así como en el caso de jerarquías de mando: Si en tal caso el hombre de atrás actúa en conocimiento de estas circunstancias, especialmente, si aprovecha la disposición incondicional del autor material a realizar el tipo, y si el hombre de atrás desea el resultado en cuanto consecuencias de su propio actuar, será autor mediato (MÁRQUEZ, *La autoría mediata*, cit., pp. 6 y 7).

necesidad, aunque no sea formalmente subsumible en ella⁴²², es decir, el hombre de atrás actúa conociendo esta circunstancia de la situación del ejecutor. Situación que llevará al provecho, de autor mediato, de la disposición incondicionada del ejecutor inmediato para realizar el tipo⁴²³.

No obstante, esto no significa un fuerte control sobre la voluntad ajena, pues antes que nada esta presión en cierta medida no llega al extremo de privar la libertad al subordinado⁴²⁴. Por ello, tampoco parece decisivo el control del sujeto de atrás, sino se tiene en cuenta la voluntariedad o libertad del ejecutor en el acogimiento de la influencia que otro ejerce sobre él⁴²⁵. Al respecto, BOLEA BARDÓN hace referencia a un doble presupuesto positivo que garantiza la figura del autor detrás del autor: la primera, la puesta en marcha dolosa de un proceso lesivo cuya materialización queda en manos de otro sujeto (ejecutor material) y, la segunda, al referirse que tanto el hombre de delante como el hombre de atrás realizan el mismo tipo doloso, lo que implica que la figura del autor tras el autor determina un ataque directo y mediato bien jurídico realizado a través de la decisión autónoma de otra persona⁴²⁶.

De esa forma, la predisposición al hecho, no siendo una manifestación absoluta de una libertad ciega, requiere, para su concreción, la acción típica del ejecutor, pues ante la libre decisión de este la predisposición sólo queda en lo abstracto cuando en verdad su contenido también se tiñe también de lo fáctico.

D) La relación entre la organización criminal y el ejecutor

Al momento de escribir sobre los hechos punibles cometidos en el marco de aparatos o estructuras organizadas de poder me refería a toda clase de organización que utiliza para la

⁴²² HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata en Derecho penal*, cit., p. 145.

⁴²³ FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, cit., p.70.

⁴²⁴ *Ibíd*em, p.94.

⁴²⁵ HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata en Derecho penal*, cit., p. 146.

⁴²⁶ BOLEA BARDÓN, *Autoría mediata en Derecho Penal*, cit., p. 168.

comisión de delitos un aparato de poder que cuenta con una estructura jerárquica a partir de la cual la relación que se establece entre los miembros de la organización es vertical y piramidal⁴²⁷.

Esto se materializa en una disposición jerárquica del aparato, basada en relaciones de supremacía y subordinación, pero no una subordinación basada ni en la coacción ni en el error de aquél situado en el último escalón, sino que, conviene precisar aquí en definitiva, que los ejecutores del delito no actúan por cuenta propia, sino como órgano ejecutor de la voluntad conductora de la cúpula cuya autoridad reconocen.

En términos menos complejos, el ejecutor le transmite indirectamente al hombre de atrás que quiere utilizar su libertad de decisión en un determinado sentido, que quiere someterse a él. Por tanto, se observa aquí una resolución al hecho en el ejecutor que preexiste a la comisión del hecho y, en consecuencia, la declaración incondicional sería: “¡Führer ordena, nosotros te seguimos!”⁴²⁸. En este sentido, permite confiar al sujeto de atrás, que se sienta a los mandos de la estructura organizativa compuesta por distintas instancias, en que la orden se va a cumplir sin necesidad de conocer ni de ejercer presión directa alguna sobre el ejecutor material.

En colación a lo anterior, se deduce que la figura anónima del ejecutor, extraída por ROXIN del proceso contra EICHMANN como uno de los fundamentos para el dominio por organización, queda compensada con el poder de mando del autor mediato que le otorga el puesto de dirección en la organización. Es así que el funcionamiento de la organización está en función del poder de mando y al afianzamiento de una efectiva estructura jerárquica de poder organizado. Pero ello puede encontrar mayor solidez en la existencia de determinados sujetos ejecutores predispuestos a cometer el hecho, pues esto llevará hacer solida la idea del poder de mando y de la existencia de una estructura compleja y jerarquizada.

⁴²⁷ BOLEA BARDÓN, *Autoría mediata en Derecho penal*, cit., p. 337.

⁴²⁸ PARIONA ARANA, *Doctrina de la disposición al hecho*, cit., p. 54.

En esa línea, se aprecia el dato factico, lo que determina el grado de subordinación dentro de la larga cadena de autores mediatos que se van pasando las órdenes hasta llegar a los ejecutores⁴²⁹. De esta manera, debe poder apreciarse en la estructura propia del aparato de poder un comportamiento nítidamente coordinado en vertical. Entonces con esto se puede decir que es la misma estructura lo que determina que la autoría mediata del hombre de atrás y la autoría del ejecutor se fundamentan en diferentes presupuestos. El ejecutor no ha de ser considerado instrumento en sí mismo, sino un aportante de voluntades para lograr el proyecto de la organización, y por consecuencia, su propio proyecto.

3. Toma de postura

Por todo lo expuesto, creo que la fungibilidad no es el eje central para demostrar el dominio de organización del líder de una agrupación para que este responda como autor mediato. La fungibilidad puede concurrir como no en una organización criminal, lo que la convierte en un requisito no estable para poder determinar de él la forma de responsabilidad penal.

En ese sentido, con esta observación y otras ya presentadas, la teoría de ROXIN se debilita; por eso, creo que ROXIN en los últimos años tuvo que asumir la propuesta de la disposición del hecho de SCHOERDER para aún justificar el dominio que tiene líder ante la organización, sin modificar los otros requisitos de su postura.

Ahora bien, como se ha mencionado, la organización criminal contiene un injusto propio que demuestra su alta peligrosidad para cometer cualquier y un sinnúmero de delitos. Por ello su justificación como un delito autónomo. Esta tendencia se somete, pues, a la disposición que todo el grupo tiene para cometer delitos para alcanzar los fines que se han propuesto. Ello ha sido el gran motivo para que puedan organizarse, estructurarse y permanecer en el tiempo.

⁴²⁹FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, cit., p.44.

De manera que ante el flujo propio que llevan los integrantes de la organización, la libertad de los miembros ejecutores es asumido por el núcleo de poder para así lograr juntos el proyecto pactado utilizando la comisión de delitos. Quiere decir, que es evidente la gran predisposición de todos los miembros (líderes y ejecutores) para cometer delitos, ya sea planificándolos o ejecutándolos. Con ello, se destaca que la gran disposición a cometer delitos es el eje principal de una organización criminal, lo que regula la responsabilidad de los dirigentes de la misma como autores mediatos.

La disposición a realizar los delitos a nombre de la organización es un dato objetivo, que puede acreditarse antes y después de la comisión de los ilícitos penales. De ahí que debe olvidarse todo condimento subjetivo, que en su momento recibió las críticas de la doctrina.

En general, lo pertinente para hablar de autoría mediata en una organización criminal radica en que el líder debe dominar la organización por el hecho de encontrarse en la cúspide la organización (poder de mando), empero no el dominio de los ejecutores, pues estos, forman parte de la organización por voluntad propia. Además, se debe apreciar un andamiaje organizativo, es decir, lo que caracteriza a una organización criminal, su estructura organizada, estable con vocación en el tiempo (organización jerárquica). Por último, la disposición al realizar los delitos es un dato que desde ya se comprueba al configurarse la organización (disposición al hecho)⁴³⁰.

Por último, es necesario dejarlo más claro, la conexión de obediencia por parte de los ejecutores en relación al núcleo de poder, no se da por sometimiento de voluntades, sino, todo lo contrario, por la libre puesta de voluntad de los ejecutores a cumplir con la agenda de la organización cuyo dato objetivo es la forma estructural de organización que ostenta la delincuencia organizada.

⁴³⁰ He llegado a esta decisión asumiendo la postura del Prof. MEINI en Perú, sobre la disposición al hecho en los aparatos de poder organizados y en la criminalidad organizada. Para mayor desarrollo véase: MEINI, *El dominio de la organización en Derecho penal*, cit., pp. 171 y ss.

V. INTERVENCIÓN DELICTIVA EN LA CONFIGURACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN CRIMINAL

1. Nexo funcional en la organización

La organización criminal como injusto sistémico constituido, cabe reiterar, es peligroso por su complejidad interna y su disposición a cometer delitos constantemente, según su agenda delictiva.

Aunque sólo en la doctrina española se haya encargado de este tema SILVA SÁNCHEZ, estimo no seguir la línea dogmática que desarrolla dicho penalista porque parte de la *teoría de la anticipación* para justificar la tipificación de los delitos de organización y así explicar una teoría de transferencia o adhesión respecto a la intervención delictiva de los miembros de la organización o asociación⁴³¹. Postura que he criticado líneas arriba por alejarse de un injusto propio de los delitos materia de análisis, que en este trabajo se ha admitido.

Ahora bien, en armonía con los elementos vinculantes de todos los miembros de la organización (estructura organizada y la disposición a cometer delitos por todos los miembros) los niveles de imputación e intervención delictiva tendrán que ser fijamente atados con el nexo funcional a cometer delitos a nombre de la organización a fin de no contaminar otros comportamientos que podrían ser carta blanca a la exageración de represión penal.

Es decir, la represión solo repercute en aquellos miembros activos que demuestran su apego estructural de la organización de forma objetiva y concreta, por tal razón, no podría sancionarse a los miembros pasivos, aficionados o cualquier otro que no forme parte del engranaje estructural de la maquinaria criminal. En todo caso, aquel que forme parte activamente o se adhiera a la organización cumpliendo una función interna (no neutral) que se relacione o sirva para alcanzar los fines delictivos de la organización es autor del delito

⁴³¹ SILVA SÁNCHEZ, ¿Pertenencia o intervención? Del delito de pertenencia a una organización criminal a la figura de la participación a través de organización en el delito, cit., pp. 1079 y ss.

de organización. Pero esta función necesariamente deberá estar vinculada con la disposición a cometer delitos.

Por ello mi rechazo a los arts. 570 bis y el inciso 2 del art. 571 CP, en sancionar también a los que *formen parte de la asociación* (sin ninguna función en la estructura pero quizás si en la organización), que se entiende a los que actúen pasivamente en la organización. Es una muestra de ánimos excesivos de represión penal alejada de cualquier garantía a los derechos fundamentales.

Al respecto, saludo la decisión del legislador en diferenciar los niveles de intromisión, pues, por un lado, sanciona con mayor pena a los líderes o fundadores de la organización y, por otro, a los miembros activos, con ello se respeta el principio de proporcionalidad de penas. Con ello se supera el regreso al concepto unitario de autor.

2. Intervención delictiva de los colaboradores

Dado que la decisión política legislativa española atañe a reprimir a los colaboradores de las organizaciones, creo que no hay ningún problema en sancionar a los cooperadores pero, siempre y cuando, su colaboración radique en aportar o favorecer a la configuración o sostenimiento de la organización, no para realizar delitos en concreto. Si la ayuda del colaborador se dirige a la realización de un delito a concretarse por los miembros, a nombre de la organización, será pertinente utilizar las reglas tradicionales de la participación delictiva. Por ejemplo, si el colaborador apoya con grandes sumas de dinero para el sostenimiento de la asociación, este nivel de imputación entra en los delitos de organización, pero, si un colaborador apoya con armas, logísticas para destruir un local, como el caso del asalto del Palacio de Justicia en Colombia apoyados por el cartel de Medellín, el nivel de cooperación deberá ser atendido por el resultado de los delitos, pues los niveles de represión penal serán más altos⁴³².

⁴³² CANCIO MELIÁ, *El injusto de los delitos de organización. Peligro y significado*, cit., pp. 83 y 84.

Todo lo dicho se regula con el nexo vinculante que los integrantes y colaboradores deben tener con la formación y disposición a realizar delitos de la organización. He ahí la gran delimitación que deberá sustentar todo Estado de Derecho sino anhela comprometer conductas que son adecuadas en sociedad.

Como se aprecia, aún las reglas de la intervención delictiva para los delitos de organización, en este nivel de intervención, siguen siendo útiles para la correcta aplicación de imputación.

3. Objeto de protección ante un injusto autónomo de los delitos de organización

La esfera de protección, como la teoría de los bienes jurídicos colectivos, se dirige a la expectativa que tiene los ciudadanos para cautelar el orden público. Sin embargo, hablar de orden público es hablar de un concepto abstracto y gaseoso sin limitaciones objetivas, pues toda protección penal conlleva a la búsqueda de un correcto orden público, donde se privilegia a la seguridad ciudadana o a la paz pública.

A pesar de este contenido abstracto, no cabe más que asumir al orden público como criterio general de protección en el caso de los delitos de organización, que a decir de CANCIO MELIÁ, se convierte (el orden público p paz pública) artificialmente en objeto de protección de los delitos de organización al elemento genérico que constituye el fin último de todo el Derecho penal⁴³³.

Por tal motivo, queda afinar más este concepto constitucional para librarnos de arbitrariedades o de excusas para que el legislador decrete normas simbólicas o condimentadas con excesiva punibilidad a conductas que no guardan relación con la peligrosidad que refleja la delincuencia organizada.

⁴³³ *Ibidem*, p. 59.

CONCLUSIONES

I

El análisis del derecho fundamental de asociación guarda absoluta relación con el estudio de los delitos de organización, pues a falta de una definición legal de asociación y asociación ilícita la interpretación constitucional brinda las principales características que tiene este colectivo de personas, que por su rango jerárquico deberá concordar con otras formas de interpretación en todo el ordenamiento jurídico. En ese sentido, considero que la CE reconoce diversas clases de asociaciones. En particular, lo previsto en el art. 22 CE, a mi punto de vista, sólo reconoce al derecho de asociación con rango general o común, siendo distinto a otros tipos asociativos específicos, también reconocidas en la Norma Fundamental, como los partidos políticos, sindicatos, sociedades, corporaciones, etc.

II

El marco del art. 22 CE se refiere a las asociaciones de ámbito general que se diferencian de otras porque en esta la finalidad asociativa del colectivo deberá ser de carácter no lucrativo. En cambio, en las asociaciones específicas junto al derecho que tiene toda persona a asociarse se reconocen otras libertades como la económica, empresarial, política, etc. En ese sentido, defino a la asociación (art. 22) como la unión voluntaria de varias personas físicas o jurídicas, con estabilidad mínima de organización interna y vocación de permanencia en el tiempo, cuyo fin común es no lucrativo. De ahí que se distingan los elementos principales de la asociación: a) factor colectivo, b) organización estable con permanencia en el tiempo y; c) una finalidad colectiva.

III

La delincuencia hoy por hoy es un grave problema que no solo afecta a un sólo país o región, sino que ya se ha convertido en un problema de interés mundial, debido a los efectos nocivos que dirige a la comunidad internacional. Su presencia, cada vez más

notoria, se debe a la globalización económica, que ha vivido el mundo en los dos últimos siglos, y a otros cambios mundiales (tecnológicos, políticos, etc.). Aunque mucho se ha hablado de la delincuencia organizada aún no es uniforme su definición. Para ello fue importante estudiar las principales manifestaciones de delincuencia organizada que se han presentado en el mundo, de esta forma, aparte de corroborar que es un problema mundial, se distinguieron tres tipos de delincuencia organizada. Aquellas que buscan un fin no lucrativo, las que buscan un fin lucrativo y las que buscan alcanzar fines políticos. Por todo ello, se concluye que el fin de las asociaciones es un elemento de distinción criminológica entre las diversas clases de delincuencia organizada.

IV

En efecto, en el trabajo se asume que la delincuencia organizada, como definición, es más amplia que la de criminalidad organizada, ya que, abarca al terrorismo global, la delincuencia organizada económica (es esta la que denominó criminalidad organizada) y a la delincuencia organizada sin fines lucrativos como algunas pandillas o grupos neonazis, etc. De manera que, sugiero que el combate normativo contra la delincuencia organizada debe ser único, con un solo rango de normas dirigidas directamente a todas las clases de delincuencia, dejando de lado la dispersión de leyes, que lo único que resulta es una política criminal distinta para el terrorismo y la criminalidad organizada, cuando al fin y al cabo, todas pertenecen a la delincuencia organizada.

V

Para hacer frente a la delincuencia organizada, tanto la comunidad internacional, por medio de los acuerdos internacionales, como las legislaciones nacionales, desde el campo del Derecho penal, han creado nuevos delitos de organización que tienen como características sancionar la formación de organizaciones criminales y terroristas. En ese sentido, en el trabajo se ha definido a la organización criminal como aquel conjunto de sujetos

organizados, estructurados jerárquicamente, estables con mínima permanencia en el tiempo que, como unidad colectiva, de manera concertada, busquen obtener beneficios lucrativos y no lucrativos mediante la utilización de métodos delictivos de cierta gravedad. Aclarando que lo principal para identificar a una organización criminal, y que de ahí se irradia mayor peligrosidad, es la complejidad interna que tiene y la disposición constante a cometer delitos. Delitos que sirven como método para alcanzar, proteger y fortalecer los fines que se hayan propuesto. En consecuencia, rechazo la tipificación de la finalidad de la organización criminal dentro de la redacción legal por ser, principalmente, un elemento subjetivo que lesiona el principio *cogitationis poenam nemo patitur*.

VI

En cuanto a la denominación de delitos de organización en el Código Penal español no solo se refiere a los delitos de estatus, porque también abarca a los delitos cuyo sujeto activo forme parte, necesariamente, de una organización criminal, como por ejemplo los delitos de rebelión, sedición y en algunos casos los delitos internacionales. Sin embargo, este criterio amplio no ha sido abarcado de plano en el presente trabajo, por cuestiones de tiempo y espacio, examinando sólo a los nuevos delitos de organización: organización criminal (570 bis CP), grupo criminal (570 quáter CP) y organización y grupo terrorista (art. 571) y el delito de asociación ilícita (art. 515).

VII

Para combatir a la delincuencia organizada en España estimo que no es necesario que la Política Criminal, en manos del legislador, se apoye en los presupuestos de un Derecho penal simbólico o en el Derecho penal del enemigo. Creo que este fenómeno delictivo se puede repeler desde el modelo garantista de un Derecho penal perteneciente a un Estado de Derecho, la cual frenaría arbitrariedades como sancionar cualquier conducta relacionada a la organización criminal.

VIII

Debido a que en el Código Penal, después de la reforma penal de 2010, existen delitos de organización similares, he clasificado según las interpretaciones constitucionales y por el orden (consiente e inconsciente) en el que se encuentran estos delitos, de la siguiente manera: El delito de asociación ilícita se dirige a combatir la delincuencia organizada que no tiene fines lucrativos. El delito de organización criminal enfrenta la criminalidad organizada. Por último, el delito de organización terrorista reprime la delincuencia organizada cuyo fin sea subvertir el sistema político del Estado. Tal clasificación es acorde con las penas determinadas en cada delito, que van acorde con el plus de peligrosidad que cada una de las clases de delincuencia organizada ostenta.

IX

Respecto al delito de grupo criminal en el CP (art. 570 ter) se ha señalado que este tipo penal infringe los principios de proporcionalidad de penas por sancionar con una misma escala punitiva a los autores como partícipes. Asimismo, como delito único en su especie y de carácter residual, no cumple con la disposición de combatir a la delincuencia organizada, pues no se dirige a este tipo de delincuencia, sino a la reunión de sujetos sin organización ni estructura estable. Dicha situación se sanciona con las reglas tradicionales de autoría y participación. Por último, creo que el legislador mal hizo en tipificar como delito autónomo actos previos de coautoría como, considero, que es este tipo penal, demostrando una sobredosis de punición.

X

En relación al delito de organización y grupo terrorista se advierte, de igual modo, exceso de represión al tipificar los grupos terroristas cuando, la delincuencia terrorista

(organizada) no admite este supuesto. En ese orden de cosas, defino a la delincuencia organizada terrorista como la delincuencia cometida por los miembros de una organización, estructurada, estable y con permanencia en el tiempo que utilicen métodos violentos-delictivos reiterados e indiscriminada, dirigidos a destruir las bases del Estado, lesionando especialmente bienes jurídicos personalísimos (subvertir el sistema político) para así cumplir con su programa político.

XI

Para justificar la tipificación de los delitos de organización como delitos autónomos en el Código Penal he asumido que este ilícito penal lleva consigo un injusto propio, que consiste en un sistema de injusto constituido conforme enseña LAMPE. De este modo, no es necesario esperar a que la organización concrete los delitos proyectados para que recién actuara el Derecho penal, ya que, la propia conformación de la organización infringe el orden público de una sociedad. Asimismo, en caso la organización criminal o terrorista concrete su agenda criminal se podrá imputarle dos injusto, compartiendo la posición de ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, una por la conformación de consorcio criminal y, la otra, por los delitos ejecutados.

XII

La conclusión anterior me ha dirigido a examinar la intervención delictiva en dos planos distintos. La primera, cuando la organización aún no haya ejecutado los delitos planificados. La segunda, cuando la organización haya cometido los delitos proyectados. En el último caso, las reglas de autoría y participación se verán someramente modificadas para responsabilizar penalmente al líder de la organización cuando ordene los delitos a cometer sin que haya participado en la ejecución. En ambos casos se imputa a los miembros de la organización, no a la organización como ente colectivo propio, dado que, el

ordenamiento jurídico español no ha reconocido personalidad propio a las organizaciones criminales, excepto si a las personas jurídicas con tendencia a lo criminal.

XIII

En ese aspecto, se ha concluido que la fórmula, en armonía con la estructura de una organización y la valoración de peligrosidad que irradia, para responsabilizar al líder de una organización criminal es la teoría de la disposición al hecho. Para ello se ha demostrado que son tres los requisitos a fijar: a) la organización debe contar con un poder de mano; b) debe ser una organización jerárquica y; c) que todos los miembros de la organización se encuentren dispuestos a cometer delitos a nombre de la organización en cualquier momento.

XIV

En cuanto a la intervención delictiva en la configuración de la organización criminal la sanción penal deberá recaer, exclusivamente, en los miembros que formen parte de la estructura de la organización, es decir, que tengan relación con el nexo funcional a estar dispuestos a cometer delitos por la organización. De igual modo, el comportamiento de los partícipes sólo deberá radicar en la ayuda o colaboración que hagan respecto al sostenimiento de la conformación de la organización, más no, en el apoyo para ejecutar delitos, ya que, para ello, existen las reglas de autoría y participación.

XV

Los delitos de organización tienen como esfera de protección, la expectativa que tienen los ciudadanos para cautelar el orden público. Sin embargo, hablar de orden público es hablar de un concepto abstracto y gaseoso sin limitaciones objetivas, pues toda protección penal

conlleva a la búsqueda de un correcto orden, donde se privilegie a la seguridad ciudadana o a la paz pública. Pero a pesar de estas observaciones, los delitos de organización no tienen más que cautelar el correcto desenvolvimiento del orden público de una sociedad.

BIBLIOGRAFIA UTILIZADA

- AMBOS, Kai, *Aproximación a la problemática de la criminalidad organizada*, Editorial CCS, Madrid, 1992.
 - *Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*, trad. CANCIO MELIÁ, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.
 - “Responsabilidad penal individual en el Derecho penal supranacional”. Un análisis jurisprudencial. De Nuremberg a La Haya”, en *RP*, N°7, 2001.
 - “Trasfondos políticos y jurídicos de la sentencia contra el ex presidente peruano Alberto Fujimori”, en *La autoría mediata. El caso Fujimori*, Ara, trad. TARAPUÉS SANDINO, Lima, 2010.
- AMBOS, Kai y MEINI, Iván (Coords.), *La autoría mediata. El caso Fujimori*, Ara, Lima, 2010.
- ANZIT GUERRERO, Ramiro, “Maras, clicas o pandillas en Centroamérica y México”, en *Revista electrónica Archivos de Criminología, Criminalística y Seguridad Privada*, Vol. X, Enero-julio 2003.
- ATEHORTÚA CRUZ, Adolfo L., y ROJAS RIVERA, Diana M., “El narcotráfico en Colombia. Pioneros y capos”, en *Revista Historia y Espacio* N° 31, Universidad del Valle, 2008.

- AA. VV., *Criminalidad organizada. Actas preparatorias de la Sección Española de la Asociación Internacional de Derecho Penal*, Universidad de Castilla-La Mancha, Almagro, 1999.
- ANARTE BORRALLO, Enrique, “Conjeturas sobre la criminalidad organizada”, en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, FERRRÉ OLIVÉ y ANARTE BORRALLO (Eds.), Universidad de Huelva, Huelva, 1999, pp. 13 – 57.
- BACIGALUPO, Enrique, *La noción de autor en el Código penal*, Ciudad, 1965.
- BACIGALUPO, Silvina, *Autoría y participación en los delitos de infracción del deber*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- BANACLOCHE PALAO, Julio, ZARZALEJOS NIETO, Jesús y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, La Ley, Madrid, 2011.
- BARBA ÁLVAREZ, Rogelio, “La criminología en el estudio de la delincuencia organizada”, en *Cuadernos de Política Criminal*, N° 75 – 2001.
- BECK, ULRICH, *¿Qué es la globalización?, falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Paidós, Barcelona, 1998.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *Viejo y nuevo Derecho penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy*, Iustel, Madrid, 2012.
- BERMEJO VERA, José, “La dimensión constitucional del derecho de asociación”, en *Revista de Administración Pública*, N° 136, Ene-Abr 2005.

- BLANCO CORDERO, Isidoro, “Criminalidad organizada y mercados ilegales”, en *Eguzkilore – Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología*, N° 11 - 1997, San Sebastián, pp. 213-231.
 - “Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la Ley penal en el espacio”, en *Revista Penal* N° 6 - 2000.
 - *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, 2002.
- BOEMI, Salvatore, “La ‘ndrangheta: Origen, naturaleza y ramificaciones en la economía del Tercer Milenio”, en *Mafia, ‘ndrangheta, Camorra. En los entresijos del poder paralelo*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2003.
- BOLEA BARDÓN, Carolina, *Autoría mediata en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, “Asociaciones y organizaciones criminales. Laös disfunciones del art. 515.1º CP y la nueva reforma penal”, en *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La Política Criminal europea*, ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 725-758.
- BUENO ARÚS, Francisco, “Política judicial común en la lucha contra la criminalidad organizada”, en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, FERRRÉ OLIVÉ y ANARTE BORRALLA (Eds.), Universidad de Huelva, Huelva, 1999, pp. 59-83.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001.

- « ¿Crisis del lado subjetivo del hecho?», en *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, LÓPEZ BARJA DE QUIROJA y ZUGALDÍA ESPINAR (Coord.), T. II, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 57-78.
 - *Los delitos de terrorismo: Estructura típica e injusto*, Reus, Madrid, 2010.
 - “Delitos de organización: Criminalidad organizada común y delitos de terrorismo”, en *Estudios sobre las reformas del Código Penal. Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (Dir.), Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2011, pp. 643-670.
- CANCIO MELIÁ, Manuel y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. 1, BdeF, Buenos Aires-Montevideo, 2006.
 - CANCIO MELIÁ, Manuel y SILVA SÁNCHEZ, Jesús, *Delitos de organización*, BdeF, Buenos Aires-Montevideo, 2008.
 - CASTEX, Francisco, “¿Es la asociación ilícita un delito de lesa humanidad?”, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Feb-2006, D’ALESSIO y BERTOLINO (Dirs.), Buenos Aires, pp. 211-229.
 - CATANZARO, Raimondo, *El delito como empresa. Historia social de la mafia*, Taurus Humanidades, trad. María Luisa Rodríguez Tapia, Madrid, 1992.
 - CHOCLÁN MONTALVO, José, *La organización criminal. Tratamiento penal y procesal*, Dykinson, Madrid, 2000.
- “La criminalidad organizada. Concepto. La asociación ilícita. Problemas de autoría y participación”, en *La criminalidad organizada. Aspectos*

sustantivos, procesales y orgánicos, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2001, pp. 217-267.

- CÓRDOBA RODA, Juan y GARCÍA ARÁN, Mercedes (Dirs.), *Comentario al Código Penal. Parte especial*, T. II, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004.
- CORNEJO, Abel, *Asociación ilícita y delitos contra el orden público*, 2da ed., Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2010.
- DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, “Criminalidad organizada y nuevas tecnológicas: Algunas consideraciones fenomenológicas y político-criminales”, en *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2011.
- DE FIGUEIREDO DIAS, Jorge, “Autoría y participación en el dominio de la criminalidad organizada: “El dominio de la organización””, en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, FERRÉ OLIVÉ y ANARTE BORRALLO (Eds.), Universidad de Huelva, Huelva, 1999, pp. 99-107.
- DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luís y GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, Andrea, *Crimen.org*, Ariel, Barcelona, 2010.
- DE LIMA GETE, Blanca Olías, *La libertad de asociación en España (1868-1974)*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1977.
- DEN BOER, Mónica, “La cooperación para la aplicación de la ley y crimen transnacional organizado en Europa”, en *Crimen transnacional y seguridad internacional. Cambio y continuidad*, BERDAL y SERRANO (Compiladores), Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2005, pp. 160-180.

- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *La autoría en Derecho penal*, Barcelona, PPU, 1991.
 - “Asociación ilícita”, en *Enciclopedia básica penal*, LUZÓN PEÑA (Dir.), Comares, Granada, 2002.
 - “Autoría y participación”, en *Revista de Estudios de Justicia*, N° 10-2008, Santiago de Chile.
 - “Tendencias jurisprudenciales en la exigencia de responsabilidad a los superiores por hechos de los subordinados, en *Revista Huellas*, N° 72, Julio 2011, Bogotá, pp. 180-200.

- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís, *Política criminal y Derecho penal. Estudios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

- DONNA, Edgardo, *La autoría mediata y participación criminal*, Comares, Granada, 2008.

- EDUARDO ABOSO, Gustavo, *Los límites de la autoría mediata*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2012.

- ESCUELA DEL PODER JUDICIAL, *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Consejo del Poder Judicial, Madrid, 2001.

- FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A., “Criminalidad organizada”, en *El nuevo Código Penal: Primeros problemas de aplicación*, GUTIÉRREZ FRANCÉS y SÁNCHEZ LÓPEZ (Coords.), Universidad de Salamanca, Salamanca, 1997, pp.169 – 182.

- FALCONE, Giovanni, *Cosas de la Cosa Nostra*, Barataria, trad. IZQUIERDO, Barcelona, 2006.

- FARALDO CABANA, Patricia, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
 - *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código Penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Límites de la participación criminal ¿Existe una prohibición de regreso como límite general del tipo en derecho penal?*, Comares, Granada, 1999.
- FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Eva, *La autoría mediata en aparatos de poder*, Comares, Granada, 2006.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El sistema constitucional español*, Dykinson, 2ª reimpresión, Madrid, 1997.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 9na ed., traducción por ANDRÉS IBÁÑEZ y otros, Trotta, Madrid, 2009.
- FOFFANI, Luigi, “Criminalidad organizada y criminalidad económica: La experiencia italiana”, en *El derecho penal del siglo XXI. Homenaje al Doctor Manuel Rivacoba y Rivacoba*, ZAFFARONI (Dir) y TERRAGNI (Coord.), Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2005, pp. 943–967.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, 13ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.
- FRISCH, W, *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Trad. de la edición alemana de 1988 CUELLO CONTRERAS y SERRANO GONZÁLES DE MURILLO, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004.

- GALAIN PALERMO, Pablo y ROMERO SÁNCHEZ, Angélica, “Criminalidad organizada y reparación. Hacia una propuesta político-criminal que disminuya la incompatibilidad entre ambos conceptos”, en *Universitas Vitae. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, PÉREZ ÁLVAREZ, F. (Ed), Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2007, pp. 245-278.
- GARCÍA DEL BLANCO, Victoria, *La coautoría en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
 - “Criminalidad organizada: organizaciones y grupos criminales”, en MEMENTO EXPERTO, *Reforma penal 2010. Ley Orgánica 5/2010*, Ediciones Francis y Taylor, Madrid, 2010.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*, Bosch, Barcelona, 1977.
- GARCÍA RIVAS, Nicolás, “Organizaciones y grupos criminales”, en *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, ÁLVAREZ GARCÍA y GONZÁLEZ CUSSAC (Dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 503-520.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice en Derecho penal*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2006.
 - “Terrorismo común y terrorismo de Estado”, en *Estado de Derecho y Ley penal*, La Ley, Madrid, 2009.
- GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, Andrea, REQUENA ESPADA, Laura y DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis, “¿Existe un perfil de delincuente organizado? Exploración a partir de una muestra española”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 13-03 (2011).

- GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, Colex, Madrid, 2004.
- GÓMEZ JARA-DIEZ, Carlos, *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- GÓMEZ MONTORO, Ángel J., *Asociación, Constitución, Ley. Sobre el contenido constitucional del derecho de asociación*, Tribunal Constitucional de España, Madrid, 2004.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José, “La reforma permanente: clima de miedo, pensamiento impecable y derechos mínimos”, en *Comentarios a la reforma penal de 2010*, ÁLVAREZ GARCÍA y GONZÁLEZ CUSSAC (Dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- GONZÁLEZ RUS, J. J, “Autoría única inmediata, autoría mediata y coautoría. Problemas de autoría”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.
- GORRITI, Gustavo, *Sendero. Historia de la guerra milenaria en el Perú*, 3ª ed., Planeta, Lima, 2012.
- GORRIZ ROYO, Elena, *El concepto de autor en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- GRANADA, Camilo, “La OEA y el crimen transnacional organizado”, en *Crimen transnacional y seguridad internacional. Cambio y continuidad*, BERDAL y SERRANO (Comps), Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2005.
- GRANADOS PÉREZ, Carlos, “Comentarios al arts. 517 y 518”, en *Comentarios al Código Penal*, T. V, CONDE PUMPIDO Dir.) y LÓPEZ BORJA DE QUIROGA (Coord.), Bosch, Barcelona, 2007, pp. 3411 – 3413.

- GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M^a, *La responsabilidad penal del coautor. Fundamentos y límites*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, Faustino (Dir.), *La criminalidad organizada ante la justicia*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1986.
- GUZMÁN DALBORA, José Luís, “Objeto jurídico y accidentes del delito de asociaciones ilícitas”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2^a Época, N° 2 (1998), Universidad Nacional de Educación a Distancia, pp. 153 - 207.
- HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.
- HASSEMER, Winfried, “Rasgos y crisis del Derecho penal moderno”, en *ADPCP*, T. 57, Fasc. /Mes 1,1992.
- HERNÁNDEZ PLASENCIA, Ulises, *La autoría mediata en Derecho penal*, Comares, Granada, 1996.
- HOBBS, Thomas, *Leviatán*, Editorial Nacional, edición preparada por MOYA y ESCOHOTADO, Madrid, 1980.
- IBORRA LIMORTE, José Antonio, *El origen del derecho de asociación política en España*, Universidad de Valencia, Valencia, 1974.
- JAKOBS, Gunther, *La competencia por organización en el delito omisivo*, Traducción de PEÑARANDA RAMOS, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995.
 - *Injerencia y dominio del hecho*, Traducción de CANCIO MELIÁ, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.

- *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Traducción de CANCIO MELIÁ, Civitas, Madrid, 1996.
 - *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Trad. de CUELLO CONTRERAS y SERRANO GONZALEZ DE MURILLO, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997.
 - *Estudios de Derecho penal*, Traducción de PEÑARANDA RAMOS, SUÁREZ GONZÁLEZ y CANCIO MELIÁ, Civitas, Madrid, 1997.
 - “La normativización del Derecho penal en el ejemplo de la participación”, Traducción de CANCIO MELIÁ, en *Modernas tendencias del Derecho penal y en la criminología*, UNED, Madrid, 2001.
 - *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Traducción de CANCIO MELIÁ y FEIJOO SÁNCHEZ, Thomson-Civitas, Madrid, 2003.
- JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.
 - JESCHECK, H., WEINGED, T, *Tratado de Derecho penal. Parte General*, Traducción de la 5ª ed. alemana por Miguel Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2002.
 - JOSHI JUBERT, Ujala, “Sobre el concepto de organización en el delito de tráfico de drogas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero 1995, ponente Excmo. Sr. Bacigalupo)”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1995, pp. 657-683.
 - KAPLAN, David, *La mafia japonesa*, Ediciones B, Barcelona, 1989.

- KONG CHU, Yiu, “Las tríadas globales: ¿Mito o realidad?”, en *Crimen transnacional organizado y seguridad internacional. Cambio y continuidad*, BERDAL y SERRANO (Compiladores), Fondo Cultural económica, México D.F., 2005, pp. 274-290.
- KÖPPEL, Thomas y SZÉKELY, Agnes, “Crimen transnacional organizado y conflicto en los Balcanes”, en *Crimen transnacional organizado y seguridad internacional. Cambio y continuidad*, Berdal y Serrano (Compiladores), Fondo Cultural económica, México D.F., 2005, pp. 196-2012.
- LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985.
- LAMPE, Ernst-Joachim, “Injusto del sistema y sistema del injusto” en *La dogmática jurídico penal entre la ontología social y el funcionalismo*, Griley, Lima, 2003.
- LESCH, Heiko, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995.
- LLOBET ANGLÍ, Mariona, *Derecho penal del terrorismo. Límites de su punición en un Estado democrático*, La Ley, Madrid, 2010.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, “Posición de la Unión Europea sobre el crimen organizado”, en *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2001, pp. 113-143.
- LÓPEZ PEREGRÍN, M. C, *La complicidad en el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- LÓPEZ RODRÍGUEZ, Víctor, *El derecho de asociación*, Panorama 80, Madrid, 1983.

- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Enrique, *El derecho de asociación*, Tecnos, Madrid, 1996.
- LUZÓN PEÑA, Diego, “Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente: valoración de las aportaciones causales (Comentario a la STS 27 de enero de 1984)”. En *Derecho penal de la circulación*, Bosch, Barcelona, 1985.
- MAGAZ ÁLVAREZ, Ricardo [Coord.], *Criminalidad y Globalización. Análisis y estrategias ante grupos y organizaciones al margen de la ley*, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado – UNED, Madrid, 2012.
- MAÑALICH R., Juan Pablo, “Organización delictiva. Bases para su elaboración dogmática en el Derecho penal chileno”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 38, N° 2, 2010, pp. 279-310.
- MARTELL PÉREZ-ALCALDE, Cristóbal y QUINTERO GARCÍA, Débora, “De las organizaciones y grupos criminales (arts. 570bis, 570ter y 570quater)”, en *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, QUINTERO OLIVARES (Dir.), Aranzadi-Thomson Reuters, Madrid, 2010, pp. 357-367.
- MARTÍN HUERTAS, Ascensión, *El contenido esencial del Derecho de asociación*, Congreso de Diputados – España, Madrid, 2009.
- MEDINA ARIZA, Juan J., “Una introducción al estudio criminológico del crimen organizado”, en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, FERRÉ OLIVÉ y ANARTE BORRALLA (Eds.), Universidad de Huelva, Huelva, 1999, pp. 109-134.
- MEINI MÉNDEZ, *El dominio de la organización en Derecho penal*, Palestra, Lima, 2009.

- MEJÍA QUINTA, Óscar, “Cultura política mafiosa en Colombia”, en *Revista Ciencia Política* N° 10, Universidad Nacional de Colombia, Julio-Diciembre 2010.
- MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina, “La lucha contra la delincuencia organizada: Comentario a la Decisión Marco 2008/841”, en *Revista General de Derecho Europeo*, N° 18 – 2009.
- MENDOZA ESCALANTE, Mijael, “El derecho fundamental de asociación”, en *JuS Constitucional*, N° 7, Lima, 2008.
- MONTOYA, Mario, *Mafia y crimen organizado*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004.
- MORÁN RUBIO, José Luis, “Tráficos ilícitos: Especial referencia a materiales de doble uso”, en *Criminalidad y globalización. Análisis y estrategias ante grupos y organizaciones al margen de la ley*, MAGAZ ÁLVAREZ (Coord.), Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, Madrid, 2012.
- MORENO Y BRAVO, Emilio, *Autoría en la doctrina del Tribunal Supremo. Coautoría, autoría mediata y delitos impropios de omisión*, Dykinson, Madrid, 1997.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, “Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada”, en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, FERRÉ OLIVÉ y ANARTE BORRALLO (Eds.), Universidad de Huelva, Huelva, 1999, pp. 151-159.
 - *Derecho penal. Parte especial*, 18ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- OCHOA ROMERO, Roberto, “Reflexiones en torno al concepto de delincuencia organizada y sobre algunas organizaciones criminales actuales”, en *Revista de*

Derecho Penal Contemporáneo – Revista internacional, N° 21, oct – dic 2007, Bogotá, pp. 63-84.

- PALAZO, Francesco, “La mafia hoy: Evolución criminológica y legislativa”, en: *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, FERRÉ OLIVÉ y ANARTE BORRALLA (Eds.), Universidad de Huelva, Huelva, 1999, pp. 161-175.

- PARIONA ARANA, Raúl, “El autor detrás del autor”, en *Autoría mediata por organización. Consideraciones sobre su fundamentación y aplicación*, Grijley, PARIONA ARANA, Lima, 2009.
 - “La doctrina de la disposición al hecho. ¿Fundamento de la autoría mediata en virtud de dominio por organización?”, en *Autoría mediata por organización. Consideraciones sobre su fundamentación y aplicación*, Grijley, PARIONA ARANA, Lima, 2009.

- PEÑARANDA RAMOS, Enrique, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, Tecnos, Madrid, 1990.

- PEÑARANDA RAMOS, SUAREZ GONZÁLEZ y CANCIO MELIÁ, *Un nuevo sistema del Derecho penal. Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Jakobs*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.

- PÉREZ ALONSO, Esteban, *La coautoría y la complicidad necesaria en Derecho penal*, Comares, Granada, 1998.

- PÉREZ ESCALONA, Susana, *El derecho de asociación y las asociaciones en el sistema constitucional español*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007.

- POLAINO-ORTS, Miguel, “Organizaciones y grupos criminales: Nuevos perfiles de su combate penal”, en *El Derecho penal ante la criminalidad de núcleo duro*, JAKOBS, POLAINO NAVARRETE y POLAINO-ORTS, Contexto, Resistencia-Chaco, 2011, pp. 79-101.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Los delitos especiales y la teoría de la participación*, Cymys, Barcelona, 1974.
 - “La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita”, en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, FERRÉ OLIVÉ y ANARTE BORRALLA (Eds.), Universidad de Huelva, Huelva, 1999, pp. 177-190.
- ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2003.
 - *Garantes y cómplices*, Atelier, Barcelona, 2007.
- RODRÍGUEZ MOURILLO, G, *El autor mediato en Derecho penal español*, en ADPCP, 1969.
- ROJAS SÁNCHEZ, Gonzalo, *Los derechos políticos de asociación y reunión en España contemporánea (1811-1936)*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1981.
- ROSSEAU, J., *El contrato social*, Espasa-Calpe, Madrid, 1981.
- ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, T. I, traducción de LUZÓN PEÑA, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y DE VICENTE REMESAL, Civitas, Madrid, 1997.

- “Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada”, en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, FERRÉ OLIVÉ y ANARTE BORRALLA (Eds.), Universidad de Huelva, Huelva, 1999, pp. 191-198.
 - *Autoría y dominio del hecho*, Traducción de la 7ª edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 2000.
 - “El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 2006, Santiago de Chile, pp. 11-22.
 - “Dominio de la organización y resolución al hecho”, en *Teoría del delito en la discusión actual*, ROXIN, Grijley, Lima, 2007, pp. 513-534.
 - “Apuntes sobre la Sentencia-Fujimori de la Corte Suprema de Perú”, en *La autoría mediata. El caso Fujimori*, AMBOS y MEINI (Eds.), Ara, Lima, 2010.
- SALAZAR J., Alonso, *La parábola de Pablo*, 2ª ed., Planeta, Bogotá, 2001.
 - SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Dykinson, Madrid, 2008.
- “Función político-criminal del delito de asociación para delinquir: Desde el Derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado”, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: in memoriam*, ARROYO ZAPATERO y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (COORDS.), Vol. 2, 2001, pp. 645-682.

- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid, 2002.
- SAVIANO, Roberto, *Gomorra. Un viaje al imperio económico y al sueño de poder de la Camorra*, 8va ed., Traducido por CLAVEL y RAMOS, Debate, Barcelona, 2008.
- SCHROEDER, F. -Ch, “Disposición al hecho versus fungibilidad”, en *La autoría mediata. El caso Fujimori*, Ara, trad. MEINI, Lima, 2010.
- SCHNEIDER, Hans Joachim, “Recientes investigaciones criminológicas sobre la criminalidad organizada”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 3 – 1993, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, pp. 723-745.
- SESSANO GOENAGA, J. C., “Responsabilidad penal por organización y responsabilidad institucional”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2006.
- SERRANO, Mónica y TORO, María Celia, “Del narcotráfico al crimen transnacional organizado en América Latina”, en *Crimen transnacional organizado y seguridad internacional. Cambio y continuidad*, BERDAL y SERRANO (Comps.), Fondo Cultural económica, México D.F., 2005, pp. 233-273.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús, “La responsabilidad penal de las persona jurídicas y las consecuencias accesorias del Art. 29 del Código Penal, en *Derecho penal económico*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.
 - *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2001.
 - “¿Pertenencia o intervención? Del delito de pertenencia a una organización criminal a la figura de la participación a través de organización en el delito”,

en Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 1069-1096.

- *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., BdeF, Buenos Aires, 2010.
- SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto, *Autoría*, 3ª ed., Universidad Externado de Colombia, Lima, 2007.
- TALÉNS CERVERÓ, María Nieves, “El terrorismo yihadista”, en *Criminalidad y globalización. Análisis y estrategias ante grupos y organizaciones al margen de la ley*, MAGAZ ÁLVAREZ (Coord.), Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, Madrid, 2012
- VLASSIS, Dimitri, “La Convención de Naciones Unidas Contra el Crimen Transnacional Organizado”, en *Crimen transnacional organizado y seguridad internacional. Cambio y continuidad*, BERDAL y SERRANO (Compiladores), Fondo de Cultura Económica, Mexico D.F., 2005.
- YACOBUCCI, Guillermo [Coord], *El crimen organizado. Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización*, Depalma, Buenos Aires, 2005.
- ZIFFER, Patricia, *El delito de asociación ilícita*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Política criminal*, Colex, Madrid, 2001.
- “Redes internacionales y criminalidad: A propósito del modelo de ‘participación en organización criminal’”, en *El Derecho penal ante la globalización*, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, MÉNDEZ RODRÍGUEZ y DIEGO DÍAZ SANTOS (Coords.), Colex, Madrid, 2002, pp. 51-71.

- “Criminalidad organizada, Derecho penal y sociedad. Apuntes para el análisis”, en *El desafío de la criminalidad organizada*, SANZ MULAS (Coord.), Comares, Granada, 2006, pp. 39-68.

- *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, Comares, Granada, 2009.

- *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, 3ª ed., Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2009.