



***EL DELITO DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL:
FUNDAMENTOS DE RESPONSABILIDAD
Y SANCIONES JURÍDICAS***

**Tesis Doctoral que presenta el Doctorando
ALRI ZURITA GUTIÉRREZ
para la obtención del Grado de Doctor en Derecho
por la Universidad de Sevilla
bajo la dirección del
Prof. Dr. *Dr. h. c. mult.* MIGUEL POLAINO NAVARRETE**

**Universidad de Sevilla
Curso 2016/2017**

“Cada época escribe la Historia de nuevo.
Nada es de extrañar, pues, que cada época
deba escribir de nuevo su Ciencia jurídica”.

(RADBRUCH, Gustavo, *Filosofía del Derecho*,
4ª ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, pág. 61.)

ABREVIATURAS

AA.VV	Autores Varios
ADP	Anales de Derecho Penal
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
AIDP	Asociación Internacional de Derecho Penal
CAEI	Centro Argentino de Estudios Internacionales
Cfr.	Confróntese
Coord.	Coordinador
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CP	Código Penal
Dir.	Director
DL	Decreto Ley
ed.	Edición
ed al.	Y otros
GAPP	Gestión de Análisis de Políticas Públicas
Idem	El mismo
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
nº / núm.	Número
OEA	Organismo de Estados Americanos
OCTA	Organised Crime Threat Assessment
ONUDC	Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito
Op. cit.	En la obra citada
RAP	Revista de Administración Pública
RCEC	Revista del Centro de Estudios Constitucionales
RCSP	Revista Catalana de Seguretat Pública
RDP	Revista de Derecho Penal

RDPC	Revista de Derecho Penal y Criminología
RECPC	Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología
REDA	Revista Española de Derecho Administrativo
REI	Revista de Economía Institucional
REIS	Revista Española de Investigación Sociológica
REP	Revista de Estudios Penitenciarios
RERI	Revista Española de Relaciones Internacionales
RGDA	Revista General De Derecho Administrativo
RGDP	Revista General de Derecho Penal
RVAP	Revista Vasca de Administración Pública
StGB	Strafgesetzbuch
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
UE	Unión Europea
UNISCI	Unidad de Investigación sobre la Seguridad y la Cooperación Internacional
v.gr.,	Por ejemplo
Vid.	Ver
vol.	Volumen

ÍNDICE

CAPÍTULO I

MARCO CRIMINOLÓGICO Y POLÍTICO-CRIMINAL DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA: UNA APROXIMACIÓN

I.-	Fenómeno de la delincuencia organizada	21
II.-	Relevancia y difusión en el mundo actual	27
	A) Naciones Unidas	29
	B) Unión Europea	30
	C) Evolución del delito de organización criminal en España	37
III.-	Importancia de la organización dentro del Estado desde la óptica sociológica	45
IV.-	Medios que utiliza la criminalidad organizada	48
V.-	Paradigmas estructurales de la criminalidad organizada	52
	A) Estructura jerárquica	53
	B) Estructura horizontal	54
	C) Estructura celular o de red y de estructura fluida	55
VI.-	Tipos de mafias	56
	A) La mafia italiana	57
	1) <i>La camorra</i>	59
	2) <i>La 'Ndrangheta</i>	60
	3) La mafia siciliana	60
	B) La mafia japonesa	62
	C) Las triadas chinas	63
	D) La mafia rusa	64
VII.-	Campo de acción delictiva del crimen organizado	65
	A) Tráfico de drogas y estupefacientes	70

B)	Tráfico de armas	74
C)	Blanqueo de capitales	78
D)	Trata de seres humanos	86

CAPÍTULO II

DELIMITACIÓN NORMATIVA DEL CONCEPTO DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL

I.-	Definiciones en Derecho internacional	93
	A) Naciones Unidas y Unión Europea	93
	B) Contraste del concepto de organización criminal de los organismos internacionales con el del Derecho español	96
	C) Cuadro comparativo	98
II.-	Nociones en el ámbito del Derecho comparado	100
III.-	Determinación del concepto normativo de organización criminal	106
IV.-	La organización criminal en sentido amplio y en sentido estricto	114
V.-	Criterios jurisprudenciales para delimitar el concepto típico de organización criminal	117
	A) Jurisprudencia anterior a la Reforma de 2010	117
	B) Jurisprudencia tras la Reforma penal de 2010	124
	C) Toma de postura	127

CAPÍTULO III

ANÁLISIS COMPARATIVO DE LAS ASOCIACIONES ILÍCITAS, GRUPOS CRIMINALES Y ORGANIZACIONES CRIMINALES

TRAS LA REFORMA DE 2010

I.-	Introducción	131
II.-	Delito de asociaciones ilícitas y delito de organización criminal	132

A)	Problemática interpretativa de delimitación entre asociaciones ilícitas y organización criminal	132
B)	Tipos de asociaciones ilícitas (art. 515 CP)	136
1)	Asociaciones que se constituyen para cometer algún delito o que una vez constituidas promuevan su comisión (art. 515.1º)	136
2)	Asociaciones que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias (art. 515.4º)	141
3)	Asociaciones que empleen medios violentos o alteración o control de la personalidad (art. 515.2º)	143
4)	Organizaciones paramilitares (art. 515.3º)	149
C)	Observaciones críticas en torno a las diferencias entre la asociación ilícita y la organización criminal	152
III.-	El nuevo tipo de grupo criminal (art. 570 <i>ter</i> CP)	156
A)	Puntos convergentes entre la organización criminal y el grupo criminal	159
1)	Naturaleza delictiva	160
2)	Pluralidad de personas	162
3)	Finalidad delictiva	164
B)	Elementos diferenciadores entre organizaciones criminales y los grupos criminales	165
1)	El carácter estable o tiempo indefinido	168
2)	Reparto de roles o división de trabajo	171
3)	Toma de postura	174
C)	Delimitación del grupo criminal y la codelincuencia	177
D)	Diferencia entre grupo criminal y conspiración	181
E)	Toma de postura	185
IV.-	La no exigencia del lucro económico como factor motivante de la organización criminal	186

CAPÍTULO IV
CONDUCTA TÍPICA DE LA ORGANIZACIÓN CRIMINAL
Y CRITERIOS DE IMPUTACIÓN OBJETIVA

I.-	Configuración legal de la organización criminal (art. 570 <i>bis</i> CP)	189
II.-	Modalidades alternativas de la conducta típica de la organización criminal	191
	<i>A)</i> Promoción	191
	<i>B)</i> Constitución	194
	<i>C)</i> Organización y coordinación	196
	<i>D)</i> La figura del director	198
	<i>E)</i> Integración o pertenencia	201
	<i>F)</i> Cooperación	208
III.-	Fundamentos de imputación penal	214
	<i>A)</i> El sentido comunicativo de los roles sociales	214
	1) El sentido normativo del concepto de persona	215
	2) El reconocimiento del rol social	217
	3) Tipos de roles	222
	3.1) Rol común	223
	3.2) Roles especiales	225
	<i>B)</i> Efecto del quebrantamiento de las expectativas normativas	226
	<i>C)</i> Configuración de la autoexclusión potestativa	229
IV.-	Principios de imputación en los delitos de organización criminal	232
	<i>A)</i> Riesgo permitido	234
	<i>B)</i> Principio de confianza	240
	<i>C)</i> Prohibición de regreso y las conductas neutrales	243
	1) Teorías objetivas puras	252
	2) Teorías mixto-objetivas	257
	3) Teorías mixto-subjetivas	259
	4) Puntualizaciones	262

D)	¿Imputación a la víctima en los delitos de organización criminal?	263
----	---	-----

CAPÍTULO V

ESTRUCTURA DEL INJUSTO Y OBJETO DE PROTECCIÓN EN EL TIPO DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL

I.-	El paradigma de la organización criminal como injusto sistémico	271
A)	La perspectiva del injusto sistémico de <i>Lampe</i> aplicado a la organización criminal	272
B)	Potencial lesividad de la organización criminal	276
C)	Cualidad autopoiética de la organización criminal	279
II.-	Organización criminal y su estructura delictiva	283
A)	La organización criminal como injusto sistémico autónomo	286
B)	La organización como injusto derivado o anticipado	288
C)	Toma de postura	290
III.-	Características típicas de la criminalidad organizada	291
A)	La agrupación de tres o más personas	293
B)	El carácter estable o el tiempo indefinido	299
C)	La finalidad delictiva	301
IV.-	La organización criminal como tipo de delito subjetivamente configurado	303
A)	Elementos subjetivos del injusto	303
B)	Su diferenciación del dolo	305
C)	Categoría típica de los delitos de intención	308
1)	Delitos intencionales de resultado cortado	312
2)	Delitos intencionales mutilados de dos actos	313
D)	Toma de posición personal	314
V.-	Delimitación del objeto de protección	316
A)	Determinaciones previas	316
B)	El abuso del derecho de asociación	320

C)	Aproximación al orden público	323
1)	Determinación del “orden”	325
2)	Determinación de lo “público”	327
3)	Concepto de orden público	328
D)	La seguridad pública y la seguridad ciudadana	334
1)	Sobre el concepto de seguridad	334
2)	Seguridad ciudadana	337
3)	Seguridad pública	338
4)	Recapitulación	341
VI.-	La (in)seguridad cognitiva	344
VII.-	¿Es la organización criminal un peligro o un riesgo?	349
VIII.-	Legitimación de la anticipación punitiva en razón del objeto de protección	355
A)	Tesis de la anticipación	357
B)	Tesis de los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales	359
C)	Tesis funcionalista normativa	362
D)	Recapitulación	367
IX.-	Complementariedad de la seguridad pública (bien jurídico colectivo) y la vigencia cognitiva de la norma	370

CAPÍTULO VI

IMPUTACIÓN SUBJETIVA Y PUNIBILIDAD

I.-	Contextualización de la imputación subjetiva	375
A)	Teoría psicologicista	379
B)	Teoría normativista	380
II.-	Lo subjetivo como manifestación del fuero interno	383
III.-	La irrelevancia de los conocimientos especiales para la imputación subjetiva de la organización criminal	387
IV.-	La atribución de sentido normativo en el aspecto subjetivo	391

A)	Dotación de sentido normativo al conocimiento de los integrantes de la organización criminal	392
B)	La conducta relevante en el contexto social	394
V.-	La imputación a título de dolo en la organización criminal	396
VI.-	Exclusión de la imputación a título culposo	404
VII.-	Culpabilidad de los sujetos pertenecientes a la organización criminal	406
A)	Déficit de fidelidad normativa	409
B)	La imputabilidad de los intervinientes en la organización criminal	411
C)	Sobre la autodeterminación de los sujetos intervinientes en la organización criminal	414
D)	Defectos volitivos	416
E)	Defectos cognitivos	419
VIII.-	Punibilidad en la organización criminal	421
A)	Breve referencia a la punibilidad como elemento del delito	421
B)	Sobre las excusas absolutorias	424

CAPÍTULO VII

CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL

I.-	Determinaciones previas	429
II.-	Circunstancias agravantes en el delito de organización criminal conforme el art. 570 <i>bis</i> CP	434
A)	Número elevado de personas	435
B)	Disponer de armas o instrumentos peligrosos	438
C)	Disponer de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte	441
D)	Tipo ultraagravado	444
E)	Alusión jurisprudencial a las agravantes	446

III.-	Excurso sobre la omisión del carácter transnacional como circunstancia agravante	448
IV.-	Sobre las circunstancias atenuantes	450
A)	Abandono de la actividad delictiva y colaboración con la justicia en los delitos de tráfico de drogas (art. 376 CP)	453
B)	Abandono voluntario de las actividades delictivas y colaboración con la justicia en los delitos de grupo y organización criminal (art. 570 <i>quater</i> .4 CP)	455

CAPÍTULO VIII

GRADOS DE EJECUCIÓN E INTERVENCIÓN DELICTIVA

I.-	El <i>iter criminis</i> en la comisión de la organización criminal	461
A)	Actos prepatatorios punibles	463
B)	Actos ejecutivos	464
1)	¿Tentativa en la organización criminal?	465
2)	Consumación delictiva en el delito de organización criminal	470
II.-	La problemática de la intervención delictiva en la organización criminal	472
III.-	Propuestas doctrinales respecto a la autoría y participación en la organización criminal	479
A)	La autoría mediata en la organización criminal (<i>Roxin</i>)	479
B)	La coautoría en la organización criminal (<i>Jakobs</i>)	484
1)	La decisión común del hecho como objetivo común	486
2)	División de trabajo como aspecto objetivo	490
3)	Recapitulación	493
4)	¿Posibilidad de tácita coautoría en los delitos de organización criminal?	496
IV.-	La coautoría en la jurisprudencia	499
V.-	Determinación de la autoría y participación conforme el art. 570 <i>bis</i>	

del Código penal	508
VI.- La problemática de la participación en la organización criminal	512
A) El fundamento de la punición del partícipe en la organización criminal	514
B) La autonomía delictiva de la organización como problema para la determinación de la participación	516
C) Miembros activos en la organización criminal	518
D) Cooperador (necesario) en la organización criminal	527
VII.- Excurso sobre el cooperador necesario y el cómplice en la jurisprudencia	531

CAPÍTULO IX

CONSECUENCIAS PENALES DE LA ORGANIZACIÓN CRIMINAL, CON ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL DECOMISO

I.- Penalidad: consecuencias penales	537
II.- La importancia del decomiso en la lucha contra la delincuencia organizada	541
A) El decomiso en la normativa española posterior a la Reforma penal de 2015	545
1) Decomiso basado en una condena	549
2) Decomiso ampliado	551
3) Decomiso sin sentencia	558
4) Decomiso de bienes de terceros	561
B) El decomiso como instrumento de lucha contra la criminalidad organizada	565
CONCLUSIONES	569
<i>BIBLIOGRAFÍA</i>	581

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación parte de la consideración de cómo la globalización influye y ha influido en el salto cualitativo de organización criminal, claro está sin dejar de lado los modelos que le precedían, entre los que específicamente nos referimos a los tipos de mafias (italiana, china, japonesa y rusa) con más relevancia en el plano internacional y que aún se mantienen vigentes. Si bien la criminalidad organizada no es un delito nuevo, lo cierto es que ha sabido aprovechar todas las oportunidades que las sociedades modernas le han ofrecido, en especial referencia propiamente a la transferencia de bienes y servicios, así como las transferencias bancarias, y los flujos migratorios de personas y otros, todos ellos factores que provocan la permeabilidad de los Estados en el espacio europeo. De dichos factores se sirve la criminalidad organizada para dar el salto e internacionalizarse, pero esto también le exige nuevas formas de cometer delitos o perfeccionarlos, por tal razón la organización criminal se vale de distintos profesionales en distintas áreas. El ritmo considerablemente creciente de tales factores se ha evidenciado de manera notoria en las últimas décadas, en las que su incremento ha sido exponencial en este comienzo de siglo XXI, a nivel comparado. Conscientes de ello son los organismos internacionales (ONU, UE) que manifiestan su preocupación sobre la expansión este fenómeno delictivo e instan a la lucha conjunta de los Estados contra la organización criminal.

La organización criminal es un fenómeno que constantemente se reinventa, así lo demuestra la variada forma de estructuración que presentan, que pasa desde la más tradicional o prototípica como es la “jerárquica o vertical”, como también la “horizontal”, hasta la estructura de red o celular, dichas variaciones estructurales son la muestra de la adaptación de este fenómeno a nuestros tiempos. Se estudiara también brevemente el campo de acción en el que

se desenvuelven con profusión comportamientos criminales como el tráfico de drogas, el tráfico de armas, el blanqueo de capitales y la trata de seres humanos.

Una vez determinado el contexto actual de la criminalidad organizada, nos adentraremos en el estudio más preciso de su conceptualización en el espacio internacional, y en tal contexto estudiaremos conceptos planteados por las Naciones Unidas, como también por la Unión Europea respecto a la criminalidad organizada, efectuando un análisis comparativo con el sistema de la legislación española. Seguidamente se estudiará la legislación comparada en la búsqueda de entender mejor el concepto normativo de organización criminal. Veremos también cómo se manifiesta la doctrina española respecto a este tema tan escurridizo como es la tarea de conceptualizar este fenómeno criminal. En esta travesía de la búsqueda de la definición también nos será muy útil examinar la consideración por parte de la reciente jurisprudencia española sobre la conceptualización de la organización criminal antes y después de la Reforma penal de 2010.

Seguidamente se realizará un análisis comparativo de los nuevos tipos delictivos (de grupo criminal y de asociación ilícita) en relación con la organización criminal, que aunque en apariencia son similares, y comparten elementos convergentes entre sí, también contienen elementos propios divergentes y diferenciadores que interesa especialmente desarrollar. Se buscará por tanto efectuar el deslinde procedente entre cada uno de ellos en la búsqueda de una aplicación adecuada. No quedarán exentas de dicho análisis figuras prototípicas de manifestación criminal como la codeincuencia y la conspiración, que plantean problemas similares a los anteriores y que también serán objeto de examen.

Posteriormente, se analizarán las distintas modalidades de conducta típica que describe el art. 570 *bis* del Código penal, cuales son: promoción, constitución, organización, coordinación y dirección, además de la integración o pertenencia y

la cooperación. El examen de las mismas servirá para determinar más adelante los grados de intervención delictiva. En el desarrollo de esta tarea en particular nos apoyaremos en los postulados de la teoría funcionalista-normativa para delimitar los fundamentos de imputación penal, todo ello por lo demás desde la óptica de la teoría de los sistemas sociales. Una vez establecido lo anterior, nos centraremos en el singular examen del sentido y funcionalidad de los principios de la imputación objetiva (riesgo permitido, principio de confianza, prohibición de regreso e imputación a la víctima), desarrollados especialmente por JAKOBS y que aplicaremos a la organización criminal.

También se estudiará desde una perspectiva funcionalista-normativa la estructura del injusto de la organización criminal como injusto sistémico y su potencial lesivo. Además analizaremos las características típicas sobre las que se apunala la organización criminal, tales como: la agrupación de tres o más personas, el carácter estable o indefinido, y la finalidad delictiva. Posteriormente se desarrollará, en cuanto elemento imprescindible en el estudio de cualquier tipo delictivo, la determinación del objeto de protección o bien jurídico protegido en el tipo legal, que en caso de la organización criminal se torna tarea complicada, debido precisamente a la versatilidad del mismo y a la amplia capacidad de comisión delictiva atentatoria contra tal objeto de tutela. De esta forma, se estudiarán algunos posibles objetos de protección, así como la (in)seguridad cognitiva que representa dicho fenómeno criminal. Se aplicarán también las distintas tesis (de la anticipación, bienes jurídicos colectivos, funcionalista-normativa) sobre la legitimación de la anticipación punitiva y se analizará una posible coexistencia entre éstas, situándonos en un punto medio o integrador entre las mismas.

La relevancia del aspecto subjetivo en la búsqueda del fundamento de responsabilidad, asimismo, constituye un elemento importante en el estudio de la organización criminal. De esta manera desarrollamos el examen de la imputación subjetiva, resaltando el sentido normativo que tiene el comportamiento de los

integrantes de la organización criminal. Así como también la determinación del título de la imputación dolosa que corresponde al tipo, y no así al de culpa o imprudencia típica inexistente en esta figura. Se complementa el fundamento de la imputación subjetiva, sobre el que se determina la culpabilidad de los integrantes de la organización criminal, con la consideración del déficit de fidelidad normativa, la mala autodeterminación de la conducta de los sujetos, y los defectos tanto volitivo como cognitivos de los mismos.

Por otro lado, se analizarán las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, previstas en el Código penal, en su concreta aplicación a la figura delictiva objeto de nuestro estudio. En primera instancia se examina las agravantes, en particular las que desde nuestro punto de vista son susceptibles de algunas consideraciones críticas, y proponemos como agravante el carácter transnacional o internacional, que como se ha aludido es un elemento clave en esta nueva forma de delincuencia organizada. A su vez, también se analizarán las atenuantes que sean de aplicación al delito en función de los singulares requisitos que exige el Código penal.

Como anticipamos, otro objeto de análisis de nuestro estudio será la cuestión de los grados de intervención delictiva, pero antes examinaremos el *iter criminis* del delito de organización criminal. Sobre la intervención delictiva debemos manifestar que la misma representa una problemática espinosa a nivel dogmático, y en este camino en el examen propio tomaremos como referencia dos propuestas doctrinales para determinar la autoría en el delito de organización criminal: por un lado, la de la autoría mediata que postula ROXIN, y, por otro, la de coautoría en la organización criminal que propone JAKOBS. Y en esta línea dejamos como interrogante la posibilidad de la tácita coautoría, aplicada expresamente a los delitos de organización criminal. Cabe aclarar que el Código penal presenta al respecto su propia sistematización, ya que divide en dos grupos a los intervinientes en la organización criminal. Otra cuestión que se desarrollará con singular atención es la problemática de la participación, como también el

fundamento del estatus del partícipe en la organización criminal, con la correspondiente delimitación de quiénes pueden ser considerados y quiénes no partícipes en este tipo delictivo.

Por último, se hace un detenido examen del instituto del decomiso, que consideramos importante en la lucha contra la organización criminal, y más aun por la reciente modificación en la institución por la reforma del Código penal introducida por la LO 1/2015, en virtud de la cual se efectúan varios cambios en su aplicabilidad, siendo de resaltar que estamos ante una consecuencia accesorio genérica, mas no así específica, como habríamos de esperar en el caso del delito de organización criminal. Dicha instituto es considerado como una herramienta básica tanto para la lucha contra la organización criminal, así como tambien una herramienta preventiva.

CAPÍTULO I

MARCO CRIMINOLÓGICO Y POLÍTICO-CRIMINAL DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA: UNA APROXIMACIÓN

I.- Fenómeno de la delincuencia organizada

Hoy en día, tiende a reconocerse al fenómeno de la criminalidad organizada dentro de un escenario criminológico y político-criminal nuevo, al que ya se le atribuyen rasgos capaces de generar un salto cualitativo en la evolución de la criminalidad y de los mecanismos de control¹. Además alcanza una dimensión sin precedentes afectando a la totalidad de los países, produciendo una grave criminalidad y amenaza de aspectos fundamentales de la vida tanto económica, social e institucional y que demanda ser combatida con prioridad².

La lucha contra la criminalidad organizada se ha convertido, desde el último cuarto del siglo XX, en una de las preocupaciones centrales de la política criminal de muchos gobiernos, y por tal razón SHELLEY afirma lo siguiente: “El crimen organizado transnacional será un tema definitorio para los responsables de trazar las políticas del siglo XXI - tan definitorio como lo fue la guerra fría en el siglo XX y el colonialismo en el siglo XIX. Ningún aspecto de los asuntos

¹ ANARTE BORRALLA, Enrique, «Conjeturas sobre la criminalidad organizada», en FERRÉ OLIVÉ, Juan / ANARTE BORRALLA, Enrique (eds.), *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, Huelva, 1999, pág.13. / Cfr. HERRERO HERRERO, César, *Criminología parte general y especial*, Dykinson, Madrid, 2007, pág. 609. Nota al pie nº 4.

² DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, «El Derecho penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites», en GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, Faustino / VALCÁRCE LÓPEZ, Marta (dir.), *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*, Secretariado de Publicaciones Universidad de Sevilla, Sevilla, 2001, págs. 85-86.

internacionales permanecerá intocable, a medida que la urdimbre social y los sistemas políticos y financieros de muchos países se deterioran, bajo el creciente poder económico de los grupos de crimen organizado transnacional”³. Y es que las oportunidades ofrecidas para la generalización y profundización de los intercambios internacionales por la desaparición de las barreras fronterizas y el desarrollo de las redes de comunicaciones resultan ampliamente aprovechadas por las redes criminales organizadas, que ven potenciadas las posibilidades abiertas para sus tráficó ilícitos, así como de penetración en los sistemas institucionales a través de la corrupción⁴.

En definitiva, el signo de este fenómeno ha sido el crecimiento de mercados de productos ilegales, tanto a nivel local como también a nivel internacional, que se ha producido de forma paralela al progresivamente acelerado desarrollo de la economía internacional⁵.

Se ha comparado la criminalidad organizada con una enfermedad que tiene que ser tratada, indicando que todas las formas de criminalidad organizada tienen en común la vulneración de la ley, del mismo modo que todas las enfermedades conducen, en última instancia, a la muerte, sobre todo cuando no se les somete a tratamiento exigiendo así una respuesta. Sin embargo, la participación en un trazo común de alto nivel de abstracción no justifica la búsqueda de un mismo remedio, para todos los problemas de la criminalidad. Al margen de las medidas generales de prevención, las únicas estrategias de reacción eficaces contra las disfuncionalidades tanto en el dominio de la salud como en el de la seguridad son las que se alinean de forma precisa en torno al

³ Citado por SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel, «Perfil criminológico de la delincuencia transnacional organizada», en PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (ed.), *Serta in memoriam Alexandri Baratta*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2004, pág. 621.

⁴ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, «Principales lineamientos político-criminales de la Asociación Internacional de Derecho penal en un mundo globalizado», en *Eguzkilore: Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología*, nº 20, San Sebastián, Diciembre 2006, págs. 6-7.

⁵ DELGADO MARTÍN, Joaquín, *Criminalidad Organizada*, J.M^a. Bosch, Barcelona 2001, pág. 22.

problema a resolver, siempre que exista efectivamente una solución disponible. Por cuanto es necesario definir una estrategia de intervención en función de su objetivo particular y diferenciar los modos de acción⁶.

Entre los antecedentes más cercanos a la criminalidad organizada actual, se suelen encontrar la transformación de la delincuencia profesional en Estados Unidos, particularmente tras la prohibición total del alcohol en 1919, que pasó a protagonizar no tanto delitos aislados e individualizados como robos, estafas, etc., aunque repetidos, sino más bien actividades delictivas especializadas y estables como pueden ser: contrabando de alcohol, chantajes a empresarios y un incipiente tráfico de drogas⁷.

La preocupación actual de todos los órdenes político-jurídico y económico-social es de tal magnitud que produce una muy nutrida literatura, buscando acuerdos intergubernamentales y planes de acción común a nivel internacional con el difícil propósito de neutralizar esa lacra, y armonizar métodos de lucha a través de reformas legislativas de naturaleza administrativa, procesal, penal y policial. Como resultado en los años noventa, se experimentó un crecimiento considerable de reuniones con la finalidad de abordar este tipo de injusto de compleja composición y acción⁸.

La mayor parte de las actividades del crimen organizado está relacionada con la existencia constante en la sociedad de una demanda de bienes prohibidos, ilegales, a partir de la cual se desarrolla la caracterizada en la doctrina como

⁶ Citado por HERRERO HERRERO, César, *Criminología parte general y especial*, 2007, op. cit., págs. 649-650. (Nota al pie 66).

⁷ ANARTE BORRALLA, Enrique, *Conjeturas sobre la criminalidad organizada*, op. cit., pág.15.

⁸ IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel, «La criminalidad organizada y delincuencia económica: aproximación a su incidencia global», en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo / MORALES PRATS, Fermín (coords.), *El nuevo Derecho penal español, estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Navarra, 2001, págs. 1445-1446. / Sobre la difícil armonización legislativa y respecto a a homogeneidad en sentido de respuesta contra la criminalidad global Vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal, aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2001, pág. 88.

economía ilícita global⁹. El amplio abanico de posibilidades criminales de la criminalidad organizada tiene un trasfondo de carácter económico, el cual tiene como mínimo común denominador la obtención de beneficios económicos rápidos, suculentos como ilegales¹⁰. Existe así en la actualidad un vasto mercado mundial de bienes y servicios ilegales que coexiste con aquellos que son de carácter legal¹¹.

Actualmente también se está manifestando con particular incidencia un nuevo fenómeno, que bien puede ser aprovechado -si es que ya no lo es- por las organizaciones criminales, y nos referimos al cibercrimen. Por citar algunos delitos que pueden ser cometidos por este medio, cabe señalar: el ciberblanqueo de capitales, ciberextorción, la ciber-pitarería intelectual, pudiendo producirse también cibercrimenes económicos y hasta ciberterrorismo¹². Esta preocupante herramienta de la que puede disponer actualmente la organización criminal refuerza su capacidad lesiva y obliga a los Estados a establecer planes preventivos como también represivos en torno a esta figura delictiva.

Por otro lado, el origen clásico de las bandas y grupos organizados podrían considerarse la consecuencia de la estratificación social, pero, a la vez, expresión subcultural de una organización social distinta, con sus propios códigos, valores y creencias del que forma parte relevante la sociedad interna. Estos elementos, y otros más específicos, son ilustrativos sobre algunos aspectos de la criminalidad organizada, como es su arraigo entre clases sociales más desheredadas, que pueden resultar funcionales respecto de la permanencia y la incondicionalidad,

⁹ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 43.

¹⁰ IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel, «La criminalidad organizada», op. cit., pág. 1448.

¹¹ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, *La criminalidad organizada, aspectos penales, procesales...*, op. cit., pág. 44.

¹² Fundamental sobre esta temática *Vid.* MIRÓ LLINARES, Fernando, *El cibercrimen: fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, Marcial Pons, Madrid, 2012, *passim*. / MIRÓ LLINARES, Fernando, «Cibercrimen y vida diaria en el mundo 2.0», en MIRÓ LLINARES, Fernando / AGUSTINA SANLLEHÍ, José Fernando / MEDINA SARMIENTO, José E. / SUMMERS, Lucia (Ed.), *Crimen oportunidad y vida diaria. Libro homenaje al Profesor Dr. Marcus Felson*, Dykinson, 2015, págs. 415-455. / Importante también *Vid.* DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luís, *Derecho penal informático*, Cizur Menor, Civitas, 2010, *passim*.

por ejemplo, medios humanos en condiciones de desarrollar una carrera criminal de forma satisfactoria para el grupo criminal¹³.

De hecho, es el crimen organizado el que se mueve detrás de las tendencias del mercado, desarrollando actividades colaterales. Además, adapta sus estructuras y objetivos por medio de una flexibilidad polivalente y asombrosa, con habilidad camaleónica, al mismo ritmo con el que se mueve coyunturalmente la economía, o conforme caminan las prohibiciones o liberalizaciones del mercado, para cubrir nuevas necesidades emergentes o demandas, y, de esa manera, busca rápidamente oportunidades lucrativas que le beneficien¹⁴. Como indica la AIDP: “conviene tener en cuenta que el crimen organizado sobrepasa a menudo las fronteras nacionales; las legislaciones deberían por tanto ser compatibles a escala internacional con el fin de que sea posible una cooperación internacional”¹⁵.

El factor de la internacionalización a nivel mundial, estimuladas por los adelantos tecnológicos del transporte y de las comunicaciones y por la cooperación económica y el turismo creciente, propician la permeabilidad de las fronteras¹⁶. Conviene tener en cuenta, no obstante, que la globalización, como fenómeno político y comunicativo que es, constituye un proceso sujeto a numerosas ambigüedades, paradojas, contradicciones y desviaciones de la tendencia general. Con todo, y aunque quede demostrar el alcance real, existe cierto consenso respecto a la amplia presencia de la criminalidad organizada de dicho proceso, favorecida por los intereses de supervivencia y expansión de los grupos criminales¹⁷.

¹³ ANARTE BORRALLA, Enrique, *Conjeturas sobre la criminalidad organizada*, op. cit., pág. 39.

¹⁴ IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel, «La criminalidad organizada», op. cit., pág. 1452.

¹⁵ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, «Principales lineamientos político-criminales», op. cit., págs. 9-10.

¹⁶ MIGUEL HARB, Benjamin, «Delincuencia organizada», en LECCA GUILLÉN, Mir-Beg, *Derecho penal, homenaje al Dr. Raúl Peña Cabrera*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1991, pág. 400.

¹⁷ ANARTE BORRALLA, Enrique, *Conjeturas sobre la criminalidad organizada*, op. cit., pág. 18.

Tradicionalmente, el crimen organizado ha sido considerado como un mero problema de orden público interno propio de los Estados¹⁸. Pero la moderna criminalidad no es ajena a los grandes procesos y cambios contemporáneos. La globalización de la economía es el factor más importante que ha influido en el desarrollo y expansión de la criminalidad a nivel mundial¹⁹.

Los informes presentados por la EUROPOL dan cuenta del crecimiento de este fenómeno, además de la diversificación en las formas graves de delincuencia organizada, datos estos obtenidos mediante el intercambio y análisis de los datos de información criminal que ofrecen los diferentes Estados europeos²⁰. Por esta razón, la política criminal de la globalización tiene una orientación agresiva con respecto a la criminalidad organizada, pues este nuevo riesgo derivado de la globalización política y económica se caracteriza por la magnitud de sus consecuencias lesivas; no sólo crea inseguridad ciudadana como la tradicional delincuencia individual, además la inseguridad al propio Estado por su clara incidencia en el orden social, político y económico. Por ello, la reacción frente a la delincuencia organizada no solo se dirige a la tutela de bienes individuales, sino fundamentalmente a garantizar las condiciones o bases del propio funcionamiento del modelo social²¹.

La verdadera transformación de la criminalidad organizada, respecto de la que operaba hasta finales de los años setenta, ha sufrido un cambio crítico y

¹⁸ BLANCO CORDERO, Isidoro / SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, «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*, nº 6, 2000, pág. 3.

¹⁹ BLANCO CORDERO, Isidoro / SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, «Principales instrumentos internacionales...», op. cit., pág. 4.

²⁰ «Europol Review, General Report on Europol Activities 2010», European Police Office, 2011. / *passim* Informe 2004 de la Unión Europea sobre la delincuencia organizada, EUROPOL, 2004.

²¹ CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, «Criminalidad organizada, concepto, la asociación ilícita problemas de autoría y participación», en GRANADOS PÉREZ, C. (Dir.), *La criminalidad organizada: aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Cuadernos de Derecho Judicial, CCPJ, II, Madrid, 2001, pág. 218.

radical sólo desde hace apenas veinte años, y esto se debe fundamentalmente a tres motivos: la globalización del campo de actuación, la internacionalización y la sofisticación logística²², es decir, una modernización de la criminalidad, a partir de la década de los ochenta y noventa hasta nuestros días, y que exige actualmente una reorientación en el enfoque de estudio²³. Cerramos este apartado con la siguiente puntualización: El crimen organizado no está estructurado de manera uniforme. Justamente por ser tan diverso y poco transparente, es tan peligroso. El crimen organizado que se reconoce con facilidad -precisamente- es el crimen mal organizado²⁴.

II.- Relevancia y difusión en el mundo actual

Como indicamos, en los últimos años se han producido transformaciones de gran relevancia en la criminalidad a nivel mundial, que exige al Derecho penal demandas fundamentalmente prácticas, en el sentido de un abordaje más eficaz contra la criminalidad²⁵. Estos grupos de delincuentes organizados, que se encuentran además en condiciones de actuar, tanto en la vertiente legal como en la ilegal de la actividad política y económica, extienden su influencia hasta el

²² IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel, «La criminalidad organizada...», op. cit., págs. 1464-1465. *Vid.*, sobre la globalización en cuanto fenómeno relativamente nuevo que está sin concluir, en continuo proceso de transformación, poco homogéneo y que incide de manera desigual en distintos ámbitos, como la economía, cultura -y en nuestro caso el propio Derecho-, MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Sistema de Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Dykinson, Madrid, 2016, págs. 121-122.

²³ Fundamentalmente con un cambio de perspectiva criminológica y política-jurídica. La nueva criminalidad organizada debe ser entendida como un proceso evolutivo que permite observar su claro alejamiento con relación a la menos moderna criminalidad marginal de barrio como fenómeno subcultural; así, también a partir de la década de los años setenta y ochenta han sufrido una evidente transformación la configuración criminal de estos “submundos” o “contrafuerzas” regionales diferenciadas e íntimamente enraizadas en un singular contexto social y cultural; de pronto, el tradicional arraigo subcultural cede a favor de una orientación económica de las actividades y el abuso de todas las formas contemporáneas de hacer negocios. *Ibidem*, pág. 1465.

²⁴ ROTH, Jürgen / FREY, Marc, *Europa en las garras de la mafia*, trad. Francisco González-Aguilar, Anaya & Mario Muchnik, Barcelona, 1995, pág. 28.

²⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal*, op. cit., pág. 82.

poder e, incluso, condicionan negativamente sectores enteros de la vida productiva, social e institucional²⁶.

La lucha eficaz contra la criminalidad organizada, escribe HETZER, “hace saltar el marco tradicional de la prevención estatal y la persecución penal”. Así mismo se pregunta PRADEL: “¿Qué va a suceder con los principios fundamentales del Derecho penal ligados al Estado de Derecho para hacer frente al crimen organizado?”²⁷.

El aumento de poder e influencia, así como la expansión de los grupos criminales organizados desde un ámbito local hasta uno internacional es uno de los rasgos más destacados de esta forma de criminalidad en las últimas décadas. Y el que ha motivado la atención creciente de las organizaciones internacionales ante la convicción, que sólo mediante una acción concertada de los Estados, tanto en el campo de la prevención como de la represión puede ser combatido con alguna eficacia²⁸.

La criminalidad organizada, desde el punto de vista estructural, se caracteriza por su organización -jerárquica, horizontal, celular o de red-, y en ella intervienen colectivos de personas, ya sea en las empresas o incluso en la forma estricta de la organización criminal. Desde el punto de vista material, se caracterizan por la magnitud de sus efectos que son generalmente económicos, pero también políticos y sociales, teniendo una capacidad de desestabilización general de los mercados, y estos son rasgos notables²⁹.

²⁶ BLANCO CORDERO, Isidoro / SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, «Principales instrumentos internacionales», op. cit., pág. 3.

²⁷ Citados por IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel, «Panorámica comparativa sobre algunos problemas que presenta el fenómeno asociativo criminal en la actualidad», en VATTIER FUENZALIDA, Carlos (coord.), *Las entidades sin fines de lucro: estudios y problemas*, Servicio de Publicaciones Universidad de Burgos, Burgos, 1999, pág. 105.

²⁸ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, «Perfil criminológico de la delincuencia transnacional», op. cit., pág. 662.

²⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal*, op. cit., pág. 87.

Actualmente, los sistemas penales tradicionales se encuentran indefensos frente a este tipo de criminalidad especialmente peligrosa. La necesidad de acometer de forma efectiva acciones de prevención y de lucha contra el mismo ha sido, en algunos ordenamientos, motor de importantes transformaciones en el Derecho penal sustantivo y procesal. Es así que en el ámbito del proceso penal hallamos nuevas competencias de investigación preliminar, de intervención de las comunicaciones, de captación de imágenes y seguimiento de personas inclusive el levantamiento del secreto bancario, etc.³⁰.

En consecuencia, surgen propuestas que se dirigen hacia la creación de los tipos de peligro que adelanten la tutela penal, reaccionando frente al mismo fenómeno asociativo a través de tipos delictivos que sancionen penalmente la mera pertenencia a una organización criminal, y, en general, mediante un mayor rigor punitivo para el tratamiento de las concretas manifestaciones delictivas del crimen organizado³¹, así como la aplicación de medidas económicas³². También en el ámbito de las formas de intervención en el delito han buscado imponerse fórmulas de no distinción entre autoría y participación; algo que ya se advierte en el plano de la pura tipificación si se examina los tipos de delitos en materia de tráfico de estupefacientes o de blanqueo de capitales³³.

A) Naciones Unidas

En el plano internacional, la delincuencia organizada es objeto de gran preocupación, razón por la cual en el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre la prevención del delito y tratamiento del delincuente (1985) se deja constancia de la grave preocupación del mismo por las abundantes pruebas de la

³⁰ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, «Perfil criminológico de la delincuencia transnacional», op. cit., pág. 662.

³¹ CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, «Criminalidad organizada», op. cit., pág. 219.

³² En este sentido se presenta también aquella figura, que constituye la confiscación del patrimonio criminal, como también una inclinación tendiente a favorecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas, superando el gastado aforismo “*societas delinquieren non potest*”. CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, Criminalidad organizada, op. cit., pág. 220.

³³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal*, op. cit., pág. 98.

intensificación de esta clase de delincuencia en muchos países, y de sus grandes costos sociales y económicos, debido a que se lleva a cabo una enorme diversidad de operaciones ilícitas, traspasando la fronteras de los Estados, y aprovechando las lagunas y contradicciones en los ordenamientos jurídicos de éstos, para ponerlas al servicio de su actividad criminal³⁴.

Respecto a la conformación de la criminalidad organizada, en la mayoría de los grupos de países con distintos orígenes se encuentran: grupos domésticos que tienen principalmente nacionales como miembros, no obstante también pueden ser inmigrantes. Esta categoría de grupos tiene su base de origen en el país. Los grupos extranjeros están compuestos principalmente de miembros extranjeros. Los grupos que pertenecen a esta categoría, la mayor parte del tiempo, están en otro país, aunque en algunos casos crean bases adicionales en el país en el que operan. Los grupos mixtos tienen tanto los nacionales como los extranjeros como miembros³⁵.

B) Unión Europea

La lucha contra la delincuencia organizada en la UE gira en torno a una política de creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en todo el territorio europeo, política que está basada en los Programas de Tampere (1999-2004), La Haya (2004-2009) y Estocolmo (2010-2014). El Programa de Tampere proyectaba objetivos relacionados con la prevención en las acciones contra la delincuencia organizada, esto en función de un mayor intercambio de información entre EUROPOL y EUROJUST³⁶. El Programa de La Haya ha

³⁴ HERRERO HERRERO, César, *Criminología, Parte general y especial*, 2007, op. cit., pág. 607.

³⁵ Vid. el «Report on the Organised Crime Situation in Council of Europe Member States, 1998», Cap. II, sec. 1, pág.8.

³⁶ CONCLUSIONES DE LA PRESIDENCIA, Consejo Europeo de Tampere, 15 y 16 de octubre de 1999. / COM /2001/0628 final, COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL CONSEJO Y AL PARLAMENTO EUROPEO, *Actualización semestral del marcador para supervisar el progreso en la creación de un espacio de "libertad, seguridad y justicia" en la Unión Europea* (II semestre 2001), 2001.

continuado y mejorado dichos objetivos, explotando el potencial de EUROPOL y EUROJUST³⁷; además, se establecieron otras prioridades³⁸. Y, por último, el Programa de Estocolmo tiene actualmente como primordial objetivo mejorar las herramientas de seguridad existentes, en particular las relativas a la gestión de flujos de información, así como proponer la adquisición de herramientas de seguridad tecnológicas, como un registro europeo de nacionales de terceros países condenados. Asimismo, el Plan de acción proporciona políticas mejoradas para luchar contra la delincuencia transfronteriza, principalmente una mejor cooperación en el cumplimiento legislativo europeo, entre ellos, por ejemplo, la Oficina Europea de Policía, EUROJUST y la Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores (FRONTEX), y una mejor prevención de la delincuencia³⁹.

La razón para la creación de los programas anteriormente mencionados estriba en que la criminalidad organizada plantea un problema de particular calado, debido a que en el espacio *Schengen* impera un espacio económico sin fronteras, y también la libre circulación de bienes y servicios, así como de personas dentro del espacio europeo. Estos acuerdos, logrados entre los países miembros de la Unión Europea, son utilizados como ventajas por el crimen

³⁷ CONSEJO (2005/C 53/01), *El Programa de La Haya: consolidación de la libertad, seguridad y la justicia de la Unión Europea*, Diario Oficial de la Unión Europea, 2010.

³⁸ Los cuales pueden resumirse del siguiente modo: 1) Derechos fundamentales y ciudadanía: crear políticas de gran alcance; 2) Lucha contra el terrorismo: trabajar en pos de una respuesta global; 3) Un espacio común de asilo: establecer un procedimiento armonizado y eficaz que respete los valores y la tradición humanitaria de la Unión; 4) Gestión de la migración; definición de un planteamiento equilibrado; 5) Integración: aprovechar al máximo el impacto positivo de la migración en nuestra sociedad y nuestra economía; 6) Fronteras interiores, fronteras exteriores y visados: desarrollo de una gestión integrada de las fronteras exteriores para una Unión más segura; 7) Derecho a la intimidad y seguridad en la distribución de la información: lograr el equilibrio adecuado; 8) Delincuencia organizada: desarrollar un concepto estratégico; 9) Justicia civil y penal: garantizar un espacio europeo eficaz de justicia para todos; 10) Libertad, seguridad y justicia: compartir la responsabilidad y la solidaridad. *Vid. COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL CONSEJO Y AL PARLAMENTO EUROPEO, Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia*, Bruselas, 2005, págs. 6-7.

³⁹ CONSEJO EUROPEO, *Programa de Estocolmo – Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano*, Diario Oficial de la Unión Europea, 2010.

organizado, con el objetivo de maximizar sus beneficios y reducir el riesgo de ser descubierto⁴⁰.

Para efectivizar la lucha contra la delincuencia organizada, se ha llegado a considerar necesaria una armonización del Derecho penal en el espacio europeo, a raíz de la cual surge una polémica presente durante los últimos años y que ha sido discutida entre penalistas en todo el mundo, que viene referida a la tesis propuesta por el penalista alemán Günther JAKOBS, sobre el llamado “Derecho penal del enemigo”. Esta tesis plantea dos formas de Derecho penal distintas: Un Derecho penal para el ciudadano, conteniendo todas las garantías del Derecho penal común; y otro Derecho penal del enemigo, entendido en un sentido estrictamente normativo, en el cual las garantías están limitadas en razón de la peligrosidad del sujeto. Por la descripción de esta situación normativa, JAKOBS ha recibido muchas críticas de penalistas de todo el mundo. Sin embargo, se debe resaltar que ninguna de las críticas convencionales se ha referido a la pura observación manifestada por JAKOBS de dicho fenómeno, ya que un tal “Derecho penal del enemigo” existe en la realidad y su aplicación es común. Sobre ello, nadie ha mencionado dudas en ninguna ocasión. Estas características del “Derecho penal del enemigo” pueden encontrarse también en la armonización del Derecho penal por la UE⁴¹.

Ahora bien, independientemente de las tesis que se pudieran proponer existen medidas o acciones para la lucha contra la delincuencia organizada, como lo es la creación de la EUROPOL, que en los primeros años fue muy poco independiente, ya que se dedicaba a recabar información “pasiva”; es decir, información que ya había sido explotada por la institución estatal y que con posterioridad enviaba voluntariamente dicha información. En vista de las carencias, han propuesto sugerencias de soluciones que surgieron a la vez que se empezaba a apreciar su conocimiento de la problemática criminal de la Unión

⁴⁰ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, *La criminalidad organizada, aspectos penales, procesales...*, op. cit., pág. 85.

⁴¹ VORMBAUM, Moritz, «El desarrollo de la Unión Europea...», pág. 104.

Europea. Con ello, la EUROPOL adquirió argumentos convincentes para despertar la confianza de las Fuerzas de Seguridad y solicitar información “activa”, es decir, información actual que se estaba explotando, gracias a lo cual pudo coordinar investigaciones conjuntas, reforzando así su papel, con vistas a elaborar una mejor inteligencia y proponer procedimientos de actuación comunes, entre otras cosas⁴². Los informes presentados por EUROPOL, con el tiempo, lograron consolidarse como documentos destinados a evaluar las amenazas más actuales que tenían la UE; tales documentos se centraban en los resultados de los trabajos operativos en curso en diferentes ámbitos delictivos⁴³.

Con el tiempo, la EUROPOL se ve reforzada, recibiendo información más cualificada y adoptando los procedimientos más efectivos. Y, en respuesta, empieza a elaborar mejor inteligencia, como los informes estratégicos sobre la amenaza del crimen organizado denominado “OCTA” (2006)”⁴⁴. De esta manera, y con el respaldo de la Unión europea, la EUROPOL se consolida y se convierte en la piedra angular de la inteligencia policial de la Unión Europea⁴⁵. La estrategia actual de EUROPOL (2010-2014) define tres objetivos principales: 1) convertirse en el principal centro de apoyo para las operaciones de las Fuerzas de Seguridad de la Unión Europea; 2) constituirse en el centro de información criminal de la Unión Europea; y 3) aumentar sus capacidades como centro de referencia de procedimientos de las Fuerzas de Seguridad de la Unión Europea⁴⁶.

⁴² GAMA DORDIO, Juan, «Lucha contra el crimen organizado en la Unión Europea», en CENTRO SUPERIOR DE ESTUDIOS DE LA DEFENSA NACIONAL, Ministerio de Defensa-España, nº 48, 2012, págs. 42-43. / Referido al desarrollo del EUROPOL ver con mayor detalle la *web* www.europol.europa.eu, existe un documento titulado “Ten years of Europol. 1999-2009”.

⁴³ Informe 2004 de la Unión Europea sobre la delincuencia organizada, EUROPOL, 2004, pág. 6.

⁴⁴ OCTA 2006, *EU Organised Crime Threat Assessment*, EUROPOL.

⁴⁵ GAMA DORDIO, «Juan, Lucha contra el crimen organizado...», op. cit. pág. 43.

⁴⁶ COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION 6517/10, *Europol Strategy 2010 – 2014*, Brussels, 22 February 2010.

Otra de las acciones tomadas por la UE es la creación de EUROJUST⁴⁷, que es uno de los mecanismos actuales de combate que se libra mediante el fortalecimiento de los instrumentos de cooperación policial y judicial en materia penal. Es en este campo donde la política de la Unión Europea, reforzada con el Tratado de Amsterdam, ha dado un giro substancial, superando una orientación hacia la mera integración económica, para tomar consciencia de la necesaria aproximación en la materia de seguridad y justicia⁴⁸. EUROJUST supo mostrar su eficacia mediante un refuerzo real de la cooperación operativa judicial entre los 27 Estados Miembro, obteniendo éxitos significativos, reconociéndose la calidad y rapidez en el tratamiento de los asuntos. No obstante, el desarrollo de EUROJUST debe ir acompañado de una aclaración y un refuerzo de las funciones de los miembros nacionales y de una mayor competencia del Colegio⁴⁹.

Una limitante de los MN (Miembros Nacionales) dentro de la estructura de EUROJUST es que raramente tienen competencias para actuar junto con sus autoridades nacionales. Sólo algunos EM (Estados Miembro) permiten a sus MN ordenar la apertura de una investigación, si bien la mayoría de los MN pueden sugerir la creación de un Equipo Conjunto de Investigación (ECI), mientras que muy pocos pueden negociar la creación de tal equipo, y aun menos imponerlo. Más de la mitad de los MN dispone de competencias judiciales en su país de

⁴⁷ El Consejo Europeo de Tampere creó EUROJUST: de acuerdo a la conclusión 46: “para reforzar la lucha contra la delincuencia organizada grave, el Consejo Europeo ha acordado crear una unidad (EUROJUST) integrada por fiscales, magistrados o agentes de la policía de competencia equivalente, cedidos temporalmente por cada Estado miembro, con arreglo a su ordenamiento jurídico. La misión de EUROJUST consistirá en facilitar la adecuada coordinación de las fiscalías nacionales y en apoyar las investigaciones penales en los casos de delincuencia organizada, en particular basándose en análisis de EUROPOL, así como en cooperar estrechamente con la red judicial europea, con objeto, en particular, de simplificar la ejecución de comisiones rogatorias. El Consejo Europeo pide al consejo que adopte el instrumento jurídico necesario antes de que finalice el 2001., Cfr. CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, «Criminalidad organizada...», op. cit., pág. 226.

⁴⁸ CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, «Criminalidad organizada...», op. cit., pág. 228.

⁴⁹ COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL CONSEJO Y AL PARLAMENTO EUROPEO, *Sobre el papel de Eurojust y la Red Judicial Europea en el marco de la lucha contra la delincuencia organizada y contra el terrorismo en la unión europea*, Comisión de las comunidades Europeas, 2007, pág. 2.

origen⁵⁰. Dentro de las mejoras posibles se considera que es necesario definir una base común de competencias mínimas. El papel de los MN no es suplantar los servicios ministeriales o jurisdicciones nacionales que administran a diaria las solicitudes de asistencia mutua penal internacional. Los MN tienen vocación de intervenir a nivel operativo, jurídico y técnico, poniendo su experiencia práctica también al servicio de la mejora de la eficacia de asistencia mutua y otras formas de cooperación⁵¹.

Actualmente, la cooperación judicial en materia penal entre EUROJUST y la Red Judicial Europea (RJE) ha facilitado la cooperación judicial entre los EM gracias a su estructura horizontal y flexible. Por esta razón, el punto de contacto nacional previsto por la Acción Común sería también el corresponsal nacional del MN de EUROJUST en su país. Este corresponsal nacional, situado en el territorio nacional, sería miembro del equipo del MN de EUROJUST. Gestionaría con las autoridades judiciales nacionales los distintos puntos de contacto distribuidos en el territorio nacional y sería el enlace en materia de política de comunicación de Eurojust en el territorio nacional. Sería asimismo el representante nacional de los puntos de contacto para los intercambios con la Secretaría de la RJE. El corresponsal nacional sería competente para ayudar a los otros corresponsales en su territorio en caso de dificultad. Este punto de contacto nacional sería el contacto privilegiado del MN de Eurojust en su territorio, sin que ello ponga en cuestión la norma de la comunicación directa del MN con sus autoridades judiciales encargadas de los procedimientos, lo cual constituye un

⁵⁰ COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL CONSEJO Y AL PARLAMENTO EUROPEO, *Sobre el papel de Eurojust y la Red Judicial Europea en el marco de la lucha contra la delincuencia organizada y contra el terrorismo en la unión europea*, Comisión de las comunidades Europeas, 2007, pág. 3.

⁵¹ COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL CONSEJO Y AL PARLAMENTO EUROPEO, *Sobre el papel de Eurojust y la Red Judicial Europea en el marco de la lucha contra la delincuencia organizada y contra el terrorismo en la unión europea*, Comisión de las comunidades Europeas, 2007, pág. 4.

factor fundamental de eficacia. Esta estructura ya existe en algunos países y ha dado pruebas de su eficacia, por lo que la Comisión desea generalizarlo⁵².

EUROJUST tiene como objetivo la coordinación entre las autoridades judiciales nacionales en la lucha contra la delincuencia organizada y el terrorismo. Sin embargo, a pesar de los progresos alcanzados desde su creación, aún está lejos de alcanzar los objetivos previstos. Los medios jurídicos y los recursos económicos de que dispone EUROJUST son escasos; y también son diferentes los compromisos de los estados miembros, pues en algunos países las leyes no promueven suficiente cooperación judicial. El CESE propone que, a través de EUROJUST, se desarrollen eficazmente las labores de investigación conjunta de los jueces y los fiscales en la UE en la lucha contra el crimen organizado y el terrorismo. La información de las investigaciones nacionales se debe transmitir a EUROJUST, que debe crear una buena base de datos europea⁵³.

Para esto también se crea la Red Europea de Prevención de la Delincuencia (REPD), que tiene como objetivo la prevención de la delincuencia a escala de la Unión, para incluir en ella todas las medidas que persigan reducir o que contribuyan a reducir la delincuencia y el sentimiento de inseguridad de los ciudadanos, tanto cuantitativa como cualitativamente, bien mediante la disuasión directa de las actividades delictivas o mediante políticas y acciones orientadas a reducir el potencial de la delincuencia y sus causas⁵⁴.

⁵² COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL CONSEJO Y AL PARLAMENTO EUROPEO, *Sobre el papel de Eurojust y la Red Judicial Europea en el marco de la lucha contra la delincuencia organizada y contra el terrorismo en la Unión Europea*, Comisión de las comunidades Europeas, 2007, pág. 7.

⁵³ DICTAMEN DEL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO *sobre «la participación de la sociedad civil en la lucha contra la delincuencia organizada y el terrorismo»*, (2006/C 318/26), Diario Oficial de la Unión Europea, 2006, pág. 151.

⁵⁴ DECISIÓN 2009/902/JAI DEL CONSEJO, *Por la que se crea una Red Europea de la Delincuencia (REPD) y se deroga la decisión 2001/427/JAI*, Diario Oficial de la Unión Europea, 2009, (art.2).

C) Evolución del delito de organización criminal en España

Los delitos de asociación ilícita en España tienen sus más remotos antecedentes en los Capítulos IV y VII del Título III Código penal de 1822, esto es: los preceptos relativos a la “facciones, “parcialidades”, confederaciones”, “reuniones” y “cuadrilla de malhechores”. Éste último, en efecto, plasmado en los arts. 338 a 349, constituye el precedente más genuino de la asociación criminal⁵⁵.

Posteriormente, el Código de 1848, siguiendo la línea de los Decretos de 1824 y 1825, hace de la sociedad secreta núcleos de sus tipos en materia⁵⁶. Dedicó dos secciones a los delitos de asociaciones ilícitas; la primera, referida a

⁵⁵ “Los autores, jefes, directores o promotores de algunas de estas cuadrillas, aunque no lleguen a cometer otro delito, serán castigados con pena de dos a seis años de obras públicas. Los demás, que a sabiendas y voluntariamente tomaron partido en la cuadrilla, sufrirán una reclusión de igual tiempo. Estas penas se impondrán siempre a los malhechores de la cuadrilla, sin perjuicios de que unos y otros sean castigados además con las respectivas a cualquier otro delito que cometieren: excepto cuando la ley imponga a este delito un aumento determinado de pena por razón de la cuadrilla, en cuyo caso no se aplicaran las disposiciones del presente artículo”. *Vid.* GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas en el Código penal*, Bosch, Barcelona, 1978, pág. 17. Cuadrilla de malhechores art. 339 / Por otra parte RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho penal español, Parte especial*, 6º ed. Madrid 1975, pág. 653. Hace mención a la primera parte del Cap. IV del Título III, referido a los arts. 315 y sigtes. En él se castigaba a los que celebraran conciertos contra alguna persona «o para conseguir por la fuerza que domine alguna facción» y a los que «so color de culto religioso formaren hermandades, cofradías u otras corporaciones semejantes sin conocimiento y licencia del gobierno», «los individuos que sin licencia del gobierno formaren alguna junta o sociedad» fuera de las «establecidas o autorizadas por las leyes», etc. / del mismo punto parte MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, *Estudio de la ley orgánica 4/1980, de 21 de mayo, de reforma del Código penal en materia de delitos relativos a las libertades de expresión, reunión y asociación*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1982, pág. 121. / Con mayor detalle *Vid.* ANTÓN ONECA, José, «Historia del Código penal de 1822», *ADPCP*, 1965, págs. 263 y sigtes. / SAINZ CANTERO, José Antonio, «Informe de la Universidad de Granada sobre el proyecto que dio lugar al Código penal de 1822», *ADPCP*, 1967, págs. 509 y sigtes. / CUELLO CONTRERAS, Joaquín, «Análisis de un informe anónimo aparecido en Sevilla sobre el proyecto de Código penal de 1822», *ADPCP*, 1977, págs. 83 y sigtes.

⁵⁶ Los tipificaban de la siguiente manera art. 202 a 204: «son sociedades secretas; 1º aquellas cuyos individuos se ponen con juramento o sin él la obligación de ocultar a la autoridad pública el objeto de sus reuniones o su organización interior; 2º los que en las correspondencias con sus individuos o con otras asociaciones se vales de cifras, jeroglíficos u otros signos misteriosos.» Por su parte, según el art. 205, «es también ilícita toda asociación de más de veinte personas que se reúnan diariamente, o en días señalados, para tratar asuntos religiosos, literarios o de cualquier otra clase, siempre que no se haya formado con el consentimiento de la autoridad pública, o se faltase a las condiciones que ésta le hubiere fijado». *Vid.* MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, *Estudio de la ley orgánica...*, op. cit, págs. 121-122.

las “sociedades secretas”; la segunda, a las “demás asociaciones ilícitas”⁵⁷. La Reforma de 1850 introduce el art. 210, según el cual los jefes y asociados de las sociedades “secretas” recibirían las mismas penas que los “conspiradores”, si aquéllas perseguían la comisión de algunos de los delitos previstos en los Capítulos I y II del Título III, condenándoles como autores de los mismos delitos, en grado de tentativa o frustración, en los demás casos. Pero lo cierto es que la Reforma de 1850 es la que plantea, por primera vez, la conexión entre asociación y la conspiración; la primera también que acude al “objeto” real de la asociación para fijar las penas de sus miembros⁵⁸.

En el Código de 1870 se produce un cambio de orientación; ahora la preocupación no son las sociedades secretas, sino los abusos o extralimitaciones en el ejercicio del derecho de asociación, reconocido por el art. 17 de la Constitución de 1869. El art. 198 del Código penal lo recoge de la siguiente manera: «se reputan de asociaciones ilícitas: 1º las que por su objeto o circunstancias sean contrarias a la moral pública; 2º las que tengan por objeto cometer algunos de los delitos penados en este Código». Ambos preceptos son acogidos más tarde, literalmente, en el Código de 1932, en los art. 185 y 186-2⁵⁹. Constituye también el antecedente legislativo por excelencia y el esqueleto del sistema español de las asociaciones ilícitas⁶⁰.

Desde 1870, y hasta la entrada en vigor del Código penal de 1928, se dictaron una serie de disposiciones especiales, de diverso rango normativo y

⁵⁷ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas...*, op. cit., pág. 25.

⁵⁸ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas...*, op. cit., pág. 26-27. / También hacía alusión a las sociedades secretas en el art. 207 del Código penal establece lo siguiente: «son sociedades secretas: 1º aquellas cuyos individuos se imponen con su juramento o sin él la obligación de ocultar a la autoridad pública el objeto de sus reuniones, o su organización interior; 2º Las en correspondencia con sus individuos, o con otras asociaciones, se vales de cifras, jeroglíficos u otros signos misteriosos». Vid. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, tomo III, Burgos, 1874, pág. 260.

⁵⁹ MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, *Estudio de la ley orgánica...*, op. cit., págs. 122-123.

⁶⁰ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas...*, op. cit., pág. 27. / RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho penal español...*, op. cit., pág. 653. / FERRER SAMA, Antonio, *Comentarios al Código penal*, tomo III, Murcia, 1948, págs. 116-118.

significado, sobre las asociaciones ilícitas⁶¹. El Código penal de 1928 carece de regulación genuina; su art. 268 se remitía a una ley especial que enumeraría y penaría los delitos “cometidos por los particulares con ocasión del ejercicio de los derecho y deberes reconocidos por la constitución”. Entretanto, de manera provisional, deberían seguir en vigor los arts. 198 y siguientes del Código penal de 1870, pero como tal ley no llegó a promulgarse, lo provisional se convirtió en definitivo⁶².

Con la guerra civil de 1936-1939 proliferan las disposiciones legales en sentido amplio que incriminan conductas relacionadas con el derecho de asociación⁶³. En 1936, por la convulsión del contexto, la legislación penal experimentó profundas transformaciones que en el orden político afectaron a una serie de partidos, agrupaciones u organizaciones, y por esta razón la postguerra se caracterizó por un extremado rigor, ya que el bando militar extendió la declaración del estado de guerra a todo el territorio nacional; consideraba a quienes celebrasen “cualquier reunión, conferencia o manifestación pública sin previo permiso de la autoridad, y a quienes asistieren, como reos del delito de rebelión militar (por equiparación), lo cual permitía llegar incluso a la pena de muerte”⁶⁴.

La Ley penal de 29 de marzo de 1941 nace para suplir deficiencias de la legislación, superada por nuevas circunstancias, referidas a repercusiones públicas y sociales necesitadas de atención normativa. Estuvo en vigor hasta el 18 de abril de 1947, aplicándose efectivamente⁶⁵. El Código penal de 1944 tipifica “delitos contra la seguridad interior del Estado”. El legislador amplió el catálogo de asociaciones ilícitas, incorporando nuevos números en el art. 172, es

⁶¹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas...*, op. cit., pág. 36.

⁶² GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas...*, op. cit., pág. 39.

⁶³ MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, *Estudio de la ley orgánica...*, op. cit., pág. 123.

⁶⁴ RODRÍGUEZ DEVESA, José María, «La reciente reforma penal del Código penal español (Ley 23/1976, de 19 julio)», *ADPCP*, 1976, pág. 210.

⁶⁵ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas...*, op. cit., pág. 44-56.

decir, “las prohibidas por autoridad competente” (3º) y las que se declaran ilícitas porque se constituyen “sin haber cumplido los requisitos o trámites exigidos por la ley” (4º). Además se instauran dos incriminaciones semejantes, en apariencia, como son la conspiración y la asociación ilícita⁶⁶.

Las reformas posteriores al Código de 1944 han introducido cambios meramente terminológicos, sea la de 24 de enero de 1963, sea la que introduce las modificaciones de los arts. 174 y 176. Por otro lado, una reforma importante es la de 8 de abril de 1967, que afectó sólo el último párrafo del art. 174-1º, y supuso un notable endurecimiento de la penalidad. Con posterioridad, la reforma de 15 de noviembre de 1971 (Ley 44/71) sólo hace retoques de orden técnico: suprime la pena de destierro y multa del párrafo cuarto del art. 174-1º; y también en el párrafo penúltimo del mismo artículo se añaden términos imprecisos, como el de “ataque a la integridad de sus territorios, la seguridad nacional o el orden institucional”. También se extiende la forma de incriminación referido a la cooperación que se amplía no sólo económica sino “de cualquier otra índole”. La Ley 42/71, de 15 de noviembre, adicionó, entre otros artículos, el 294 bis d), que confirió a la jurisdicción castrense la solución de conflictos de competencia entre la misma, y a la jurisdicción ordinaria el conocimiento en materia de delitos de terrorismo. En cuanto a la Reforma de 28 de noviembre de 1974, sólo se dio un endurecimiento respecto a las cuantías señaladas en las penas de contenido económico. Hasta el D.L. 10/75, de 26 de agosto, sobre prevención de terrorismo, concurrían a la calificación de las asociaciones de tal naturaleza los preceptos del Código penal y los del Código penal militar⁶⁷.

Podría afirmarse que el D.L. de 1975 es la fase embrionaria de la lucha contra el terrorismo en España. La dureza de las sanciones era característica de dicho D.L., por lo tanto la ineludible dureza de las sanciones respondía a la

⁶⁶ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas...*, op. cit., pág. 48.

⁶⁷ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas...*, op. cit., pág. 58-65.

entidad del crimen y a la contingente fuerza disuasoria de su conminación⁶⁸. Así mismo se introduce la novedad de incriminar determinadas conductas que, o bien no tenían sustantividad independiente de los diversos supuestos de participación en otros delitos, o bien constituían omisiones⁶⁹. Si bien el D.L. es una ley de emergencia para contrarrestar el terrorismo, también incluye a las asociaciones ilícitas en su art. 4⁷⁰.

El D.L. de 1975 tuvo una efímera existencia, ya que fue sustituido por otro D.L. de 26 de agosto de 1976, el cual parcialmente motivó el cese de su vigencia, al derogar y reformar diversas de las disposiciones de aquél. Además no sólo revisó su contenido sustancial sino que también pasó a regular la competencia para el enjuiciamiento de los delitos de terrorismo⁷¹. Dicha competencia se establecía en el art. 1 del D.L. 18 de febrero de 1976⁷².

Sobre dicha Reforma, acertadamente POLAINO NAVARRETE plantea la problemática de la retroactividad que surgiría en la vigencia de ambos Decretos, ya que efectivamente, si se entendían los aludidos Decretos-leyes antiterrorismo

⁶⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Decreto-Ley 10/1975, del 26 de agosto, sobre prevención del terrorismo”, en *Nuevo Pensamiento Penal (RDGP)*, nº 12, Depalma, Buenos Aires, 1976, pág. 578.

⁶⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Decreto-Ley 10/1975, del 26 de agosto...», pág. 578.

⁷⁰ Textualmente se tipifica en el artículo 4, que deja “declarados fuera de la ley los grupos u organizaciones comunistas, anarquistas, separatistas y aquellos otros que preconicen o empleen la violencia como instrumento de acción política o social, los que organicen o dirijeren estos grupos, los meros afiliados y los que, mediante sus aportaciones en dinero, medios materiales o de cualquier otra manera auxiliaren al grupo u organización incurrirán respectivamente en el grado máximo de las penas previstas en el código penal para las asociaciones ilícitas de aquella naturaleza. A quienes, por cualquier medio, realizaren propaganda de los anteriores grupos u organizaciones que vaya dirigida a promover o difundir sus actividades, se les impondrá la pena correspondiente a tal delito en su grado máximo”. *Vid.* POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Decreto-Ley 10/1975, del 26 de agosto...», pág. 579.

⁷¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Decreto-Ley 10/1975, del 26 de agosto...», pág. 585.

⁷² El mismo dispone: “Art. 1.- el enjuiciamiento de los delitos de terrorismo corresponderá a la jurisdicción ordinaria, salvo que se den conjuntamente las siguientes condiciones: 1º) que los hechos hayan sido ejecutados por grupos armados con organizaciones de tipo militar; 2º) que tales hechos tiendan a atacar el orden institucional y produzcan situación de alarma o grave alteración del orden público. En este caso, el conocimiento de tales delitos corresponderá a la jurisdicción militar”. *Vid.* POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Decreto-Ley 10/1975, del 26 de agosto...», pág. 584.

como meras disposiciones penales especiales, que conminan con muy cualificadas sanciones penales determinadas conductas, el planteamiento de la interrogante suscitada -sobre la retroactividad penal favorable- carecería en todo caso de sentido problemático en cuanto sucesión de disposiciones penales homogéneas⁷³. Cabe resaltar también que durante el lapso de vigencia de estos Decretos-leyes se produjo una suspensión de las garantías constitucionales, que el D.L. de 1975 fija en dos años⁷⁴, mientras que el D.L. del 1976 lo modifica y establece en un año⁷⁵.

La Reforma penal aprobada por la Ley de 23/1976⁷⁶ trató de conseguir una separación más neta entre el injusto administrativo y el injusto penal, y asimismo el proyecto interrelacionó los delitos de reuniones y manifestaciones ilegales, asociación ilícita y propaganda ilegal, tomando como referencia las asociaciones ilegales⁷⁷. Esta Reforma se limitaba a hacer desaparecer los obstáculos penales que impedían un adecuado desarrollo de tres derechos fundamentales: reunión,

⁷³ Ello porque el principio de la retroactividad de la ley penal más benigna habrá de sustentar su incontrovertible vigencia aun en los supuestos excepcionales de sucesión de leyes penales temporales, cuando la sucesión legislativa se produzca entre leyes penales homogéneas de carácter extraordinario y temporal, pero no entre una ley temporal y el Código penal, pues en tal caso no habría sucesión legislativa ni determinación de temporalidad de la vigencia de la ley penal, sino una mera proclamación de aquélla como un *nullum* jurídico a plazo determinado o determinable. *Vid.* POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Decreto-Ley 10/1975, del 26 de agosto...», pág. 587.

⁷⁴ Así lo estableció en la disposición final segunda indicando: “de acuerdo con lo previsto en el art. 35 de Fuero de los Españoles, los arts. 13 y 14 de este Decreto-ley tendrán vigencia durante dos años.”, *Vid.* POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Decreto-Ley 10/1975, del 26 de agosto...», pág. 583.

⁷⁵ Estableciéndolo de la siguiente manera: “Disposición Adicional: Los arts. 13 y 14 del decreto-ley 10/1975, de 26 de agosto, mantendrán su vigencia durante el plazo de un año. El gobierno remitirá a las Cortes, en el más breve plazo posible, un proyecto de ley regulando las facultades extraordinarias de la autoridad gubernativa en casos de terrorismo”. *Vid.* POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Decreto-Ley 10/1975, del 26 de agosto...», pág. 584.

⁷⁶ Art. 172 reputa ilícitas: 1) Las asociaciones que por su objeto o circunstancias sean contrarias a la moral pública; 2) Las que tengan por objeto cometer algún delito; 3) las que tengan por objeto subversión violenta o la destrucción del orden jurídico, político, social o económico, o el ataque, por cualquier medio, a la soberanía, a la unidad o independencia de la Patria, a la integridad de su territorio o a la seguridad nacional; 4) Las que promuevan la discriminación entre ciudadanos por razón de raza, religión, sexo o situación económica; 5) Las que sometidas a una disciplina internacional, se propongan implantar un sistema totalitario.

⁷⁷ RODRÍGUEZ DEVESA, José María, «La reciente reforma penal...», op. cit., pág. 214.

asociación y libre expresión, ya que sin este primer paso, no podría contar con el apoyo que legitimara cualquier reforma de orden constitucional⁷⁸.

Al margen de esta circunstancia, el Código de 1995 contiene importantes novedades en la definición de las asociaciones ilícitas. El catálogo se ha visto aumentado con la incorporación de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, lo cual no implica una modificación sustancial⁷⁹. En orden a la consumación del delito de asociación ilícita, no se requiere que el tipo perseguido por los asociados llegue a cometerse, ni siquiera que se haya iniciado la fase ejecutiva del mismo⁸⁰.

En 2003, el artículo 515 del CP experimentó una ampliación su ámbito delictivo, con una nueva redacción que se introducía en el apartado 1º del mismo, en el que se describe una primera hipótesis de las conductas constitutivas de asociaciones ilícitas, donde antes la norma penal decía: «Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión», cambiando el tenor del tipo penal por el siguiente: «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»⁸¹.

Posteriormente con la Reforma de LO 5/2010 se ha introducido un nuevo Capítulo VI dentro de los delitos contra el orden público, dedicado a las organizaciones y grupos criminales, que establece diferencias entre las organizaciones y los grupos criminales (arts. 570 *bis*, 570 *ter*, 570 *quáter* CP), y del que materia de nuestro estudio será el 570 *bis*, que está referido al delito

⁷⁸ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas...*, op. cit., pág. 83.

⁷⁹ TAMARIT SUMALLA, José María, «Delitos contra la Constitución», en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.) / VALLE MUÑIZ, José Manuel (coord.), *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, Aranzadi, Navarra, 1996, pág. 1447.

⁸⁰ TAMARIT SUMALLA, José María, «Delitos contra la...», op. cit., pág. 1448.

⁸¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *La Reforma penal española de 2003: Una valoración crítica*, Tecnos, Madrid, 2004, pág. 45.

propio de organización criminal, el cual lo tipifica de la siguiente manera⁸²: «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 tuviere por finalidad u objeto la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de tres a seis años en los demás casos; y quienes participaren 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. A los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas»⁸³.

Actualmente, en España, los datos sobre criminalidad organizada son preocupantes; además de la actividad de grupos terroristas, se ha detectado un importante incremento tanto cualitativo como cuantitativo de las bandas criminales que operan en España, llegando a constituir un punto de entrada y tránsito de drogas hacia otros Estados europeos, en razón de su situación geográfica⁸⁴. Dentro de las principales actividades delictivas realizadas en España, se encuentran el narcotráfico, los delitos contra el patrimonio, el orden socioeconómico y blanqueo de capitales. Otras actividades delictivas son las

⁸² LLOBET ANGLÍ, Mariona, «Tenencia, tráfico y depósito de armas o municiones, organizaciones y grupos criminales y delitos de terrorismo», en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, (Dir.) / PASTOR MUÑOZ, Nuria (coord.), *El nuevo Código penal, comentarios a la Reforma*, La Ley, Madrid, 2012, pág. 677-678.

⁸³ BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, n° 152, miércoles 23 de junio de 2010.

⁸⁴ DELGADO MARTÍN, Joaquín, op. cit., pág. 23. / España es el país europeo que registra la mayor cantidad de decomisos de estupefaciente y precursores, y que dejan evidencias de que tiene lugar una importante actividad de blanqueo de capitales por parte de mafias de diversas nacionalidades. Vid. SERRANO-PIEDRECASAS, José Ramón, «Respuesta penal al crimen organizado», en PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando, «*universitas vitae*» *Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2007, págs. 765-766/ El papel que juega la península Ibérica por su situación geográfica es clave para las organizaciones criminales. Vid. OCTA 2009, *EU Organised Crime Threat Assessment*, EUROPOL, pág. 13.

rutas y redes de inmigración, la trata de seres humanos y las falsificaciones documentales, aunque actualmente hay otro tipo delictivo integrada a las anteriores que es el “cibercrimen”⁸⁵.

Frente a los principales delitos antes mencionados, España destaca seis ejes prioritarios en la lucha contra el crimen organizado, en el proyecto de una estrategia de 2011-2014, cuales son⁸⁶:

- 1) Potenciar la inteligencia contra el crimen organizado, que tiene como objetivo intercambio de información inteligencia y evaluación;
- 2) Atacar la economía del crimen organizado, accediendo a los registros de cuentas bancarias y rastreo de operaciones financieras.
- 3) Atacar las principales actividades del crimen organizado, como ser el narcotráfico, la corrupción, el blanqueo de capitales, el “cibercrimen”, el tráfico y trata de seres humanos, los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el fraude tributario, bien así la falsificación del euro y documentos;
- 4) Reforzar la capacidad operativa de la policía y de la guardia civil, con desarrollo de agentes encubiertos, protección de testigos, orden europea de detención, y equipos conjuntos de investigación;
- 5) Impulsar la coordinación y cooperación internacional, como EUROPOL, EUROJUST, OLAF y estados miembros;
- 6) Fomentar la participación del sector público y privado afectado.

III.- Importancia de la organización dentro del Estado desde la óptica sociológica

Hemos de observar la importancia que la organización tiene dentro de una sociedad y cómo influye en las personas, pues constituye un dato para entender el

⁸⁵ Lucha Contra el Crimen Organizado, *Balance 2010 y estrategia Española 2011-2014 contra el crimen organizado*, 2011, pág. 1. (www.interior.gob.es).

⁸⁶ Lucha Contra el Crimen Organizado, *Balance 2010 y Estrategia española 2011-2014 contra el crimen organizado*, 2011, pág. 11-18. (www.interior.gob.es).

grado de peligrosidad e influencia que puede llegar a alcanzar la utilización de este tópico de una manera desviada dentro la sociedad, esencialmente cuando se orienta dicha creación a organizaciones con finalidades delictivas.

En el aspecto organizacional, la sofisticación propia de las sociedades contemporáneas representa una singular peculiaridad, debido a la característica polifacética inherente a la organización multifacética, y al elevado número de formaciones sociales complejas, consistentes en fines racionalmente constituidos y que además han ido surgiendo en los campos más importantes de la vida, como en las empresas, los hospitales, las prisiones, las escuelas, las universidades, los departamentos de administración, las grandes unidades militares y las iglesias. También pertenecen a estas formaciones las asociaciones, ya sean partidos, sindicatos, asociaciones profesionales, económicas y víctimas de la guerra o de exiliados⁸⁷. Los tipos de organizaciones que se denominan organizaciones formales tienen una planificación y una finalidad, además de contar con una división de trabajo, dentro de las cuales emergen las organizaciones informales, que son las relaciones sociales que nacen entre los que integran la organización formal; la complejidad de las organizaciones formales se han enfatizado tanto porque están hechas por el hombre, mientras que, por otro lado, la complejidad de una organización social ha ido evolucionando lentamente⁸⁸.

Las organizaciones son importantes y tienen especial trascendencia, puesto que la gente pasa mucho tiempo en ellas, tanto las personas adultas como los propios niños; así, las personas adultas destinan más de una tercera parte de su tiempo en organizaciones (v.g., empresas, instituciones públicas o privadas), y los niños, por su parte, destinan casi el mismo tiempo en centros educativos⁸⁹.

⁸⁷ MAYNTZ, Renate, *Sociología de la organización*, Alianza, Madrid, 1990, pág. 11.

⁸⁸ BLAU, P. M. / SCOTT, R. W., «El concepto de organización formal», en RAMIÓ, Carles / BALLART, Xavier, *Lecturas de teorías de la organización, la evolución histórica del pensamiento organizativo, los principales paradigmas teóricos*, vol. I, Ministerio para las Administraciones Públicas (MAP), 1993, págs. 406 y sigtes.

⁸⁹ MARCH, James G. / SIMON, Herbert A., *Teoría de la organización*, Ariel S.A., Barcelona, 1987, pág. 2.

Por todo lo anterior, las organizaciones constituyen elementos fundamentales con los que se construye la sociedad actual, además de que representan los vehículos principales a través de los cuales se desarrolla la acción colectiva. Cuando los grupos de intereses y las clases sociales realizan acciones colectivas, lo hacen utilizando organizaciones; a su vez, el Estado es en sí mismo un aparato organizacional. Las organizaciones se infiltran en nuestras vidas, y tendemos a considerar su existencia como algo dado. La mayor parte de las vidas de las personas sólo se puede describir en términos de sus relaciones con organizaciones por cuestiones como haber nacido en un hospital, educado en escuelas, empleado por una empresa -institución pública o privada-, cuidado por la organización sanitaria, e incluso entretenido por ciertas organizaciones⁹⁰.

El posicionamiento de las organizaciones se sitúa como fenómeno clave de nuestro tiempo, ya que convierte a la política, las clases sociales, la economía, la tecnología, la religión y la familia en variables dependientes. Las organizaciones son la base de la sociedad⁹¹. Es tal la influencia social de las organizaciones que las mismas han llegado a constituir parte esencial en nuestra vida cotidiana en sociedad, en base al hecho de que prácticamente todos, directa o indirectamente, somos parte o tenemos un vínculo con alguna organización, cualquiera sea su índole o naturaleza, ya sea en situación de empleador, obrero, estudiante, profesor, sacerdote, político, etc. Por esta razón la organización tiene su sello implícito en nuestra realidad, y nosotros la aceptamos sin cuestionarla. Ahora bien, si trasladamos todas las cualidades de la organización y su relevancia dentro la sociedad, y orientamos todo su sistema estructural hacia la creación de una organización criminal, podremos tener una idea del grado de riesgo y peligrosidad que conlleva el hecho de materializar un proyecto de organización criminal en una sociedad.

⁹⁰ RODRÍGUEZ, Josep A. / GUILLÉN, Mauro F., «Organizaciones y profesiones en la sociedad contemporánea», *REIS*, nº 59, 1992, pág. 10. *Vid.*, en el mismo sentido respecto a nuestra relación con las organizaciones y su existencia, MAYNTZ, Renate, *op. cit.*, pág. 12.

⁹¹ PERROW, Charles, «Una sociedad de organizaciones», *REIS*, nº 59, 1992, pág. 19.

IV.- Medios que utiliza la criminalidad organizada

El crimen organizado puede tomar formas diversas, además puede adoptar métodos de acción, de estrategias operativas y de tácticas variadas, así como ofrecer trazos característicos variados tales como la intimidación, la violencia, el terror, la corrupción, como método estratégico o táctico. Una organización interna altamente estructurada también se puede valer de una forma legal de sociedad para proteger a sus miembros, especialmente los dirigentes, en otros casos, a través de la utilización de sociedades ficticias, que otorgue una apariencia de legalidad y una aparente integración en el cuerpo social⁹².

Una organización criminal necesita tener el férreo control del mercado ilícito que obtiene sus beneficios, por lo que suele mostrarse inflexible a la hora de cometer los delitos que a tal fin estime necesarios, lo que implica tanto la comisión de un mayor número infracciones penales como la frecuente utilización de medios muy violentos⁹³, cuales son la coacción y las amenazas, que frente a otros medios sofisticados constituyen unos medios prácticos y eficaces de ejercicio de la intimidación y la violencia.

Ciertamente, la criminalidad organizada hace un uso sistemático de la violencia, tanto interna como externa, esto es, bien en sus relaciones al interior de sus miembros, para mantener la cohesión del grupo o resolver conflicto, bien en sus relaciones con el mundo exterior, para cometer delitos propios de su actividad ilícita, en la aplicación de violencia contra otras organizaciones criminales y contra autoridades o de represión para favorecer su impunidad. Las amenazas, las coacciones, las lesiones, los homicidios son delitos propios de los

⁹² HERRERO HERRERO, César, *Criminología parte general y especial, 2007...*, op. cit., pág. 613. (Nota al pie 8).

⁹³ DELGADO MARTÍN, Joaquín, op. cit., pág. 26.

códigos de conducta de la criminalidad organizada que se sirve de lo que se denomina método mafioso, es decir, intentar someter al más débil⁹⁴.

La violencia constituye un medio de desarrollo tradicional de los grupos criminales, y su utilización tiene diversos objetivos, atendiendo a las víctimas u objetivos a quienes va dirigida, además cumple fines disciplinarios cuando se ejerce hacia miembros propios de las organizaciones, fines defensivos cuando se dirige a miembros de instituciones públicas, agentes de control o sujetos pertenecientes a otras organizaciones, y fines comerciales cuando los actos violentos constituyen acciones necesarias para el desarrollo del negocio ilegal⁹⁵. También cuando las organizaciones criminales siguen normas subculturales, una especie de «convenio tácito», cuando cada miembro está obligado a una absoluta lealtad frente al sindicato. No está permitido a ningún miembro informar sobre cualquier asunto a la policía u otras autoridades o, incluso, buscar refugio o consejo en las autoridades⁹⁶, situación ésta que los dejaría expuestos; y para prevenir eso utilizan la violencia como método de control directo, por ejemplo para hacer callar a un potencial testigo, o como método de control indirecto para imponer un castigo ejemplar a un miembro por quebrantar las normas del grupo y para intimidar, de esta manera, a potenciales violadores de las normas⁹⁷.

Después de la violencia, como medio utilizado por las organizaciones criminales, se presenta la corrupción, que en el contexto de la globalización se transforma en un fenómeno extensivo, expresivo de que la desaparición progresiva de las fronteras ha supuesto en los últimos años un incremento del libre comercio y la paulatina desaparición de las restricciones impuestas al mismo

⁹⁴ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal...*, op. cit., pág. 138.

⁹⁵ GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, Andrea, «La delincuencia organizada en Europa: Extensión, factores facilitadores y rasgos principales», en CENTRO NACIONAL DE ESTUDIOS DE LA DEFENSA NACIONAL, *La lucha contra el crimen organizado en la Unión Europea*, Ministerio de Defensa-España, nº 48, 2012, pág. 15.

⁹⁶ SCHNEIDER, Hans Joachim, «Recientes investigaciones criminológicas sobre criminalidad organizada», en *RDPC*, Madrid, 1993, pág. 728.

⁹⁷ SCHNEIDER, Hans Joachim, «Recientes investigaciones criminológicas...», op. cit., pág. 729.

por la legislación de los Estados. Podemos considerar que dicha globalización ha supuesto indudables mejoras para las sociedades humanas, particularmente en los países desarrollados, pero ha permitido también el agravamiento de las características de algunos fenómenos delictivos, y, en particular, de la corrupción⁹⁸, la cual se manifiesta en tres fases, cuyo principal matiz es el daño económico⁹⁹.

La corrupción¹⁰⁰, tal como ha sido entendida usualmente, ha variado también sus características esenciales en función de los tiempos actuales. La corrupción moderna opera más en los mercados financieros y responde a la descripción de conductas de tipos penales más modernos, como el de tráfico de influencia y el de abuso de información privilegiada. Este fenómeno, unido a la creciente confusión de intereses entre el sector público y el privado, ha permitido que la corrupción se haya convertido en un fenómeno sistémico, donde los comportamientos rebasan la esfera personal o individual del funcionario, para

⁹⁸ CASTRESANA FERNÁNDEZ, Carlos, «Corrupción, globalización y delincuencia organizada», en RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás / FABIÁN CAPARRÓS (coords.), *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Ratio Legis Librería Jurídica, Salamanca, 2004, pág. 213.

⁹⁹ Si se observa desde una perspectiva institucional un contrato corrupto, en la línea del tiempo se puede identificar tres fases; la iniciación del acuerdo, que culmina con el pago de un soborno o la entrega de un beneficio no monetario, seguida por la ejecución del acuerdo, que en el mejor de los casos termina con la entrega del *quid pro quo*. Por último, la fase post-contractual, ya que ambas partes conservan informaciones que podrían causar daño a la otra. *Vid.*, con mayor detalle BOEHM, Frédéric / LAMBSDORFF, Johann Graf, «Corrupción y anticorrupción: una perspectiva neo-institucional», *REI*, Vol. 11, nº 21, segundo semestre 2009, págs. 45-79. / En el mismo sentido, TANZI, Vito / DAVOODI, Hamid, «Corrupción, inversión pública y crecimiento», *GAPP*, nº 21, mayo-agosto de 2001, págs. 73-82.

¹⁰⁰ De acuerdo con CACIAGLI, hay corrupción, si un titular de derechos y deberes públicos los aprovecha para ganar una posición de status, para una ventaja personal o para una ventaja financiera privada para sí mismo, para su familia, para los grupos profesionales, para el partido. En su opinión, lo fundamental es que las decisiones políticas se intercambien con dinero, también con otros recursos, pero que tengan el valor del dinero *Vid.* CACIAGLI, Mario, *Clientelismo, corrupción y criminalidad organizada*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, pág. 54. / Para N. QUELOZ, citado por CÉSAR HERRERO, la corrupción representa un proceso criminal específico, distinto en sí, de la criminalidad organizada (en general), del blanqueo de dinero o de la financiación ilegal de de partidos políticos (en particular); aunque, a veces pueden existir lazos estrechos entre las actividades, según las circunstancias. Cuando tales vínculos están entrelazados, la corrupción representa entonces una forma de violencia dulce (...) en Cfr. HERRERO HERRERO, César, *Criminología parte general y especial, 2007...*, op cit., pág. 621. / *Vid.* también MUSACCHIO, Vincenzo, «Corrupción política y criminalidad organizada: peligrosas conveniencias», en *Revista General de Derecho Penal*, nº 20, 2013.

convertirse en un mecanismo regular o habitual de la asignación presupuestaria y de la contratación pública que compromete el proceso de adopción de decisiones de las instituciones democráticas¹⁰¹.

Y es que la corrupción es un fenómeno tan antiguo como la vida en comunidad y que políticamente pueda ser la vía más rápida para llegar al poder es característica que pertenece a este género de modalidades delictivas que presentan una alta cifra oscura, derivada no sólo de la extendida actitud de ocultación general, la cual viene a sumarse al evidente interés de las partes de conservar el acuerdo de manera reservada, sino también de los múltiples obstáculos que se alzan contra su adecuada investigación y prueba¹⁰². Se adquiere, de esta manera, un mayor riesgo para el Estado democrático, especialmente cuando hablamos de corrupción política¹⁰³; la explosiva mezcla de crimen organizado y corrupción política es, probablemente, el mayor riesgo actual para la gobernabilidad de nuestras sociedades.

Consciente de este elemento, y con miras a mejorar la prevención de la delincuencia organizada, la UE realiza el desarrollo y la aplicación de una política anticorrupción global que incluya medidas de Derecho penal, la promoción de los principios éticos y de integridad en la Administración pública, un mejor control de las políticas nacionales de anticorrupción. Además, otras normas y obligaciones internacionales son esenciales y oportunos para aplicar eficazmente el Convenio de la ONU contra la corrupción¹⁰⁴.

¹⁰¹ CASTRESANA FERNÁNDEZ, Carlos, «Corrupción, globalización...», op. cit., pág. 217. / *Vid.*, sobre las causas que motivan la corrupción, especialmente, DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, «Iniciativas internacionales contra...», op. cit., págs. 7 y sig.

¹⁰² DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, «Iniciativas internacionales contra...», op. cit., pág. 6.

¹⁰³ VILLORIA MENDIETA, Manuel, «Crimen organizado y corrupción: causas y consecuencias», en CENTRO NACIONAL DE ESTUDIOS DE LA DEFENSA NACIONAL, *La lucha contra el crimen organizado en la Unión Europea*, Ministerio de Defensa-España, nº 48, 2012, pág. 63.

¹⁰⁴ COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL CONSEJO Y AL PARLAMENTO EUROPEO, *Desarrollo de un concepto estratégico para hacer frente a la delincuencia organizada*, Comisión de las Comunidades Europeas, 2005, pág. 5. / DECISIÓN Nº 26/2004 DEL COMITÉ DE LAS REGIONES, *Relativa a las condiciones y las modalidades de las investigaciones internas en*

V.- Paradigmas estructurales de la criminalidad organizada

Como mencionamos anteriormente, una de las características de la criminalidad organizada es su estructura, así como el alto grado de organización. Las diferentes descripciones varían, desde los grupos con estructura jerárquica compleja y trascendente a más o menos redes permanentes, a grupos organizados horizontalmente o a grupos de proyectos. Tres son, pues, los enfoques que se pueden distinguir de acuerdo con que los grupos delictivos organizados se estructuran jerárquicamente, de forma horizontal o como una red de individuos o de células¹⁰⁵.

A pesar de la apariencia de estos grupos de delincuencia organizada, debe destacarse que los grupos poderosos jerárquicos continúan ocupando posiciones claves dentro de la delincuencia organizada en la Unión Europea. La mayor flexibilidad, en todo caso, le vendría exigida para poder implicarse en diversas actividades delictivas de acuerdo con las oportunidades que se le presentan y con el equilibrio entre el alto rendimiento y bajo riesgo del acto delictivo¹⁰⁶. Podríamos aventurarnos a decir, sin temor a equivocarnos, que nos encontramos frente a una verdadera metamorfosis de lo que es este fenómeno de la criminalidad organizada, esto debido a su variedad organizativa que presenta y que con el tiempo ha ido evolucionando y que han sido identificadas como: estructura jerárquica, horizontal y celular o de red.

materia de lucha contra el fraude, la corrupción y toda actividad ilegal que vaya en detrimento de los intereses de las Comunidades, Diario Oficial de la Unión Europea, 2004. / DECISIÓN DEL CONSEJO, sobre la adhesión de Bulgaria y Rumanía al Convenio establecido sobre la base del artículo K.3, apartado 2, letra c), del Tratado de la Unión Europea, relativo a la lucha contra la corrupción en la que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o funcionarios de los Estados miembros de la Unión Europea, Diario Oficial de la Unión Europea.

¹⁰⁵ Cfr. «European Union Organised Crime Situation Report 2000, Diciembre 2001», pág. 7.

¹⁰⁶ HERRERO HERRERO, César, *Criminología parte general y especial, 2007...*, op cit., pág. 624 / En este sentido escoge sus actividades ilegales pretendiendo minimizar en lo más posible tanto el riesgo de ser descubiertas y procesadas como los esfuerzos y gastos necesarios para tal motivo y, a la vez, maximizar lo más rápida y fácilmente los beneficios *Vid.* SCHNEIDER, Hans Joaquim, «Recientes investigaciones criminológicas...» op. cit., pág. 726.

A) Estructura jerárquica

Las estructuras jerárquicas son vinculadas propiamente a menudo con las organizaciones de tipo mafioso. En este caso, cabe apreciar diferentes niveles de organización que en ellas se pueden reconocer; por lo general, se hace referencia a la parte superior, a la media, y a los niveles de fondo¹⁰⁷.

En el nivel superior se encuentran los dirigentes o líderes del grupo que toman las decisiones del mismo, funcionales, organizativas etc. Por lo general, no participan en la comisión material de los delitos del grupo y, además, en muchos casos, son personas de prestigio y reconocimiento social, pues a menudo actúan en la vida legal como empresarios o políticos. La elección de los integrantes de este nivel puede proceder de diferentes fuentes, como la superioridad física o las relaciones familiares o de amistad. Habitualmente se rodean de asesores, como economistas, abogados o informáticos¹⁰⁸. El crimen organizado no tiene cara, es decir, no existe una cabeza o jefe visible: se mezclan la ilegalidad y la legalidad. Podría denominarse a esta instancia como el centro de decisiones, ya que es aquí donde se toman los acuerdos nacionales e internacionales¹⁰⁹.

En el segundo nivel se encuentran los guardaespaldas, aunque también podemos encontrar otros tipos de personas, los cuales cumplen funciones de apoyo y también incluyen ciertas funciones ejecutivas, dando instrucciones a los miembros; su tarea es sobre todo supervisar los niveles más bajos de la jerarquía. El nivel medio es el responsable, con un cierto grado de autonomía, de adoptar decisiones que no son muy importantes, para llevar a cabo proyectos o delitos

¹⁰⁷ Cfr. «Report on the Organised Crime Situation in Council of Europe Member States, 1998», Cap. II, sec. 1.1, pág. 7.

¹⁰⁸ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, *La criminalidad organizada, aspectos penales, procesales...*, op. cit., pág. 58.

¹⁰⁹ ROTH, Jürgen / FREY, Marc, *Europa en las garras...*, op. cit., pág. 11.

que no revisten especial gravedad¹¹⁰. También en esta instancia se reparten los mercados de la delincuencia, de miles de millones, según los sectores de empresa, es decir, desde el robo al tráfico de drogas¹¹¹.

En el nivel más bajo encontramos a los encargados de la comisión de delitos. Su número e identidad pueden ser fluctuantes, teniendo en cuenta las necesidades y circunstancias por las que atraviesa el grupo en cada momento y su situación actual¹¹². Como se ha indicado, en la parte inferior de dicha estructura se encuentran los pequeños delincuentes, llamados también “soldados”, cuales son los estafadores, encubridores, ladrones, asaltantes de bancos y otros¹¹³.

Entre los paradigmas de esta estructura, los grupos criminales que se ajustan y utilizan esta forma de organización son las tradicionales mafias italianas, que han llegado a alcanzar especial relevancia, ya que sus miembros someten su comportamiento a estrictos códigos de conducta, dentro de un régimen de estratificación tan marcado como es el de la estructura jerárquica.

B) Estructura horizontal

Una segunda categoría se compone de grupos que utilizan diferentes tipos de estructuras más horizontales. Además de grupos de miembros que pertenecen a la misma familia se pueden encontrar miembros, cuyas relaciones se basan en las amistades. La fuerte lealtad es una característica importante; estos grupos suelen ser más bien pequeños y muy flexibles. Los contactos personales se utilizan a menudo sobre una base *ad hoc* para la duración de una actividad delictiva específica¹¹⁴.

¹¹⁰ Cfr. «Report on the Organised Crime Situation in Council of Europe Member States, 1998», Cap. II, sec. 1.1, pág. 7.

¹¹¹ ROTH, Jürgen / FREY, Marc, *Europa en las garras...*, op. cit., pág. 11.

¹¹² SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, *La criminalidad organizada, aspectos penales, procesales...*, op. cit., pág. 59.

¹¹³ ROTH, Jürgen / FREY, Marc, *Europa en las garras...*, op. cit., pág. 11.

¹¹⁴ Cfr. «Report on the Organised Crime Situation in Council of Europe Member States, 1998», Cap. II, sec. 1.1, n° 13, pág. 7.

El modelo de estructura horizontal lo encontramos entre conocidas organizaciones criminales italianas, como la *Camorra*, que se ubica en la región de Campania, y también la *'Ndrangheta*, de Reggio Calabria; se organizan en clanes familiares. En un determinado momento, trataron de establecer una estructura jerárquica centralizada, pero no funcionó¹¹⁵. Esta estructura es, asimismo, propia de las *triadas* chinas, compuestas de facciones cada una con dirección autónoma. También en células se organizan en la actualidad los grupos colombianos, frente a los antiguos cárteles de mayor tamaño y consistencia.

C) Estructura celular o de red y de estructura fluida

Una tercera categoría se compone de grupos que operan en redes poco de punto de los individuos. Por lo general, los miembros no conocen a muchos otros miembros del grupo. Los grupos delictivos organizados, especialmente centrado en el tráfico de drogas, no parecen estar organizadas de forma piramidal. Según algunas fuentes, cada transacción puede considerarse como un proyecto separado y para cada uno de estos proyectos de nuevas estructuras de cooperación establecidas. De esta manera el riesgo de ser atrapado se reduce¹¹⁶.

¹¹⁵ Vid., al respecto, FALCONE, Giovanni, *Cosas de la Cosa Nostra*, Ediciones Barataria, Barcelona, 2006, págs. 105-106 / Sobre los intentos de unificación Vid. DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis / GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, Andrea, *Crimen org. evolución y clave de la delincuencia organizada*, Planeta S. A., Barcelona, 2010, págs. 64-70.

¹¹⁶ Cfr. «Report on the Organised Crime Situation in Council of Europe Member States, 1998», Cap. II, sec. 1.1, n° 14, págs. 7-8. / Informe 2004 de la Unión Europea sobre la delincuencia organizada, EUROPOL, 2004, pág. 8. / Como ejemplo de ello tenemos los cárteles colombianos de -Medellín y Cali-, ambos grupos tienen cuentas en el extranjero por sumas que ascienden de diez a veinte mil millones de dólares -lo que nos deja ver la fuerte capacidad económica de la que disponen-, por otro lado el cartel de Medellín consta de unos 200 grupos y tienen una estructura relativamente descentralizada y amorfa, no es una burocracia en sentido de Max Weber, sino más bien una coalición, una confederación. Desde el Perú y Bolivia se lleva la pasta de cocaína a Colombia; allí se la refina, luego se la transporta a Norteamérica, Europa y Japón, donde los cárteles mantienen amplias redes comerciales al por mayor y al por menor Vid. SCHNEIDER, Hans Joaquim, «Recientes investigaciones criminológicas...», op. cit., pág. 736.

En este tipo de estructura las jerarquías son muy fluidas, es decir, los líderes de grupo pueden cambiar de roles con otros miembros del grupo, de acuerdo a las necesidades que surgen en el contexto de cada proyecto criminal. En una subdivisión en “líderes” y “nivel bajo”, los participantes pueden intergarse en función de la situación, y las habilidades, fortalezas y debilidades de cada miembro del grupo¹¹⁷.

Los grupos de estructura fluida son aquellos grupos caracterizados por un menor nivel de organización: sus integrantes están sujetos por lazos menos consistentes, y son sujetos en parte variables y que a veces no se conocen incluso entre sí, de modo que el grupo recompone su estructura en función de cada operación criminal que lleva a cabo. Esta forma de trabajo reduce el riesgo de que sus miembros sean descubiertos o capturados. Algunos autores citan entre ellos a los *carteles* colombianos de la droga.

VI.- Tipos de mafias

Aunque la palabra mafia se emplee a menudo como sinónimo de organización criminal, en realidad su acepción más precisa alude a la *Cosa Nostra* y tiene su origen en la isla italiana de Sicilia. El término 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 pendenciero¹¹⁸.

La mafia, dentro de la compleja estructura que constituye el crimen organizado, es una instancia gobernante que ha logrado mantenerse, firmemente atrincherada en la posición dominante. Imponiendo sus normas y regulaciones onerosas; ejerciendo una presión tremenda para mantener el control, ningún otro

¹¹⁷ Cfr. «Council of Europe - Organised crime situation report 2000», nº 2.1.1, pág. 7.

¹¹⁸ 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 dramaturgo siciliano y representada por primera vez en 1863. Vid. DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis / GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, Andrea, *Crimen org. evolución...*, op. cit., págs. 43-44.

grupo del *hampa* había sobrevivido a los estragos del tiempo, ni de los que combaten el crimen tan bien como éste, llegando a constituir el organismo más extendido y efectivo del mundo¹¹⁹.

La mafia adopta un modelo estructural jerárquico que le permite mayor capacidad operativa y estratégica, lo que las dota de mayor peligrosidad. A veces basan su cohesión en reglas de lealtad propia de los grupos familiares y los clanes, donde imperan estrictos códigos de honor y justicia al margen de los formales, como el código del silencio y respeto a las promesas verbales¹²⁰. Dentro de este tópico estructural jerarquizado se encuentran las denominadas; mafias italianas, japonesa, rusa y las triadas chinas.

A) La mafia italiana

La mafia tal como se la conoce, no empezó como una agencia criminal propiamente, sino que creció especialmente durante el siglo XIII, en calidad de grupo de resistencia contra la invasión extranjera, porque a lo largo de la historia Sicilia había sufrido constantes invasiones, por parte de los árabes, normandos, germanos, franceses y españoles. La organización clandestina apareció como combatiente contra esos intrusos. Durante siglos la sociedad se mantuvo únicamente gracias a un recalcitrante espíritu patriótico que pretendía repeler a los invasores¹²¹.

Si bien con el tiempo la mafia sufrió transformaciones, actualmente se constituye en una organización criminal con finalidad económica, que se integra

¹¹⁹ BALSAMO, William / CARPOZI, George Jr., *Los secretos de la mafia*, Ediciones Robinbook, Barcelona, 2008, pág. 16.

¹²⁰ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, «Perfil criminológico de la delincuencia transnacional...», op. cit., pág. 649.

¹²¹ BALSAMO, William; CARPOZI, George Jr., *Los secretos de...*, op. cit., pág. 17 / Para GIUSEPPE PITRÉ, famoso antropólogo y etnólogo de la segunda mitad del siglo XIX, la mafia era «la conciencia del propio ser y el concepto desmesurado de la fuerza individual. La mafia no era sólo una asociación, el mafioso no era solo un ladrón, sino sencillamente un hombre valiente y audaz, que no se deja avasallar». Cfr. CACIAGLI, Mario., op. cit., pág. 111.

de personas que han de pasar previamente, antes de ser admitidas, por un proceso de iniciación, es decir, de instrucción específica, y de prueba, y cuya admisión ha de efectuarse a través de votación de los miembros de la asociación, con capacidad decisoria (cooptación). Tales organizaciones poseen una tradición en el ámbito geográfico de su actividad, y se asientan sobre raíces socio-culturales de carácter endogámico: la familia, el honor, la cultura de la muerte en aras del grupo, poder orgánicamente endógeno frente al poder del Estado¹²².

La mafia se distingue por ser, no sólo una criminalidad asociada, sino también estable y persistente. Si la criminalidad organizada predominantemente es como la de la mafia italiana, a diferencia de la de otros países democráticos, entra no sólo en el mercado económico, sino directamente en el mercado político¹²³, que busca tener poder o influencia política para mimetizar sus delitos.

La mafia actúa en el plano distinto al de la “reversión” del poder político. La mafia es una organización paralela al Estado. Vive, parasitariamente, de extorsionar y manipular el desarrollo económico del Estado, trabajando en la ilegalidad y clandestinidad. No actúa en *pro* de la sociedad, sino en provecho propio y de sus miembros. La mafia no tendría sentido sin el Estado paralelo del que vivir¹²⁴.

Por otro lado, una explicación socio-cultural acerca de la mafia revela que la misma se ha adaptado y evolucionado, de forma que, ayer como hoy, es una organización destacada de la sociedad, que no tiene ninguna legitimación en la

¹²² HERRERO HERRERO, César, *Criminología parte general y especial, 2007...*, op cit., pág. 625. / En ese sentido Umberto Santino indica que; “a diferencia de la criminalidad común, la mafia no viola en derecho, sino que *niega el derecho*, porque no reconoce el monopolio estatal de la fuerza y está, por eso, *fuera de y contra el Estado*, considerando el uso del asesinato como su forma de justicia; pero, por sus actividades ligadas al dinero público o su participación activa en la vida pública, la mafia está *dentro de y con el Estado*, Vid. CACIAGLI, Mario, *Clientelismo, corrupción...*, op. cit., pág. 121.

¹²³ CACIAGLI, Mario, *Clientelismo, corrupción...*, op. cit., pág. 93.

¹²⁴ HERRERO HERRERO, César, op cit., págs. 625-626.

cultura de los sicilianos, sino que basa su poder exclusivamente en el uso de la violencia y de la complicidad¹²⁵.

1) *La camorra*

Los camorristas son gánsteres y se comportan como tales. Es decir, disparan sin titubear, no se fían de los abogados y casi nunca niegan su pertenencia a esta o aquella banda¹²⁶. Su centro de operaciones se encuentra en Campania. No tiene una estructura centralizada. Se constituye mediante la conjunción de una serie de organizaciones locales que no siempre conviven en armonía. Sus miembros no han de estar necesariamente unidos por lazos de parentesco¹²⁷.

La camorra se distingue también por no haber gozado nunca de la impunidad centenaria de la mafia siciliana. Siempre fue considerada como una organización criminal que el Estado tenía que combatir y eliminar, y en efecto fue combatida y casi eliminada, reduciéndose a fenómeno entre folklore y gangsterismo de barrio¹²⁸.

Pero la camorra, ni siquiera en las dos últimas décadas, después de su crecimiento en términos de volumen de tráfico y de relieve político, nunca ha logrado o pretendido construir una estructura única de tipo piramidal. La camorra sigue teniendo una estructura horizontal, al integrar a un conglomerado de organizaciones distintas de carácter local, entre las que a menudo se libran luchas para controlar el territorio y los asuntos criminales¹²⁹.

¹²⁵ CACIAGLI, Mario, *Clientelismo, corrupción...*, op. cit., pág. 113.

¹²⁶ ROTH, Jürgen / FREY, Marc, *Europa en las garras...*, op. cit. 169.

¹²⁷ HERRERO HERRERO, César, *Criminología parte general y especial, 2007...*, op cit., pág. 626.

¹²⁸ CACIAGLI, Mario, *Clientelismo, corrupción...*, op. cit., pág. 96.

¹²⁹ CACIAGLI, Mario, *Clientelismo, corrupción...*, op. cit., pág. 97.

2) *La 'Ndrangheta*

Su sede se ubica en Calabria, y su estructura tampoco es centralizada, pues está constituida por clanes diferentes “*coshe* o *ndrine*” que guardan, entre sí, relaciones de horizontalidad. Sus miembros son reclutados entre personas unidas por vínculos de parentesco, sea por consanguinidad o por afinidad¹³⁰. Sólo parcialmente puede decirse de la *'ndrangheta* de Calabria que, compartiendo con la camorra una larga tradición de criminalidad común, presenta marcados rasgos de tipo cultural. La *'ndrangheta* (palabra que parece porvenir del griego antiguo) se remonta al siglo pasado y quizás antes, perdiéndose su origen en el tiempo y en las persistentes estructuras socio-económicas y culturales de la religión. A lo largo de toda su historia sigue faltando en la *'ndrangheta* una cúspide de mando. Las familias, que son verdaderas familias de sangre, mantienen su autonomía. La violencia más alta de la *'ndrangheta* es la que se produce entre los clanes familiares¹³¹.

3) *La mafia siciliana*

La mafia siciliana, que recibe su denominación de la región italiana donde tiene su origen, no constituye tampoco una organización única. Aunque, a decir verdad, aquí hay una organización compacta y férreamente jerarquizada, que sobresale por encima del resto: la llamada “*La Cosa Nostra*”¹³². Para ser miembros de la mafia se exigen primero ciertos requisitos y ritos que cumplir, para luego poder llegar a ser considerado un hombre de honor¹³³, como también jurar la *omertà*¹³⁴.

¹³⁰ HERRERO HERRERO, César, *Criminología parte general y especial, 2007...*, op cit., pág. 626.

¹³¹ CACIAGLI, Mario, *Clientelismo, corrupción...*, op. cit., pág. 99. / GABRIEL ORSI, Omar, *Sistema penal y crimen organizado. estrategias de aprehensión y criminalización del conflicto*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007, pág. 11.

¹³² HERRERO HERRERO, César, *Criminología parte general y especial, 2007...*, op cit., pág. 627.

¹³³ Con mayor detalle lo describe FALCONE que en la ceremonia de juramento para los *iniciados* que se convertirán en “*hombres de honor*”, los cuales juran frente una imagen sacra,

A diferencia de la *Camorra* y de la *'Ndrangheta*, que han sido durante décadas fenómenos circunscritos y privados, hasta desaparecer durante algunos periodos, la mafia siciliana ha tenido un papel prácticamente ininterrumpido de protagonista de absoluta en su región de origen, con frecuentes incursiones dentro de la escena italiana¹³⁵. Diferente al resto de organizaciones que no superan la vaga fraternidad -en el sentido de unidad-, el espíritu comunitario mafioso se traduce para la de Sicilia en un pacto federativo, que ha dado lugar a una organización unitaria, estructurada como un Estado y regida por reglas inflexibles que se imponen a sus miembros a través de métodos violentos¹³⁶.

En este entendido la célula central de la *Cosa Nostra* es la familia. La estructura jerárquica de la mafia siciliana se compone de la siguiente manera: en la base se encuentran los *hombres de honor*, un peldaño más arriba se encuentra el *capo* de familia, los *capos* de las diversas familias a su vez eligen a un representante provincial y esta cúpula provincial elige a un representante para la comisión regional, que es el verdadero órgano de gobierno polito-administrativo de la *Cosa Nostra*¹³⁷.

que defenderá a los débiles y que no deseara a la mujer de otro, no robará, no explotar la prostitución entre otros y, lo más importante no hablar jamás con extraños acerca de la *Cosa Nostra*. Posteriormente se les hace una pequeña incisión en el dedo índice con el que dispara, para extraer una gota de sangre con la que salpica la imagen sagrada, quemándose la imagen y el iniciado tratando de no apagarla pasando la imagen de una mano a otra. En suma integrarse a la mafia es el equivalente a convertirse a una religión. Vid. FALCONE, Giovanni, *Cosas de la Cosa...*, op. cit., pág. 93 y sigtes.

¹³⁴ Se trata de un pacto de silencio sobre la pertenencia a la organización y las actividades que desarrolla. La violación de este compromiso era severamente castigado. (...) GABRIEL ORSI, Omar, *Sistema penal y crimen...*, op. cit..., pág. 15. / La *omertà* impone un silencio absoluto frente al mundo exterior Vid. FINCKENAUER, James O., *Mafia y crimen organizado. todo lo que hay que saber sobre la mafia y las principales redes criminales*, Ediciones Península, Barcelona, 2010, pág. 114. / SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M^a. Isabel, «Función político-criminal del delito de asociación para delinquir: desde el Derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado», en NIETO MARTÍN, Adán (coord.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero santos In memoriam*, vol. II, Ediciones Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2001, pág. 655.

¹³⁵ CACIAGLI, Mario, *Clientelismo, corrupción...*, op. cit., pág. 101.

¹³⁶ HERRERO HERRERO, César, *Criminología, Parte general y especial*, 2007, op cit., pág. 628.

¹³⁷ FALCONE, Giovanni, *Cosas de la Cosa...*, op. cit., págs. 96-97.

Actualmente, como señala ARLACCHI, la gran transformación económica ha producido una transformación cultural, de forma que los integrantes de tales grupos se han visto obligados a pensar fuera de la cultura tradicional y así, en consecuencia, el valor básico de la antigua mafia que era el *honor* vendría hoy a indentificarse con la riqueza, y debido a esta vicisitud se ha perdido la legitimidad del poder frente a la sociedad local¹³⁸.

B) La mafia japonesa

Los grupos de naturaleza mafiosa operantes en Japón reciben el nombre de *boryokudan*, que significa *grupo de crimen organizado*, mientras que a los *miembros integrantes* del mismo se les denomina *Yakuza*¹³⁹.

Tradicionalmente los *boryokudan* han tenido y tienen unas estructuras de grupo, unos patrones de conducta, unos códigos, unos valores y una jerga distintivos. Son grupos altamente estructurados, basados en sistemas jerárquicos de hermanos mayores y menores y de la figura paterno-filial, aunque se afirma que actualmente esta estructura está menguando¹⁴⁰.

Los *boryokudan* utilizan la violencia, así como la corrupción en diversas actividades, como el blanqueo de dinero y la infiltración en negocios legales e ilegales. Se trata sin duda de una manifestación de crimen a escala internacional. En cuanto a sus características mafiosas, es de señalar que se dedican a la gestión

¹³⁸ Citado por CACIAGLI, Mario, *Clientelismo, corrupción...*, op. cit..., pág. 115. / Sobre la evolución y adaptación de la mafia en la tesis de CATANZARO, afirma que: “la persistencia de la mafia, incluso en sus procesos de profunda transformación, se debe al hecho de que los comportamientos mafiosos, desde su origen, no han sido un residuo del pasado, sino una combinación específica de lo antiguo y lo moderno, una mezcla entre violencia privada y violencia legítima del Estado, entre una competencia por la adquisición de recursos en el mercado y la ausencia de otro criterio regulador de las actividades económicas que el propio uso de esa violencia (...). De ese proceso de transformación ha sido protagonista a veces la propia mafia, gracias a esa capacidad de combinar valores tradicionales y modernos”. CACIAGLI, Mario, op. cit..., pág. 116.

¹³⁹ HERRERO HERRERO, César, *Criminología parte general y especial, 2007...*, op cit., pág. 630.

¹⁴⁰ FINCKENAUER, James O., *Mafia y crimen organizado...*, op. cit., pág. 131.

de crisis, lo que significa zanjar disputas personales fuera de los tribunales, y que asimismo cumplen también una función de seguridad, asumiendo así casi un papel gubernamental¹⁴¹.

Los *Yakuza* no viven en la clandestinidad, sino que, antes al contrario, hacen alarde de su condición¹⁴², y utilizan el nombre del grupo, y medios coactivos y extorsionadores con la finalidad de acumular lucro económico para el grupo y sus integrantes¹⁴³.

C) Las triadas chinas

El término es equivalente a triada, y se ha empleado tradicionalmente en china para designar un símbolo místico, un triángulo equilátero cuyos vértices se asocian a tres conceptos básicos de la cultura china: el cielo, la tierra y el hombre. Las sociedades secretas chinas tienen una larga historia. Desde antes de la edad moderna, al parecer las triadas chinas contemporáneas tienen su origen en el siglo XVIII, cuando se crearon fraternidades para oponerse a la dinastía imperial manchú de los *Qing*.

Posteriormente en la segunda mitad del siglo XIX, emigrantes chinos llegaron a Estados Unidos, atraídos por la fiebre del oro, viéndose sometidos a durísimas condiciones de trabajo, y de esta manera empezaron a desplazarse a zonas rurales donde crearon asociaciones en inicio destinadas a su protección¹⁴⁴. Las expresiones de crimen organizado chino y mafia china abarcan una amplia variedad de entidades, incluidas sociedades, sectas y triadas, bandas criminales organizadas, contrabando y tráfico de personas, y redes de narcotráfico. Todas ellas son organizaciones criminales, algunas exclusivamente domésticas y de operaciones locales, otras transnacionales, y otras más propias de las

¹⁴¹ FINCKENAUER, James O., *Mafia y crimen organizado*, op. cit., pág. 133.

¹⁴² DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis; GIMÉNEZ-SALINAS, Framis, op. cit., pág. 118.

¹⁴³ HERRERO HERRERO, César, *Criminología, Parte general y especial*, 2007, op cit., pág. 630.

¹⁴⁴ DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis; GIMÉNEZ-SALINAS, Framis, op. cit., pág. 130.

comunidades chinas de emigrantes de otros países. Entre las más conocidas de estas organizaciones se encuentra las triadas de *tong* y las bandas callejeras¹⁴⁵.

Probablemente no obstante, con el pasar de los años, han adquirido la peculiaridad de ser más secretas u ocultas que las caracterizó en sus inicios, deviniendo en un fenómeno más complejo, si bien ahora muy unido a la comunidad china. En el curso del siglo veintiuno, aunque por vía de vínculos entrelazados con la clase dirigente de Pekín, se ha de tener presente que, con la liberación de los mercados, China se ubicaría como potencia económica, lo que podría influir en transformar el fenómeno criminoso más peligroso del mundo¹⁴⁶.

Por lo que respecta a su estructura, las triadas presentan 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 la autoridad sobre una serie de departamentos y divisiones. Todos los jefes de las triadas desempeñan su respectivo cargo por un periodo de tiempo establecido tras haber sido elegidos por sus miembros¹⁴⁷.

D) La mafia rusa

El crimen organizado en Rusia tiene una historia de más de cuatrocientos años marcada por una difusa distinción entre lo legal y lo ilegal, lo público y lo privado, y un endeble sometimiento al imperio de la ley. Por lo cual el crimen organizado ruso existió antes de la época soviética y perdura hasta después de la Unión Soviética¹⁴⁸. Cualquier otro grupo no estrictamente ruso originario de los países de la antigua URSS está englobado erróneamente en dicha nomenclatura. Lo lógico sería denominarlos en su conjunto como mafia roja, ya que en el mismo marco además de las organizaciones rusas tienen cabida las chechenias,

¹⁴⁵ FINCKENAUER, James O., *Mafia y crimen organizado*, op. cit., pág. 133.

¹⁴⁶ HERRERO HERRERO, César, *Criminología, Parte general y especial*, 2007, op cit., pág. 629.

¹⁴⁷ Vid. DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis; GIMÉNEZ-SALINAS, Framis, op. cit., pág. 126.

¹⁴⁸ FINCKENAUER, James O., *Mafia y crimen organizado*, op. cit., pág. 125.

georgianas, armenias, lituanas, moldavas y bielorrusas, entre las más preponderantes¹⁴⁹.

Según un informe publicado en 1994, casi todos los pequeños negocios rusos y cerca del setenta por ciento de las empresas o bancos de mayor envergadura pagaban cuotas de protección a algún grupo criminal, y el mismo se valía de la violencia, la extorsión y las amenazas, para cobrar entre un quince y veinte por ciento de los ingresos de los negocios a los que prestaba protección¹⁵⁰.

La mafia rusa tanto dentro como fuera de las fronteras nacionales constituye una amenaza. En primer lugar, porque tiene unas redes poco cohesionadas de empresarios delictivos de la antigua Unión Soviética que se emplean en la comisión de diversos engaños: crímenes de cuello blanco, como estafas en la atención y la seguridad sanitarias, falsificación de moneda, estafas bursátiles y bancarias, etc. La segunda amenaza internacional es proveniente de lo que suponen las filiales o células de conocidos grupos de crimen organizado, dedicados al tráfico de drogas, de personas, de armas, de vehículos robados y demás¹⁵¹.

VII.- Campo de acción delictiva del crimen organizado

Cuando hablamos del campo de acción de la criminalidad organizada, es de tener en cuenta que el mismo se orienta en el sentido tanto del contexto delictivo como del ámbito territorial o geográfico en el que se desarrolla. No puede ocultarse el hecho de que la criminalidad organizada se caracteriza por presentar unos contornos muy imprecisos y un alto contenido de relativismo -esto

¹⁴⁹ SANSÓ-RUBERT PASCUAL, Daniel, «Criminalidad organizada transnacional y seguridad internacional», en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José J. / JORDÁN ENAMORADO, Javier / SANSÓ-RUBERT PASCUAL, Daniel, *Seguridad y defensa hoy construyendo el futuro*, Plaza y Valdés, Madrid, 2008, pág. 221. (Nota al pie 44).

¹⁵⁰ DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis / GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, Andrea, *Crimen organizado, evolución*, op. cit., pág. 183.

¹⁵¹ FINCKENAUER, James O., *Mafia y crimen organizado*, op. cit., pág. 127.

debido a su carácter polimorfo-, de modo que esta imprecisión acarrea abundantes controversias que favorecen en último término al mismo fenómeno¹⁵².

En la actualidad, la delincuencia más trascendente -por su nocividad-, para la sociedad en su conjunto, es la constituida en gran parte por la criminalidad organizada. El tráfico de estupefacientes sobre todo a media y gran escala, los tráficos de niños con finalidades lúbricas o de compraventa, el tráfico de mujeres con fines de prostitución, el tráfico de armas y casi la totalidad de los llamados delitos económicos se atribuyen a la criminalidad de dicha naturaleza¹⁵³. Es importante apuntar que en el marco de la UE se mencionan los que se podrían denominar “eurodelitos” en razón a la especial gravedad y a la dimensión transfronteriza de los mismos, y que, a nuestro parecer, podrían dividirse en dos partes: 1) El terrorismo y 2) la delincuencia organizada, y dentro esta última se encuentran: la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática¹⁵⁴. Al ser delitos comunes en los distintos Estados de la Unión Europea, consideramos que es un gran paso identificar determinados delitos que afectan en forma global a la comunidad europea, para posteriormente proseguir con la realización de estudios que permitan prevenir y reprimir dichos tipos delictivos, que son producidos por la organización criminal.

La mayoría de los grupos llevan a cabo varias actividades delictivas diferentes, y a continuación analizaremos las más significativas apoyándonos sobre todo en los informes criminológicos y en las estadísticas criminales de periodicidad por lo general anual sobre el crimen organizado por parte de

¹⁵² SANSÓ-RUBERT PASCUAL, Daniel, «Criminalidad organizada transnacional», op. cit., pág. 213.

¹⁵³ HERRERO HERRERO, César, *Criminología parte general y especial*, 2007, op cit., pág. 641.

¹⁵⁴ Esto conforme al art. 83 de la CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES de la UNIÓN EUROPEA, Luxemburgo, 2010.

Naciones Unidas y la Unión Europea¹⁵⁵. Los informes sobre evaluación de la amenaza del crimen organizado que publican las agencias europeas como Europol¹⁵⁶ nos alertan desde hace años sobre el crecimiento y desarrollo de la criminalidad organizada en Europa y sobre el aumento de las organizaciones criminales autóctonas y extranjeras activas en el territorio europeo. Las razones que justifican tal amenaza las encontramos de forma recurrente: 1) La existencia de numerosos grupos activos tanto europeos como no europeos relacionados con actividades propias del crimen organizado; 2) la deriva de los grupos criminales hacia nuevos mercados emergentes en los últimos años, como el tráfico de inmigrantes o trata de personas; 3) la posición de determinados países europeos como ejes fundamentales en las rutas y mercados de crimen organizado internacional¹⁵⁷.

En el espacio de la Unión Europea se han identificado cinco ejes claves que favorecen la concentración de recursos medios e intereses para la distribución de los principales mercados ilegales, los cuales focalizan sus acciones y distribución en los siguientes puntos geográficos¹⁵⁸:

El Eje del Noroeste está centrado principalmente en Holanda y Bélgica, aunque también incluye a Gran Bretaña e Irlanda, y constituye el principal mercado secundario de distribución de cocaína y heroína de Europa, caracterizándose por contar con características como la posesión de grandes infraestructuras para el transporte internacional hacia la región atlántica. Holanda

¹⁵⁵ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales...*, op. cit., pág. 46.

¹⁵⁶ Sobre la amenaza que representa para la UE, consultar con mayor detalle *passim* OCTA 2006, *EU Organised Crime Threat Assessment*, EUROPOL. / OCTA 2009, *EU Organised Crime Threat Assessment*, EUROPOL. / En cuanto a la evaluación y amenaza de la criminalidad organizada los informes sobre la creciente tendencia de los grupos criminales que actúan en Europa apuntan a una tendencia a desarrollar múltiples mercados ilícitos a la vez. Esta tendencia se manifiesta especialmente nuevos mercados emergentes como el fraude de tarjetas de crédito o la falsificación de productos, desarrollados principalmente por los grupos lituanos o albaneses. *passim* OCTA 2011, *Eu Crime Threat Assessment*, EUROPOL.

¹⁵⁷ GIMENEZ-SALINAS FRAMIS, Andrea, «La delincuencia organizada en Europa», op. cit., págs. 15-16.

¹⁵⁸ GIMENEZ-SALINAS FRAMIS, Andrea, «La delincuencia organizada en Europa», op. cit., págs. 26-30. / OCTA 2007, 2009, 2011, *Eu Crime Threat Assessment*, EUROPOL, *passim*.

y Bélgica son los principales países de origen de drogas sintéticas cuyos precursores proceden de Rusia y China.

El Eje del Suroeste está referido a la Península Ibérica y concentra el mayor número de actividades y recursos procedentes del crimen organizado, además de ser la puerta de entrada a Europa de no pocas actividades ilegales. Se integra también en redes internacionales de inmigración ilegal, que utilizan infraestructuras instaladas en Marruecos como ruta final de las rutas procedentes de Oriente Medio y Asia. Otra actividad ilegal en gran desarrollo es el robo de vehículos de lujo, insertándose entre las rutas internacionales más importantes.

El Eje del Noreste incluye los países bálticos, caracterizados por su posición estratégica en la frontera con Rusia, Estonia, Letonia, Ucrania, Bielorrusia, y otros países del este de Europa. Este eje genera un abanico de posibilidades para actividades ilegales hacia el mercado europeo. Las actividades más incisivas son: la captación de víctimas para la explotación sexual en Europa, también el contrabando de productos falsificados procedente de Oriente Medio o Pakistán, con llegada al puerto de San Petersburgo, el tráfico de drogas también es de considerable intensidad y, por último, el contrabando de alcohol que se ha desarrollado con fuerza debido a la alta imposición de este producto en los países bálticos. En la actualidad, el contrabando es más activo en Noruega y Suecia, al haber bajado en Finlandia los impuestos sobre este producto.

El Eje del Sureste, que se centra en la ubicación del Mar Negro como frontera entre Asia y Europa, representa un factor de oportunidad esencial donde Rumania y Bulgaria se convierten en países de entrada de numerosas actividades ilícitas a Europa. Rumania constituye un eje fundamental en esta zona como puerta de entrada hacia el resto de Europa en referencia a numerosos productos o servicios ilegales como son: el tráfico de inmigrantes irregulares y de seres humanos hacia Europa procedentes de: Moldavia, Ucrania, India, Irak, Irán, Afganistán o China, así como también el tráfico de armas y contrabando de

tabaco procedente de Ucrania, Moldavia, Serbia, Bosnia y Montenegro. Ucrania, a su vez, también es la puerta de entrada de la heroína que proviene de Turquía.

En particular, es de hacer referencia a Italia. La tradición italiana en el crimen organizado la hace merecedora de constituir un eje en sí mismo. Los principales grupos criminales italianos, como *la Camorra*, *'Ndrangheta* y *Cosa Nostra*, siguen muy activos en el tráfico de drogas. Ello es fruto de las productivas alianzas con grupos albaneses. Sin embargo, el protagonismo de Italia es aun mucho mayor en el contrabando de tabaco, productos o ropa falsificada así como en la falsificación de euros que luego son distribuidos a: Bélgica, España, Alemania, Eslovenia, Marruecos y Hungría. La influencia de *La Camorra* en este área es fuerte, ya que posee valiosos contactos con organizaciones chinas que se encargan de la producción.

Si sumamos a estos ejes geográficos mencionados la flexibilidad en el modo de organización como pauta característica de la delincuencia organizada actual, tendremos como resultado una delincuencia organizada que llega a operar en diversos sectores y jurisdicciones. Además los niveles de cooperación entre las organizaciones criminales son más estrechos, animados también por la práctica del trueque, en el que se intercambian productos ilícitos en lugar de comprar con dinero en efectivo¹⁵⁹.

Por otro lado, la tecnología de *internet* ha surgido como una herramienta que facilita de forma segura el lavado de dinero independientemente de mantener interconectadas a las organizaciones criminales, para realizar transacciones de tráfico de drogas, trata de seres humanos, tráfico de armas y otros crímenes¹⁶⁰.

¹⁵⁹ OCTA 2011, *Eu Crime Threat Assessment*, EUROPOL, pág. 8.

¹⁶⁰ OCTA 2011, *Eu Crime Threat Assessment*, EUROPOL, pág. 9.

A) Tráfico de drogas y estupefacientes

Es tal el poder económico y social que ha adquirido este tipo de criminalidad organizada que el mismo está llegando a corromper las estructuras de la Administración pública y a interferir en los mecanismos institucionales de decisión, particularmente en aquellos países cuyo sistema político no es estable y firme¹⁶¹. Actualmente el consumo de drogas ilícitas se caracteriza por su concentración entre los jóvenes -en particular los hombres jóvenes de entornos urbanos- y por una creciente gama de sustancias psicoactivas. Aunque en muchos países desarrollados los mercados establecidos de drogas ilícitas han mostrado señales de estabilización, el aumento del consumo de drogas parece seguir siendo una constante en muchos países en desarrollo¹⁶². Después de los EE.UU., Europa es el principal mercado de la cocaína, pero la reciente mejora de los controles fronterizos en los EE.UU. provocaría el desvío grandes cantidades de cocaína hacia la Unión Europea, por parte de los países productores de América del Sur¹⁶³.

Las corrientes de tráfico de drogas alcanzan dimensiones mundiales, ya que vinculan a regiones y continentes, a veces con consecuencias dramáticas para

¹⁶¹ REY HUIDOBRO, Luis Fernando, «El delito de tráfico de drogas tóxicas, Estupefacientes o sustancias psicotrópicas, y figuras agravadas de primer grado, contenidas en el artículo 344 bis a)», en COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.), *Comentarios a la legislación penal*, tomo XII, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1990, pág. 292.

¹⁶² RESUMEN EJECUTIVO INFORME MUNDIAL SOBRE LAS DROGAS 2012, Naciones Unidas, Oficina Contra la Droga y el Delito, 2012, pág. 4.

¹⁶³ Cfr. “2005 EU Organised Crime Report Public version”, pág. 31. / Desde el punto de vista sociológico EE.UU. en la lucha contra el narcotráfico parece dar poca importancia a las raíces estructurales del narcotráfico. En este sentido la política norteamericana considera al narcotráfico una actividad exclusivamente delictiva, insistiendo en políticas policiales o militares para solucionar el problema y sin relacionar el narcotráfico con el subdesarrollo de las economías regionales latinoamericanas. Así se entiende el fracaso de la política de erradicación del cultivo de coca. Cfr. EMMERICH, Norberto, *Globalización, Estado y narcotráfico. El caso Southwren Winds*, Buenos Aires, 2009, pág. 176. / A su vez las organizaciones criminales se las ingenian para exportar la cocaína, y para esto utilizan varios medios como ser: avionetas particulares, líneas aéreas regulares, vías marítimas o fluviales y personas ajenas a la organización que son contratadas de forma eventual por los traficantes para que transporten el propio producto en su cuerpo o entre sus objetos de uso personal -siendo sólo chivos expiatorios-, mientras que los grandes negocios se hacen con avionetas particulares. *Vid.* Bureau Latin American, *Narcotráfico y política: militarismo y mafia en Bolivia*, IEPALA Editorial, Madrid, 1982, pág. 39.

los países afectados. En este entendido la UNODC (Unitet Nations Office on Drugs and Crime) está creando programas regionales integrados, promoviendo respuestas interregionales e interinstitucionales, como pueden ser: la creación de iniciativas transfronterizas, de inteligencia y de control de precursores destinadas a intercambiar información y experiencias y llevar a cabo operaciones conjuntas en oriente medio; tal iniciativa está encaminada a dismantelar el tráfico de drogas por mar en el Asia occidental y meridional. La UNODC ha creado asimismo un nuevo programa regional para Europa sudoriental con el propósito de centrar la atención en las zonas a través de las cuales la heroína procedente de la ruta de los Balcanes se introduce en Europa; en Centroamérica, una red de Fiscales está aplicando prácticas óptimas para fortalecer la Justicia penal en esa región¹⁶⁴. Pero todas estas medidas no llegan a ser suficientes para luchar contra tal fenómeno, por cuanto se hace necesario asumir el reto por parte de los diferentes organismos de integración.

En lo que se refiere a los tipos de drogas, no puede desconocerse el caso particular de las anfetaminas que tienen un muy alto potencial de abuso, capaz de provocar una grave dependencia psicológica y física, sobre todo al predisponer a la violencia y a la agresividad, ejerciendo influencia sobre la criminalidad¹⁶⁵. La progresiva expansión de las anfetaminas en el mercado ilegal actual ha adquirido una notable relevancia, y así lo manifiesta el último informe de la UNODC¹⁶⁶.

¹⁶⁴ RESUMEN EJECUTIVO INFORME MUNDIAL SOBRE LAS DROGAS 2012, Naciones Unidas, Oficina Contra la Droga y el Delito, 2012, (prefacio iii).

¹⁶⁵ GONZÁLEZ ZORRILLA, Carlos, «Política (as) criminal (es) en materia de drogas», en LARRAURI PIJOÁN (Dir.), *Política Criminal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pág. 256.

¹⁶⁶ De acuerdo con la “*Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) emitida el 13 de noviembre de 2011*”, las anfetaminas llegaron a ocupar el segundo lugar a nivel mundial, de las drogas más utilizadas después del cannabis, en su informe explican que mientras que mientras que la heroína y la cocaína han atraído la mayor parte de la atención en los últimos años su crecimiento ha sido bastante estable en el periodo 2005-2009, por otro lado se mostró un claro incremento en las drogas de tipo anfetamínico (exceptuando el éxtasis) de atractiva elección para millones de consumidores de drogas en todas las regiones criminales del mundo, abriendo una brecha de mercado fresco sin explotar.

De acuerdo con el informe de EUROPOL, el tráfico de drogas desde y hacia la UE, están cada vez más controlados por grupos que diversifican sus productos ilícitos, lo que les permite ampliar sus beneficios. Es el caso de los grupos perteneciente a los Balcanes Occidentales y los grupos de África Oriental, que diversifican sus actividades por ejemplo en el caso de las organizaciones vietnamitas pasan del Cannabis a la heroína y drogas sintéticas. Otros grupos en cambio recurren a la comisión de otros delitos para financiar sus operaciones de tráfico de drogas, por ejemplo falsificación de euros para pagar el producto y también la venta de vehículos robados, a su vez también los envíos de drogas y sus precursores son cambiados por objetos robados, armas de fuego y, de hecho, otras drogas, y esta intensificación de una economía informal hace que el crimen organizado sea aun menos visible. En consecuencia, dichas diversificaciones delictivas les garantizan una mayor resistencia frente a las fluctuaciones de la oferta y la demanda¹⁶⁷.

En respuesta a este fenómeno por Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo, se crea un Programa con el fin específico de informar y prevenir en materia de drogas¹⁶⁸. Dicho Programa tiene los siguientes objetivos específicos: a) fomentar las acciones transnacionales con el fin de: i) crear redes multidisciplinares, ii) asegurar la expansión de las base de conocimientos, el intercambio de información y la determinación y difusión de buenas prácticas, entre otras cosas mediante la formación, los viajes de estudios y el intercambio de personal, iii) aumentar la sensibilización sobre los problemas sanitarios y sociales causados por el consumo de droga y fomentar un diálogo abierto con vistas a promover una mejor comprensión del fenómeno de las drogas, y iv) apoyar medidas destinadas a prevenir el uso de drogas, incluida la reducción del daño asociado con las drogas, y métodos de tratamiento que tengan en cuenta los últimos avances científicos; b) implicar a la sociedad civil en la aplicación y

¹⁶⁷ OCTA 2011, *Eu Crime Threat Assessment*, EUROPOL, pág. 10.

¹⁶⁸ DECISIÓN N° 1150/2007/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Por la que se establece para el periodo 2007-2013 el programa específico de información y prevención en materia de drogas como parte del programa general Derechos fundamentales y justicia*, Diario Oficial de la Unión Europea, 2007.

desarrollo de la estrategia de la UE en materia de drogas y de los planes de la acción de la Unión Europea; c) supervisar, aplicar y evaluar la ejecución de las acciones específicas al amparo de los planes de acción sobre drogas 2005-2008 y 2009-2012. El Parlamento Europeo queda incorporado al proceso de evaluación mediante su participación en el grupo director de evaluación de la Comisión¹⁶⁹.

Por otra parte, la adaptación de los grupos criminales a los nuevos tiempos, propiamente por parte de narcotraficantes, tiene un reflejo paralelo en la actividad de reciclado de los beneficios para conseguir su blanqueo de las ganancias fruto de las actividades delictivas, que se reparte de manera escalonada. Aproximadamente una tercera parte del producto de tráfico de drogas es el beneficio que queda en manos de las organizaciones delictivas y precisa ser blanqueado o reciclado, de modo que dicha ganancia también es utilizada para cubrir gastos de los servicios profesionales de abogados, gestores, transportistas etc.¹⁷⁰.

Así mismo los grandes ingresos que perciben la organización criminal y el exceso de liquidez provocan una necesidad imperiosa de entrar en contacto con el mercado legal y resulta imprescindible combatir esta fase que podría considerarse como punto de debilidad¹⁷¹. Otro frente de lucha preventiva es el constituido por la figura del agente encubierto, y con relación a este singular tópico GARCÍA VALDÉS efectuó un minucioso estudio monográfico,

¹⁶⁹ DECISIÓN N° 1150/2007/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Por la que se establece para el periodo 2007-2013 el programa específico de información y prevención en materia de drogas como parte del programa general Derechos fundamentales y justicia*, Diario Oficial de la Unión Europea, 2007, (art. 3). / Se debe mencionar también la creación equipos conjuntos de investigación (ECI) que conforme el informe de 2011 están dando resultados favorables, como por ejemplo; en el tráfico de persona y el tráfico de drogas, así como también en la lucha contra la corrupción. *Vid.* COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO Y AL CONSEJO, *Primer informe anual sobre la aplicación de la estrategia de seguridad interior de la UE*, 2011, pág. 13-15.

¹⁷⁰ JIMÉNEZ RAMOS, Mario, «Blanqueo de capitales y los delitos contra la salud pública», en CIMÁS GIMÉNEZ, M^a del Carmen (Dir.), *Delitos contra la salud pública. novedades jurisprudenciales. nuevos hábitos nuevos consumos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pág. 185.

¹⁷¹ GARCÍA RIVAS, Nicolás, «Criminalidad organizada y tráfico de drogas», *Revista Penal*, n° 2, 1998, pág. 24.

enriqueciéndolo con sistemático análisis de la jurisprudencia establecida en su momento sobre el agente provocador¹⁷².

B) Tráfico de armas

El comercio ilegal de armas es uno de los negocios más lucrativos en el mundo, debido al objetivo de actividades criminales que con el mismo se persiguen. A su vez la alta rentabilidad de él proveniente ha promovido un interés constante del *hampa* de poseer armas de alta calidad, las cuales son utilizadas para la comisión de sus delitos¹⁷³. Contrariamente a lo que ocurre con otras amenazas a la seguridad, que tienden a estar restringidas a ciertos países, el tráfico de armas afecta a casi todos los países del mundo, en mayor o menor medida. La tipología más común divide a los países en proveedores de armas, países de tránsito o compradores¹⁷⁴.

La criminalidad organizada en general depende del mercado ilegal para adquirir armas, ya que no se suelen fabricar armas propia, y por esta razón adquiere singular relevancia el mercado ilegal de armas como revólveres y pistolas, granadas, morteros y otras armas aptas para llevar adelante guerras, represión, terrorismo, violencia o delincuencia. Durante la década de los 90, cobró mucha importancia el tráfico de armas de la *post guerra fría* y la rápida expansión del libre comercio aumentó la disponibilidad y facilitaron el tráfico ilegal. Y como la atención estaba centrada en el tráfico de drogas, los delitos intencionales y las guerras civiles que asolaban al planeta entero, los activistas

¹⁷² GARCÍA VALDÉS, Carlos, «Dos aspectos de la represión penal del tráfico de drogas: la teoría del agente provocador y del delto provocado y el blanqueo de dinero procedente del delito», en *Política criminal y Reforma penal: Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Editorial de Derecho Reunidas, Madrid, 1993, págs. 557 y sigtes.

¹⁷³ Es común que se produzca este tipo de delito cuando se producen conflictos internos, guerras civiles. Según las estimaciones hay aproximadamente 500 millones de armas pequeñas en circulación, dichas armas son baratas y tienen una larga vida útil, lo pasando a menudo de un conflicto a otro “reciclaje”. Cfr. «Council of Europe. Organised crime situation report 2001» pág. 35.

¹⁷⁴ MEEK, Sarah, «El combate del tráfico de armas: progresos y perspectivas», en LUMPE, Lora, *Tráfico de armas. el mercado negro de armas ligeras*, Intermón Oxfam, Barcelona, 2004. pág. 227.

empezaron a ocuparse un poco más de los instrumentos de la violencia, así como de los mercados proveedores¹⁷⁵.

En un esfuerzo por prevenir y erradicar el tráfico de armas de fuego, así como sus piezas y componentes y municiones, las Naciones Unidas adoptaron medidas en el Protocolo complementario a la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, penalizando las conductas de la fabricación de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones; la falsificación o la alteración ilícitas de las marcas de un arma de fuego. También establecieron medidas de prevención, entre las cuales se cuentan las siguientes: el registro de armas en el caso de que entrañen transacciones internacionales, con fechas de emisión y expiración de las licencias; la marcación a efectos de la identificación del fabricante y la desactivación de armas de fuego¹⁷⁶.

Sobre la misma línea y en respuesta a este fenómeno, la Unión Europea ha creado un plan denominado “la estrategia APAL (Armas Pesadas y Armas Ligeras)”, que en diciembre de 2003 identifica cinco desafíos claves a los que la Unión Europea debería hacer frente, entre los cuales estaba el tráfico de armas¹⁷⁷, posteriormente en COM (2005) 329 refuerza esta lucha y promueve las medidas para garantizar una mayor seguridad, en el control de explosivos, detonadores, material para la fabricación de bombas y armas de fuego¹⁷⁸. La estrategia de la APAL está orientada activamente al desarrollo de una política para combatir la acumulación de armas mediante un diseño de mecanismos de alerta y

¹⁷⁵ LUMPE Lora / MEEK, Sarah / NAILOR, R. T., «Introducción al tráfico de armas», en LUMPE, Lora, *Tráfico de armas. el mercado negro de armas ligeras*, Intermón Oxfam, Barcelona, 2004, pág. 17.

¹⁷⁶ CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL Y SUS PROTOCOLOS, *Anexo, Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, Viena, 2004, págs. 73 y sigtes.

¹⁷⁷ DECISION 2010/765/PESC DEL CONSEJO, *Sobre la acción de la UE para hacer frente al tráfico ilícito de armas pequeñas y armas ligeras (APAL) por vía aérea*, Diario Oficial de la Unión Europea, 2010, considerando (1).

¹⁷⁸ COMMUNICATION FROM THE COMMISSION. *On measures to ensure greater security in explosives, detonators, bomb-making equipment and fire-arms*, 2005.

cooperación -entre los Estados-, contra las redes ilícitas que utilizan los espacios aéreo, marítimo y terrestre¹⁷⁹.

En este marco la Unión Europea entiende que “La seguridad es una condición para el desarrollo. El conflicto no sólo destruye las infraestructuras, incluidas las sociales, sino que también fomenta la delincuencia, disuade a los inversores e imposibilita la actividad económica normal. Varios países y regiones han quedado atrapados en un ciclo de conflicto, inseguridad y pobreza”. (Estrategia Europea de Seguridad)¹⁸⁰.

Los proyectos descritos a continuación se referirán a tres ámbitos identificados por el CODUN (Desarme y Control de Armamentos Globales) y otras partes interesadas que participan en la iniciativa de la Unión Europea para combatir el tráfico de APAL por vía aérea: *a)* la necesidad de desarrollar un sistema seguro para proporcionar actualizaciones sobre empresas y aeronaves que efectúan rutinariamente nuevas matriculaciones de sus recursos y deslocalizan las empresas en sus esfuerzos por burlar la detección; *b)* la puesta a disposición de programas informáticos de gestión de riesgo y de formación para permitir que las misiones de gestión de crisis correspondientes, así como las autoridades internacionales y nacionales supervisen más eficazmente y detecten

¹⁷⁹ REGLAMENTO (UE) N° 258/2012 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Por el que se aplica el artículo 10 del protocolo de las naciones unidas contra la falsificación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia transnacional organizada, y por el que se establecen autorizaciones de exportación y medidas de importación y tránsito para las armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones*, Diario Oficial de la Unión Europea, 2012, Considerando (2).

¹⁸⁰ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Estrategia de la UE contra la acumulación y el tráfico ilícitos de armas pequeñas y ligeras y de sus municiones*, Bruselas, 13 de enero de 2006, pág. 3. / Para hacer frente a esta amenaza, la Unión Europea ya adoptó en 2002 una Acción común (2002/589/PESC) y puso en marcha sobre esta base acciones específicas en África, Asia, Latinoamérica y en los Balcanes. En esta Acción común, la Unión definió tres objetivos globales; *a)* luchar contra la acumulación y la proliferación desestabilizadoras de armas de pequeño calibre y contribuir a poner fin a esta situación; *b)* contribuir a la reducción de la acumulación existente de este tipo de armas y su munición a un nivel que se corresponda con las necesidades legítimas de los países en materia de seguridad; *c)* ayudar a resolver los problemas causados por dicha acumulación. *Vid.* CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Estrategia de la UE contra la acumulación y el tráfico ilícitos de armas pequeñas y ligeras y de sus municiones*, Bruselas, 13 de Enero de 2006, pág. 7.

un número cada vez mayor de actores del flete aéreo sospechosos de implicación en el tráfico de APAL o en los movimientos de otros flujos de mercancías desestabilizadoras por vía aérea; c) la necesidad de proporcionar formación y apoyo técnico y suscitar la concienciación en las organizaciones multilaterales, las misiones, los organismos regionales y los Estados de África y otras regiones a fin de consolidar su capacidad de detectar actores del flete aéreo sospechosos de implicación en el tráfico de APAL o el movimiento de otras mercancías desestabilizadoras por vía aérea¹⁸¹.

Actualmente con este tipo de canales de intercambio de información se busca intensificar la lucha con el tráfico de armas, además de exigir que se tipifiquen como delito las conductas de la fabricación o el tráfico ilícitos de armas de fuego -conforme al Protocolo adjunto de la Convención Naciones Unidas contra la delincuencia transnacional- en los ordenamientos internos de los países miembros de la UE, aplicando sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias¹⁸².

En la región americana, la lucha contra el tráfico de armas por parte de la OEA se entabla con posterioridad al Convenio Europeo de 1978, nace como reacción frente a la proliferación de armas en el conjunto del continente americano, con la consabida degradación de la seguridad ciudadana, la OEA propicio la celebración de un Instrumento jurídico internacional al respecto, adoptado en Washington, el 14 de noviembre de 1997, dirigido contra la fabricación y tráfico ilícito de armas, municiones, explosivos y otros materiales, cuyos objetivos principales son la erradicación y prevención del tráfico ilícito de

¹⁸¹ DECISIÓN 2010/765 PESC DEL CONSEJO, *Sobre la acción de la UE para hacer frente al tráfico ilícito de armas (APAL) por vía aérea*, Diario Oficial de la Unión Europea, 2010, Anexo.

¹⁸² REGLAMENTO (UE) N° 258/2012 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Por el que se aplica el artículo 10 del protocolo de las naciones unidas contra la falsificación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia transnacional organizada, y por el que se establecen autorizaciones de exportación y medidas de importación y tránsito para las armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones*, Diario Oficial de la Unión Europea, 2012, considerando (7 y 16).

armas¹⁸³, la prevención e intensificación de la cooperación, así como el desarrollo y fortalecimientos de los intercambios de información entre los Estados partes¹⁸⁴. Se evidencia que, tanto las organizaciones internacionales, como los países de manera unilateral, combaten lo que se viene a denominar el tráfico de armas, que se presenta como un problema latente, debido a la característica de reutilización de las armas pudiendo circular por todo el mundo, así como el uso de las mismas en revueltas o protestas así como para la comisión de delitos.

C) Blanqueo de capitales

El delito de blanqueo de capitales, que era prácticamente desconocido hasta finales de los años ochenta, ha motivado que se haya ido incorporando a la totalidad de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno el interés por incriminar esta nueva forma de delincuencia, en un fenómeno legislativo que corre paralelo a la firma de varios Tratados internacionales que pretenden armonizar las diferentes legislaciones internas en este punto¹⁸⁵.

Respecto a los antecedentes históricos, la falaz costumbre de utilizar determinadas prácticas para disfrazar ingresos provenientes de actividades ilícitas se remonta a la época medieval, cuando la usura fue declarada delito¹⁸⁶. En años recientes y en concreto a partir de la década de los setenta del pasado siglo, el fenómeno de blanqueo de capitales ha llegado a alcanzar unas dimensiones

¹⁸³ ÚBEDA-PORTUGUÉS, José Escribano, *Evolución y perspectivas de la cooperación internacional contra el tráfico ilícito de armas y el narcotráfico*, Universidad Autónoma de Bucaramanga, vol. 10, nº 20, 2008, pág. 22.

¹⁸⁴ ÚBEDA-PORTUGUÉS, José Escribano, *Evolución y perspectivas*, op. cit., pág. 23.

¹⁸⁵ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos, *El delito de blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Barcelona, 2000, pág. 17.

¹⁸⁶ TONDINI, Bruno M., «Blanqueo de capitales y lavado de dinero; su concepto, historia y aspectos operativos», en *CAEI*, nº 20, 2006, pág. 3 y sigtes.

extraordinarias, como consecuencia lógica de las actividades delictivas generadoras de fondos objeto del mismo, y en especial del tráfico de drogas¹⁸⁷.

Con acierto indica DE LA CUESTA ARZAMENDI, respecto a la tipificación del blanqueo, como mecanismo tan estrechamente ligado a la criminalidad organizada y a través del cual se persigue “la integración del sistema económico legal de los beneficios obtenidos del delito”, que su utilidad como un arma de primera importancia en el combate contra el crimen organizado y con vista a la aplicación de los mecanismos de confiscación de las ganancias ilícitas es clara: muy frecuentemente, su incriminación es el único medio preventivo efectivo contra el crimen organizado¹⁸⁸.

Las organizaciones criminales tienen muchos problemas para la inversión de la liquidez acumulada gracias a los diversos tráficoes en los que su actividad se halla inmersa. La disponibilidad de enormes cantidades de dinero hace aumentar exponencialmente las exigencias de “limpiar” los beneficios derivados de actividades delictivas. La limpieza, lavado o blanqueo de capitales básicamente consiste en hacer desaparecer las huellas del origen sucio del dinero, invirtiéndolo en actividades económicas lícitas para dotarlo de apariencia de legalidad¹⁸⁹.

¹⁸⁷ ÁLVAREZ PASTOR, Daniel / EGUIDAZU PALACIOS, Fernando, *Manual de prevención de blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid, 2007, págs. 15-18.

¹⁸⁸ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luís, «Principales lineamientos político-criminales...», op. cit., pág. 11.

¹⁸⁹ El origen de tal expresión -lavado de dinero o money laundering- se remonta a la utilización por parte de las organizaciones mafiosas, fundamentalmente en los Estados Unidos, de cadenas de lavanderías automáticas para colocar los fondos de origen ilícito y el dinero obtenido de manera ilegal con el objetivo de encubrir su origen ilícito Cfr. BLANCO CORDERO, Isidoro, «Criminalidad organizada y mercados ilegales», en *Eguzkilore: Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología*, San Sebastián, nº 11, 1997, pág. 219. / También sobre la forma de combatir este fenómeno Vid. BLANCO CORDERO, Isidoro, «Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales estudio del cumplimiento normativo (compliance) desde la perspectiva criminológica», en *Eguzkilore: Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología*, nº 23, San Sebastián, 2009, *passim*. / BLANCO CORDERO, Isidoro, «Negocios socialmente adecuados y delitos de blanqueo de capitales», en *ADPCP*, vol. L, 1997, *passim*. / Sobre el mismo tema un artículo más reciente as reciente Vid. BLANCO CORDERO, Isidoro, «El delito fiscal como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales», en *RECPC*. 13-01, 2011.

Las expresiones de blanqueo de dinero o lavado de capitales son neologismos con los que se designa en muchos casos la formulación técnica aquellos comportamientos dirigidos a la incorporación al tráfico económico legal de los bienes o dinero ilegalmente obtenidos¹⁹⁰. Por su parte, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ hace mención a dos concepciones extremas sobre el blanqueo de capitales: por un lado, las que consideran que el blanqueo se basa en la ocultación de los bienes de ilícita procedencia y, por otro lado, las que sostienen que lo fundamental en el blanqueo es la reintroducción de esos bienes en la economía legal¹⁹¹. Acertadamente el mismo autor explica que ambas perspectivas se hallan estrechamente vinculadas, pues no se puede introducir el bien en la economía legal sin ocultar su ilícita procedencia, y toda introducción de ese bien en la economía legal le otorgaría una apariencia de legalidad. Añade además un propio concepto de blanqueo de capitales que pasa a centrarse en la incorporación de los capitales ilícitamente obtenidos a los círculos económicos legales¹⁹².

En el seno de las Naciones Unidas, el fundamento de la lucha contra el blanqueo de dinero es atacar a las organizaciones delictivas transnacionales en lo que se considera su punto más vulnerable “el blanqueo de capitales”, puesto que el dinero generado por las actividades delictivas es difícil de esconder; a veces, constituye la prueba principal del delito cometido. Es posible identificar las transferencias de fondos delictivos en los sistemas financieros si se cuenta con mecanismos de alerta adecuados.

Desde fines del decenio de 1980 hasta finales de los años 90 las Naciones Unidas orientaron sus esfuerzos contra el “blanqueo de capitales” fruto del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, y otros delitos

¹⁹⁰ GARCÍA VALDÉS, Carlos, «Dos aspectos de la represión penal del tráfico de drogas...», op. cit., pág. 568.

¹⁹¹ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos, *El delito de blanqueo...*, op. cit. pág. 35.

¹⁹² ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos, *El delito de blanqueo...*, op. cit. pág. 35.

graves¹⁹³, posteriormente en el primer decenio este nuevo milenio cambia la perspectiva y dirige sus acciones principalmente contra la financiación del terrorismo¹⁹⁴.

La iniciativa internacional más temprana en materia de blanqueo de capitales es la asumida por la Unión Europea con la Recomendación adoptada en 1980 por el Consejo de Ministros del Consejo de Europa, la cual representó un tímido comienzo de un fuerte empeño comunitario en tutelar efectivamente la transparencia de la actividad bancaria, con la finalidad de combatir el reciclaje de productos delictivos¹⁹⁵. Pero la gestación de este Instrumento internacional se produce unos años antes en 1977 cuando el Comité Europeo para los problemas criminales crea un Comité restringido de expertos sobre la violencia en la sociedad. Dicho Comité comenzó su tarea el primer trimestre de 1978 elaborando un Informe sobre la base de las respuestas dadas por los Estados miembros a un cuestionario acerca de las operaciones bancarias previamente distribuido, y, finalmente el 27 de junio de 1980, el Comité de Ministros adoptó la Recomendación N° R. (80) 10 relativa a medidas contra la transferencia y el encubrimiento de capitales de origen criminal¹⁹⁶.

¹⁹³ Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, Viena, 1988, art. 3. / Declaración Política y Plan de Acción Contra el Blanqueo de Dinero, Aprobado en el vigésimo periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, dedicado a la “acción común para contrarrestar el problema mundial de las drogas”, Nueva York, 1998. / Convención de Naciones Unidas Contra la Delincuencia Transnacional, realizado en Palermo el año 2000. / al respecto también GARCÍA VALDÉS, Carlos, «Dos aspectos de la represión penal del tráfico de drogas...», op. cit. págs. 571-572.

¹⁹⁴ Esto conforme a las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas como ser: RES. 1269 (1999): aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4053ª sesión, celebrada el 19 de octubre de 1999. / RES. 1368(2001): aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4370ª sesión celebrada el 12 de septiembre de 2001. / RES. 1373 (2001): aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4385ª sesión, celebrada el 28 de septiembre de 2001. / RES. 1377 (2001): aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4413ª sesión, celebrada el 12 de noviembre de 2001.

¹⁹⁵ ABEL SOUTO, Miguel, *El blanqueo de dinero en la normativa internacional*, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico, Santiago de Compostela, 2002, pág. 58.

¹⁹⁶ ABEL SOUTO, Miguel, *El blanqueo de dinero...*, op. cit., págs. 58-59.

En consonancia con la recomendación de 1980, la Unión Europea busca la protección de los sistemas financieros, mediante la Directiva 91/308/CEE¹⁹⁷, que posteriormente fue modificada por la Directiva 2001/97/CE, la cual destaca la estrecha relación entre la delincuencia organizada y el blanqueo de capitales, por lo que consideró necesario adaptar en consonancia la lista de delitos que pueden incluirse en este ámbito¹⁹⁸, ampliando de esta manera la definición de blanqueo de capitales y tomando en consideración una gama más extensa de delitos, así como definiciones técnicas referentes a los que intervienen en las transacciones financieras esto conforme a la Directiva 2005/60/CE¹⁹⁹.

Ahora bien, en principio la tipificación del blanqueo de capitales surge como un medio eficaz para combatir actividades delictivas del narcotráfico, y en este sentido se podría considerar como un instrumento “auxiliar”, aunque actualmente, y debido a la desorbitada cantidad de dinero que se blanquea, llega a constituir un problema en sí mismo, ha alcanzado una entidad propia²⁰⁰, potenciada a su vez por la profesionalización de los grupos criminales orientados a la comisión de este tipo delictivo²⁰¹. La importancia de la lucha contra la delincuencia financiera organizada va más allá del propio delito específico, puesto que, si es acertada, ha de atacar los cimientos mismos de las redes de

¹⁹⁷ DIRECTIVA 91/308/CEE, DEL CONSEJO, *Relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales*, 1991.

¹⁹⁸ DIRECTIVA 2001/97/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Por la que se modifica la Directiva 91/308/CEE del Consejo relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales*, Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 2001.

¹⁹⁹ DIRECTIVA 2005/60/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo*, Diario Oficial de la Unión europea, 2005, (considerando nº 7).

²⁰⁰ COBO DEL ROSAL, Manuel / ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, Carlos, *Blanqueo de capitales. abogados, procuradores y notarios, inversores, bancarios y empresarios. (Repercusión en las leyes españolas de las nuevas Directivas de la comunidad europea)*, CEJES-Ediciones, Madrid, 2005, pág. 16. / *Vid.*, en el mismo sentido, ÁLVAREZ PASTOR, Daniel / EGUIDAZU PALACIOS, Fernando, *Manual de prevención...*, op. cit., pág. 19. / Una de las mayores preocupaciones internacionales al afrontar el problema de la delincuencia organizada asociada al tráfico de drogas es el de la utilización del sistema financiero económico para legitimar el dinero obtenido con actividades ilícitas. Cfr. SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel, *Derecho de las drogas y las drogodependencias*, Fundación Ayuda Contra la Drogadicción, Madrid, 2002. pág. 138.

²⁰¹ ÁLVAREZ PASTOR, Daniel / EGUIDAZU PALACIOS, Fernando, *Manual de prevención*, op. cit., pág. 23.

delincuencia organizada, a saber, el mecanismo de obtener beneficios máximos por medios ilícitos. Privar a estas organizaciones de la capacidad de blanquear el dinero o financiar actividades delictivas incide perceptiblemente en su motivación y capacidad de funcionar²⁰².

El blanqueo de capitales, según ley, es la conversión o transferencia de bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de la participación en una actividad delictiva, con el propósito de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a las personas que estén implicadas a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos²⁰³. Desde la perspectiva de la GAFI (Grupo de Acción Financiera Internacional) (FACTF²⁰⁴), se hace diferenciación de tres etapas, que son la ocultación, la estratificación o conversión, y por último la decantación, es decir, el afloramiento de activos²⁰⁵. Para ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, los diferentes modelos teóricos propuestos -esto incluye la GAFI- no constituyen sino elucubraciones teóricas de difícil aplicación. Muestra de ello es la práctica inaplicación de esos comportamientos estancos de descripción de mecanismos de blanqueo, pues éstos pueden ubicarse indistintamente, bien en una fase, bien en

²⁰² COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL CONSEJO Y AL PARLAMENTO, *Relativa a la prevención y la lucha contra la delincuencia organizada en el sector financiero*, 2004, pág. 3.

²⁰³ VEGA SÁNCHEZ, Victoria, *Prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (nueva ley 10/2010, de 28 de abril)*, Centro de Estudios Ramón Areces S.A. Madrid, 2010, pág. 57 / Cfr. LOMBARDEO EXPÓSITO, Luis Manuel, *Blanqueo de Capitales. prevención y represión del fenómeno desde la perspectiva penal, mercantil, administrativa y tributaria*, Bosch, Barcelona, 2009, pág. 29. / PALMA HERRERA, José Manuel, *Los delitos de blanqueo de capitales*, Edersa, Madrid, 2000, pág. 823. Quien expone que el delito de blanqueo de capitales se conecta de manera casi tácita con el delito de tráfico de drogas, circunstancias que se manifiestan en los distintos tipos penales, haciendo a su vez menciona que el delito de blanqueo de capitales puede conectarse a otros tipos de delitos; sobre la misma línea ÁLVAREZ PASTOR, Daniel / EGUIDAZU PALACIOS, Fernando, *Manual de prevención*, op. cit., pág. 16 / PELÁEZ MARTOS, José María, *Blanqueo de capitales, obligaciones de empresas y profesionales en la nueva ley*, Grupo Wolters Kluwer España S. A., Valencia 2010, pág. 23.

²⁰⁴ Financial Action Task Force on Money Laundering.

²⁰⁵ Es así que en la 1ra. fase, se hace el cambio del producto por otro que hace más fácil su manejo, es decir, cambiar grandes sumas de dinero metálico por otros mecanismos financieros; en la 2da. fase se trata de dar una apariencia de licitud a esos bienes previamente sustituidos, creando sociedad y realizando todo tipo de actividades orientadas a dificultar la posibilidad de investigación, para finalmente 3ra. fase que sería la integración de dicho dinero ya lícito en el tráfico de bienes, invirtiendo y mezclando esos bienes, con otros lícitos para así imposibilitar su identificación. *Vid.* COBO DEL ROSAL, Manuel / ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, Carlos, op. cit., pág. 88. / Cfr. LOMBARDEO EXPÓSITO, Luis Manuel, *Blanqueo de capitales*, op. cit., pág. 48.

otra, sin que pueda establecerse una rígida distinción²⁰⁶. En el ámbito europeo se han tomado medidas de control respecto a la entrada y salida de dinero en efectivo, por ejemplo cuando la cantidad sea igual o superior a 10.000 Euros, que el portador está en la obligación de declarar²⁰⁷.

En el caso de España, de acuerdo con el informe emitido por el GAFI, el Grupo de Acción Financiera Internacional (FACTF) en el año 2006 señala que España, de las 49 Recomendaciones que la ONU ha asumido como estándar internacional en la lucha contra el blanqueo de capitales, cumplía totalmente 10, cumplía ampliamente 14, sólo parcialmente 11 y suspendía en tres. Además señala que España no cumplía con el control de las cuentas corresponsales, que tienen las entidades bancarias en el extranjero, incumpliendo con ello las recomendaciones de prohibir a dichas entidades tener relaciones con los denominados bancos pantalla²⁰⁸ en paraísos fiscales²⁰⁹, por cuanto la utilización

²⁰⁶ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos, *El delito de blanqueo...*, op. cit. pág. 42.

²⁰⁷ La declaración contemplada deberá contener datos relativos a; a) el declarante, a saber: su nombre y apellidos, lugar y fecha de nacimiento y nacionalidad; b) el propietario del dinero en efectivo; c) el destinatario del dinero en efectivo; d) el importe y la naturaleza del dinero en efectivo; e) la procedencia y el uso previsto del dinero efectivo; f) el itinerario de transporte; el modo de transporte. *Vid.* en REGLAMENTO (CE) N°1889/2005 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Relativos a los controles de entrada y salida de dinero efectivo de la comunidad*, Diario oficial de la unión europea, 2005.

²⁰⁸ PELÁEZ MARTOS, José María, *Blanqueo de capitales...*, op. cit., pág. 28.

²⁰⁹ Según definición del Ministerio de Interior de España, paraíso fiscal es “el territorio o Estado que se caracteriza por una escasa o nula tributación a que someten a *determinada* clase de transacciones, ventas a determinadas personas o entidades que allí encuentran su cobertura o amparo”. Así mismo, los paraísos fiscales permiten el registro de sociedades opacas mediante la inscripción de testaferros y personas físicas, ocultando quien es el verdadero titular de las compañías en cuestión. *Vid.* GARCÍA NORIEGA, Antonio, *Blanqueo y antiblanqueo de capitales. como se lava el dinero y como se combate el lavado*, Consejo Editorial de Difusión Jurídica y Temas de Actualidad S.A., Madrid, 2010, pág. 145. / Entre las herramientas utilizadas para el blanqueo en los paraísos fiscales son: el sistema offshore, fundaciones, trusts, fideicomisos, la banca y los denominados pabellones de convivencia, *Ibidem*, págs. 203-259. En 1990 GAFI aprobó cuarenta recomendaciones, actualmente revisadas, que tienen como finalidad establecer Directrices para reducir la vulnerabilidad del sistema financiero al blanqueo de capitales, con una especial atención a los paraísos fiscales que son denominados “países o territorios no cooperantes” (PTNC). Pues bien, en junio de 2001 fueron retirados de la lista de paraísos fiscales, a aquellos efectos, las Islas Caimanes, Las Bahamas, República de Panamá y Principado de Liechtenstein, en octubre de 2002 la república Dominicana, y, posteriormente, ha retirado también de la lista San Vicente y las Granadinas. Según dicho organismo, debe suponerse que los citados territorios ya no deben ser considerados paraísos fiscales por haberse comprometido a aplicar dichas recomendaciones. *Vid.* http://www.taxjustice.net/cms/upload/pdf/delincuencia_financiera.pdf. (página consultada el 14 de agosto de 2012)

de un paraíso fiscal permite al comerciante internacional sustraer la totalidad o parte de sus beneficios al Ministerio de Hacienda español, reduciendo de esta manera los costos y aumentando sus beneficios²¹⁰. Recientemente en el caso español se presenta una Reforma penal que también afecta al blanqueo de capitales²¹¹.

Por otro lado, los paraísos fiscales constituyen el filtro por donde se “purifica-limpia” -por decirlo de alguna manera- el dinero con origen delictivo, sirviendo en cierta medida como herramienta que facilita el blanqueo de capitales y que, en consecuencia, produce pérdida y daño económico al Estado. La neutralización o bloqueo del vínculo de las relaciones de entidades bancarias que radican en un Estado con los paraísos fiscales podría considerarse como una opción de combate preventivo, buscando consolidar un contundente golpe económico a la delincuencia organizada.

Además, como es bien sabido, conforman un elevado número de territorios -44 en total- que o bien se vinculan desde un punto de vista jurisdiccional a un Estado soberano, o bien lo son por sí mismos. Incluso cuando no son Estados soberanos, gozan de una gran autonomía administrativa, aplican regímenes de exenciones y reducciones fiscales y de opacidad sobre la información, la titularidad y procedencia de los capitales, así como el funcionamiento de las entidades financieras y de las sociedades mercantiles establecidas en su territorio²¹².

²¹⁰ ARRABAL, Pablo, *Comercio internacional y paraísos fiscales*, Pirámides S.A., Madrid, 1992, pág. 229.

²¹¹ DEL CARPIO DELGADO, Juana, «La posesión y utilización como nuevas conductas en el delito de blanqueo de capitales», en *Revista General de Derecho Penal*, nº 15, 2011, págs. 1-28. / DEL CARPIO DELGADO, Juana, «Principales aspectos de la Reforma del delito de blanqueo. Especial referencia a la reforma del art. 301.1 del Código penal», en *Revista Penal*, nº 28, julio 2011, págs. 1-28.

²¹² DICTAMEN DEL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, «*Paraísos fiscales y financieros: una amenaza para el mercado interior de la UE*» (dictamen de iniciativa), (2012/C 229/02), Diario Oficial de la Unión Europea, 2012, pág. 7.

Los paraísos fiscales provocan un falseamiento del mercado interior: por este motivo se plantea la necesidad de una acción comunitaria decidida que pueda asegurar la justicia fiscal e impedir una opacidad desestabilizadora, la evasión fiscal y la corrupción a través de los paraísos fiscales. Tampoco debe excluirse la posibilidad de establecer un delito penal en este ámbito²¹³.

Existen indicios suficientes para afirmar que la crisis financiera ha sido impulsada en parte por operaciones complejas y poco transparentes a cargo de operadores financieros domiciliados en jurisdicciones que aplican el secreto fiscal, lo que causa grandes perjuicios a los inversores y a quienes contratan estos productos financieros. Los paraísos fiscales albergan operaciones no incluidas en balances de las instituciones financieras, al igual que complejos productos financieros que no han contribuido a la innovación del sector financiero y provocan inestabilidad financiera. Existen suficientes pruebas de que, sobre todo en los países en vías de desarrollo, muchas de las inversiones directas extranjeras provienen de paraísos fiscales²¹⁴.

D) Trata de seres humanos

La trata de seres humanos es un fenómeno generado por la criminalidad organizada y que ha ido evolucionando en su perfil, hasta el punto de convertirse en una práctica globalizada y muy rentable llegando a convertirse en uno de los grandes problemas de política criminal como el segundo gran negocio ilegal, por encima del tráfico de drogas y sólo superado por el tráfico de armas²¹⁵.

²¹³ DICTAMEN DEL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, «*Paraísos fiscales y financieros: una amenaza para el mercado interior de la UE*» (dictamen de iniciativa), (2012/C 229/02), Diario Oficial de la Unión Europea, 2012, pág. 7.

²¹⁴ DICTAMEN DEL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO «*Paraísos fiscales y financieros: una amenaza para el mercado interior de la UE*» (dictamen de iniciativa), (2012/C 229/02), Diario Oficial de la Unión Europea, 2012, pág. 9.

²¹⁵ GARCÍA DEL BLANCO, Victoria, «Trata de seres humanos y criminalidad organizada», en *ADPCP*, vol. LXVII, 2014, págs. 198-199.

En el contexto global de acuerdo al Protocolo Complementario de la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, muestra una clara sensibilidad respecto a la trata de personas, especialmente de mujeres y niños, que son sometidos a trabajos forzosos y a la explotación, incluida la explotación sexual, constituyendo una de las violaciones más atroces de los derechos humanos a que hacen frente las Naciones Unidas en la actualidad. Se trata, pues, de un fenómeno muy difundido que se agrava cada vez más, y que tiene sus raíces en las condiciones sociales y económicas de los países de origen de las víctimas y que se ve facilitado por las prácticas discriminatorias contra la mujer e impulsado por la indiferencia ante el sufrimiento humano de parte de los que explotan los servicios que las víctimas están obligadas a prestar. La necesidad de prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, marca una pauta latente en el presente Protocolo Complementario²¹⁶. Por estas razones, este tipo de delito podría considerarse como la versión moderna de la nueva esclavitud del siglo XXI²¹⁷.

Paralelo a este delito también se encuentra el tráfico ilegal de personas, que en cierto sentido es producto de la circulación especulativa y aleatoria de capitales que favorece que sectores de la población, más o menos amplios, y en todos los contextos, se vean privados del acceso a los niveles mínimos de bienestar para una subsistencia digna, derivando hacia formas de exclusión social²¹⁸. El tráfico de personas supone un fenómeno transnacional, pues implica

²¹⁶ CONVENCION DE NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL Y SUS PROTOCOLOS, Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, Viena, 2004, (prefacio).

²¹⁷ POMARES CINTAS, Esther, «El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral», *RECPC*, 13-15, 2011, pág. 3-4. / Ampliamente sobre este nuevo fenómeno de la esclavitud *Vid.* BALES, Kevin, *La nueva esclavitud en la economía global*, Siglo Veintiuno de España Editores, Madrid, 2000, *passim*. / GARCÍA ARÁN, Mercedes (Coord.), *Trata de personas y explotación sexual*, Editorial Comares, Granada, 2006, págs. 9 y sigtes. / PÉREZ ALONZO, Esteban, *Tráfico de personas e inmigración clandestina (un estudio sociológico y jurídico-penal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 94 y sigtes. / *Vid.* TORRES FERNANDEZ, María Elena, «El tráfico de personas con fines de inmigración ilegal del artículo 318 bis del Código penal», en *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, tomo 3, 2006, pág. 1737.

²¹⁸ TORRES FERNANDEZ, María Elena, «El tráfico de personas con fines de inmigración», *op. cit.*, pág. 1736.

en todo caso un traslado en el espacio a través de las fronteras de uno o varios Estados²¹⁹.

El Protocolo complementario de la Convención de Palermo tiene en cuenta que, si bien existen Instrumentos jurídicos internacionales que contienen normas y medidas prácticas para combatir la explotación de las personas, no hay un Instrumento jurídico universal que aborde todos los aspectos de trata de personas²²⁰. En este sentido la Asamblea decidió establecer un Comité especial intergubernamental encargado de elaborar una Convención internacional amplia contra la delincuencia transnacional organizada y de examinar la elaboración, entre otras cosas, de un instrumento internacional relativo a la trata de mujeres y de niños.

Para hacer efectivo este Instrumento, se tendrá que hacer frente a este delito de manera conjunta, con el intercambio de información entre países, tal como indica su art. 10, así como prevenirlo mediante Programas de información y difusión en la sociedad civil conforme al art. 9 del mismo Protocolo, reformando también las medidas ya existentes en los distintos países²²¹.

Sobre la misma línea se deslizan las acciones comunitarias de la Unión Europea, consciente de que este delito se comete a menudo dentro del marco de la delincuencia organizada transnacional, constituyendo así una grave violación de los derechos humanos, que por esta razón está prohibida explícitamente por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la cual tiene como

²¹⁹ TORRES FERNANDEZ, María Elena, «El tráfico de personas con fines de inmigración...», op. cit., pág. 1737.

²²⁰ CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL Y SUS PROTOCOLOS, *Anexo II, Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, Viena, 2004. pág. 43.

²²¹ CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL Y SUS PROTOCOLOS, *Anexo II, Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, Viena, 2004, pág. 46-49.

objetivo evitar y combatir la trata de seres humanos²²², labor que se plasma en la reciente aprobación de la Directiva 2011/36/UE, que reconoce la especificidad del fenómeno de la trata en función del sexo y el hecho de que tanto las mujeres como los hombres son a menudo objeto de trata con diferentes fines. De acuerdo a la presente Directiva, la Unión Europea debe tomar medidas de asistencia y apoyo que deben ser también diferentes según el sexo, en su caso. Los factores de «disuasión» y «atracción» pueden ser diferentes según los sectores afectados, como la trata de seres humanos en la industria del sexo o con fines de explotación laboral, por ejemplo en el sector de la construcción, en la agricultura o en el servicio doméstico²²³.

Dicha norma representa la culminación de un largo proceso de viraje de la política de la Unión Europea en materia de trata de personas, iniciado ya antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, más propiamente desarrollado en la Decisión Marco de 2002/629/JAI²²⁴ del Consejo, y que también guarda relación con el Convenio de Varsovia de 2005²²⁵, en el cual ya empiezan a cobrar importancia como centro de preocupación las víctimas del tráfico de personas. Actualmente el nuevo planteamiento de la Unión Europea al respecto aboga por un tratamiento victimocéntrico de la cuestión, que sitúa en el epicentro del tratamiento de este problema a los derechos humanos de las víctimas del proceso de trata. Frente a este nuevo prisma en la aproximación a la cuestión, resultaba ya tradicional a la política de la Unión Europea un tratamiento de tipo

²²² DIRECTIVA 2011/36/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo*, Diario Oficial de la Unión Europea, 2011, pág. 1.

²²³ DIRECTIVA 2011/36/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo*, Diario Oficial de la Unión Europea, 2011, considerando (3) pág. 1.

²²⁴ DECISIÓN MARCO DEL CONSEJO, *Relativa a la lucha contra la trata de seres humanos 2002/629/JAI*, Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 2002.

²²⁵ *Vid.*, con mayor detalle, CONVENIO DEL CONSEJO DE EUROPA SOBRE LA LUCHA CONTRA LA TRATA DE SERES HUMANOS, Varsovia, 16/5/2005.

criminocéntrico, pues se limitaba a la gestión de este fenómeno como una mera cuestión criminal²²⁶.

En este sentido, la Unión Europea determina que se requiere un nuevo enfoque multidisciplinario a lo largo de la totalidad de la cadena de tráfico, abarcando igualmente a los países de origen, tránsito y destino²²⁷. Para esto es necesario la creación de un grupo de expertos en trata de seres humanos, el cual está compuesto de quince miembros con una amplia gama de conocimientos especializados en todos los aspectos de las políticas de lucha contra la trata de seres humanos y también con una representación equilibrada en términos de contexto institucional y regionales geográficos²²⁸.

En concreto este grupo se encarga de: *a)* presentar a la Comisión trabajos escritos sobre la cuestión de la trata de seres humanos, con un planteamiento coherente de este fenómeno; *b)* ayudar a la Comisión a evaluar la evolución de las políticas en materia de trata de seres humanos a nivel nacional, europeo e internacional; *c)* ayudar a la Comisión a determinar y definir posibles medidas y acciones pertinentes a nivel nacional, europeo e internacional en toda la gama de políticas de lucha contra la trata de seres humanos; *d)* suministrar un foro de discusión sobre cuestiones relativas a la trata de seres humanos e intercambiar experiencia²²⁹.

²²⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, La nueva Directiva europea relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas ¿Cambio de rumbo de la política de la Unión en materia de trata de seres humanos?, *RECPC*, 2011, pág. 2.

²²⁷ DECISIÓN DE LA COMISIÓN (2011/502/UE), *Por la que se crea el Grupo de expertos en la trata de seres humanos y se deroga la decisión 2007/675/CE*, Diario Oficial de la Unión Europea, 2011, considerando (3).

²²⁸ DECISIÓN DE LA COMISIÓN (2011/502/UE), *Por la que se crea el Grupo de expertos en la trata de seres humanos y se deroga la decisión 2007/675/CE*, Diario Oficial de la Unión Europea, 2011, considerando (7).

²²⁹ DECISIÓN DE LA COMISIÓN (2011/502/UE), *Por la que se crea el Grupo de expertos en la trata de seres humanos y se deroga la decisión 2007/675/CE*, Diario Oficial de la Unión Europea, 2011, (art. 2).

Por último, la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo prevé que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que sean punibles las siguientes conductas cuando se cometan intencionalmente:

1) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, incluido el intercambio o la transferencia de control sobre estas personas, mediante la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona, con el fin de explotarla;

2) Existe una situación de vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa real o aceptable excepto someterse al abuso;

3) la explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena, u otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, incluida la mendicidad, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre, la explotación para realizar actividades delictivas o la extracción de órganos;

4) el consentimiento de una víctima de trata de seres humanos para su explotación, prevista o consumada, no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios contemplados en el apartado 1;

5) cuando la conducta a que se hace referencia en el apartado 1 afecte a un niño, constituirá infracción punible de trata de seres humanos aun cuando no se haya recurrido a ninguno de los medios contemplados en el apartado 1;

6) a efectos de la presente Directiva, se entenderá por «menor» cualquier persona menor de dieciocho años²³⁰.

²³⁰ DIRECTIVA 2011/36/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo*, Diario Oficial de la Unión Europea, 2011, (art. 2).

CAPÍTULO II

DELIMITACIÓN NORMATIVA DEL CONCEPTO DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL

I.- Definiciones en Derecho internacional

A) Naciones Unidas y Unión Europea

La aprehensión de la enorme variedad de formas que presenta el fenómeno de la delincuencia organizada en un concepto omnicomprendivo es sumamente difícil, como se podrá comprobar analizando las propuestas internacionales y europeas elaboradas para delimitarlo, así como el desarrollo normativo realizado por el legislador español en este sentido²³¹.

Uno de los criterios idóneos para un acercamiento racional al tema es representado por las nociones internacionales formuladas, pues lo principal es llegar a acuerdos en el ámbito internacional a los efectos de una cooperación policial y judicial más efectiva²³². En este sentido, las Naciones Unidas han llegado a un acuerdo en la *Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional* (Palermo-2000) que da una definición de lo que se entiende por organización criminal, en los siguientes términos:

²³¹ FARALDO CABANA, Patricia, «Sobre los conceptos de organización criminal y asociación ilícita», en VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, (coord.), *La delincuencia organizada: un reto a la Política criminal actual*, Aranzadi Cizur-Menor, Navarra, 2013, pág 47.

²³² ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, «Criminalidad organizada, Derecho penal y sociedad, apuntes para el análisis», en SANZ MULAS, Nieves (coord.), *El desafío de la criminalidad organizada*, Comares S.L., Granada, 2006, pág. 42.

«Artículo 2. Definiciones para los fines de la presente Convención: a) Por “grupo delictivo organizado” se entenderá un grupo estructurado de 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 (...)»²³³.

En el ámbito del Consejo de Europa se fue elaborando una definición formal de grupo criminal organizado, sobre la base del entendimiento de este fenómeno criminal sigue siendo difícil de conceptualizar. Con el fin de facilitar esta tarea y promover una información uniforme, el Consejo de Europa -en el cuestionario sobre la delincuencia organizada- pidió a los Estados Miembro aplicar los siguientes criterios para la calificación de los grupos criminales como “crimen organizado”, conforme a los cuales deberán verificarse las siguientes características obligatorias²³⁴:

- 1) Colaboración de tres o más personas
- 2) Por un periodo prolongado o indefinido de tiempo
- 3) Sospechosos o convictos de comisión de delitos graves
- 4) Con el objetivo de perseguir beneficio y/o poder

²³³ CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL, hecha en Nueva York de 15 de noviembre de 2000, fue firmada por España en Palermo el 13 de diciembre de 2000, y ratificada mediante Instrumento de 21 de febrero de 2002.

²³⁴ Vid. el «*Report on the Organised Crime Situation in Council of Europe Member States, 2004*», Cap. I, págs. 11-12.

También junto a tales exigencias se presentan otros criterios opcionales, entre los que se incluyen los siguientes²³⁵:

- 5) Tener una tarea específica o papel para cada participante
- 6) Uso de algún tipo de disciplina y control interno
- 7) Uso de la violencia u otros medios adecuados para la intimidación
- 8) Ejercer influencia en la política, los medios, la ley de la administración pública, ejecución de la ley, la administración de justicia o la economía, por medio de la corrupción o cualquier otro medio.
- 9) Utilizar estructuras comerciales o de negocios.
- 10) Involucrarse en el lavado de dinero
- 11) Operar en el ámbito internacional.

Además de las características mínimas, es decir, los criterios obligatorios 1-4, es necesario que al menos dos de los criterios opcionales se apliquen para calificar como grupo criminal o como delito de crimen organizado²³⁶.

La Unión Europea ha tomado medidas frente a este delito de crimen organizado, y para ello ha decidido adoptar unas líneas generales de actuación que han de seguir los Estados Miembro, y que trazarían los parámetros para identificar a una organización criminal que, conforme a la Decisión Marco de 2008, permitirían definirla en los siguientes términos:

«1) “Organización delictiva” una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante cierto período de tiempos y que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privada 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; 2) “Asociación estructurada”: una organización no formada fortuitamente para la comisión de inmediata de un delito

²³⁵ Vid. el «*Report on the Organised Crime Situation in Council of Europe Member States, 2004*», Cap. I, págs. 11-12.

²³⁶ A través de este enfoque, “crimen organizado” no sólo pueden incluir grupos criminales tradicionales, sino (que se extiende) también las entidades jurídicas o profesionales comprometidos con formas graves de delincuencia organizada.

ni que necesite haber asignado a sus miembros funciones formalmente definidas, continuidad en la condición de miembro, o exista una estructura desarrollada»²³⁷.

En el caso español, las caracterizaciones se han ido dando en base a la jurisprudencia que diferencia este fenómeno criminal de otros tipos de delitos como la banda o cuadrilla de malhechores. El concepto ha quedado decantado en torno a tres requisitos: en primer lugar, se exige que estemos frente a una pluralidad de personas; en segundo lugar, se requiere la interconexión de las mismas mediante una cierta estructura organizativa; y, en tercer lugar, se precisa una permanencia, es decir, que el acuerdo que les une, sea duradero y no meramente ocasional²³⁸.

B) Contraste del concepto de organización criminal de los organismos internacionales con el del Derecho español

Al existir una tendencia global hacia la interdependencia y cooperación de las organizaciones criminales, resulta imposible contrarrestar su actuación ilegal con el esfuerzo aislado de los Estados por lo que la respuesta a esta amenaza debe abordarse desde una perspectiva multilateral²³⁹. Es pues cierto que las nuevas amenazas se manifiestan cada vez con mayor dinamismo. Si no se atajan tempranamente, su peligrosidad tiende a ir vertiginosamente en aumento. Y el riesgo de proliferación crece constantemente, multiplicando su capacidad de acción y por ende, el daño desestabilizador, más aun cuando las fronteras hoy

²³⁷ DECISIÓN MARCO 2008/841/JAI DEL CONSEJO, *Relativa a la lucha contra la delincuencia organizada*, Diario Oficial de la Unión Europea, 2008, (art. 1).

²³⁸ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel, «Perfil criminológico de la delincuencia transnacional organizada», en PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (ed.), *Serta in memoriam Alexandri Baratta*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2004, pág. 625.

²³⁹ ANGUITA OLMEDO, Concepción, «La delincuencia organizada: Un interior de la unión europea. Concepto, características e instrumentos para su neutralización», en *RERI*, nº 2, 2010, pág. 154. / “El fenómeno delictivo organizado en su vertiente internacional, no sólo explota las vulnerabilidades en los países más desfavorecidos del planeta, sino que por igual, accede al primer mundo en busca de escenarios y mercados en los que implantarse y desarrollar sus actividades lucrativas, puesto que no hay que perder de vista que su enriquecimiento, responde a una demanda de bienes y servicios ilícitos”. Cfr. SANSÓ-RUBERT, Daniel, «La internacionalización de la delincuencia organizada: análisis del fenómeno», en *UNISCI Discussion Papers*, nº 9, octubre 2005, pág. 44.

sólo perviven efectivamente sobre el papel²⁴⁰. Sobre la preocupante expansión de este fenómeno delictivo en el mundo nos hemos ocupado antes en el Capítulo I de este trabajo.

Al existir distintas concepciones de valores dentro de Europa, la Unión Europea es consciente de este problema, y por tal razón busca unificar un frente de lucha común contra la organización criminal, mediante Decisiones Marco -las cuales tienen un carácter vinculante- que protegen bienes jurídicos frente a extendidos comportamientos criminales y que son reconocidos dentro de los Estados miembros, por ejemplo el narcotráfico y otros. En estos casos la armonización del Derecho penal en Europa no plantearía problema alguno²⁴¹.

Al tratarse de un problema común y global la organización criminal, se opta por seguir las directrices establecidas por la ONU en torno al concepto de organización criminal, y en este sentido España al igual que la Unión Europea también tiene que adecuar su ordenamiento interno siguiendo las pautas de los organismos internacionales tales como la ONU y la UE, razón por la que se ha de analizar si España sigue las directrices internacionales para conceptualizar la organización criminal.

Como señala NÚÑEZ CASTAÑO, el art. 570 *bis* del Código penal exige la concurrencia de los siguientes requisitos: *a)* estructura jerárquica; *b)* número mínimo de miembros y fungibilidad de los mismos; *c)* estabilidad o permanencia en el tiempo²⁴², si bien respecto de tales requisitos cabe señalar que la forma de estructura en la organización criminal es variada, y que la estructura jerárquica es característica más genuinamente propia del delito de terrorismo, aunque también

²⁴⁰ SANSÓ-RUBERT, Daniel, «La internacionalización de la delincuencia organizada...», op. cit., pág. 43.

²⁴¹ VORMBAUM, Moritz, «El desarrollo de la Unión Europea y su influencia sobre el Derecho penal europeo», en *Revista Penal*, nº 19, 2007, pág. 102.

²⁴² NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, *Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas. Sobre el sentido de las reformas penales en materia de terrorismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 98-102.

se da como tipo de estructura en la organización criminal. Respecto al elemento cuantitativo, la norma exige un mínimo de miembros, que en este caso son más de dos personas y que posean una determinada organización que es variada, así como el reparto de roles dentro de la organización, de forma que la suma de todos estos aspectos hace que dicha organización adquiera un carácter lesivo, utilizando dicha cualidad lesiva para la comisión de determinados que delitos que son variados. En el caso del delito de organización criminal, ésta es motivada por el poder y lucro económico, en tanto que, por su parte, en el caso del terrorismo busca subvertir el Estado democrático, pudiendo sus actos estar motivados por ideologías tanto religiosas como políticas.

C) Cuadro comparativo

Pasamos a desarrollar un cuadro comparativo referente al concepto establecido para la “organización criminal” en el plano internacional desde una perspectiva de la ONU y de la UE, y su contraste respecto al art. 570 bis del Código penal español revela que dicho esquema comparativo permite destacar los elementos de los que se parte para la identificación de la organización criminal y, a partir de ahí, establecer en lo posible algunas similitudes o en su caso respectivas diferencias.

<p>O N U</p>	<p>Grupo delictivo organizado</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Grupo estructurado. - Compuesto por 3 o más personas. - Que exista durante cierto tiempo. - Cometer concertadamente 1 o más delitos graves, o delitos tipificados en la presente Convención. - Obtener directa o indirectamente beneficios económicos o de orden material. - Delitos que constituya una pena de al menos 4 años.
-----------------------------	--	---

U E	Organización delictiva	<ul style="list-style-type: none"> - Asociación estructurada. - Compuesta por más de 2 personas. - Establecida durante cierto tiempo. - Finalidad delictiva. - Delitos de al menos 4 años. - Objetivo de obtener directa o indirectamente beneficio económico o material.
E S P A Ñ A	Organización criminal	<ul style="list-style-type: none"> - Agrupación formada por más de 2 personas. - Carácter estable o tiempo indefinido. - De manera concertada se reparten tareas o funciones. - Fin de cometer delitos. - “fundadores” de 4-8 años delitos graves y; 3-6 años demás delitos; 2-5 años los miembros.

Del esquema comparativo presentado entre la ONU, UE y España, sobre el concepto de organización criminal, se puede derivar la apreciación de diversos puntos de semejanza así como también de diferencia que los caracteriza.

Semejanzas. En este primer caso encontramos que el grupo está compuesto por más de 2 personas (lo que implica una pluralidad de sujetos); por otro lado, posee también un carácter estructurado aunque este suele ser variado; también se ha de tener en cuenta que se establece durante cierto tiempo, que desde nuestro punto de vista es indeterminado; cabe mencionar también que contiene una repartición de tareas y funciones; y por último el elemento subjetivo de la finalidad de cometer delitos, lo que explica la orientación delictiva por la que se crea o forma.

Diferencias. Continuando con la descripción del cuadro comparativo, en torno a las diferencias hemos de señalar la pluralidad de delitos que tendría que realizar una organización criminal, en ese sentido es de manifestar en principio que la ONU hace mención a la comisión de “uno” o más delitos graves, mientras que en el caso de la UE y España se hace mención directamente a la comisión de “varios” delitos; por otro lado, en cuanto a la pena, existe también una leve variación aunque en los tres textos se reconoce una pena de al menos 4 años, pues en el caso de España se presenta una estratificación de la pena en función del cargo que ocupan los sujetos dentro de la organización criminal; por último, en el art. 570 *bis* del CP se omite por completo la mención expresa del “beneficio económico” que en el caso de la ONU y la UE es reconocido.

II.- Nociones en el ámbito del Derecho comparado

Hacer un estudio comparado de diferentes legislaciones a nivel internacional, a nuestro juicio, resultaría muy positivo, en el camino hacia una posible identificación de organización criminal, porque de esta manera podríamos atender a las diferentes formas de percepción o identificación que establecen algunos países sobre la organización criminal, trataremos de enfocaremos en países de la UE como también otros que no son parte de la UE.

En este sentido, comenzamos con la legislación canadiense que incluye la definición de organización criminal en su art. 467.1, al establecer que una organización delictiva es toda agrupación que, independientemente del modo de se organización: a) esté compuesta por al menos tres personas que se encuentren dentro o fuera de Canadá; b) y que uno de los objetivos principales sea la facilitación o la comisión de uno o más delitos graves, de los que podría resultar la producción -o proporcionamiento a una persona que es parte- directa o indirectamente de un beneficio material de orden financiero o económico²⁴³.

²⁴³<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/page-226.html#docCont> (consultada el 12 de marzo de 2014).

En el caso de Canadá, se entiende que una organización criminal existe independientemente del modo de organización. Su sistema normativo trae a colación el factor nacional o internacional de los integrantes de la misma, los cuales además de cometer delitos graves buscan un beneficio material o económico. También resalta la aclaración efectuada en el mismo artículo de que esta definición no incluye a los grupos de personas que de manera fortuita se reúnen para la comisión inmediata de un delito.

Austria sobre este particular introduce en 1993 la figura de la organización criminal, que actualmente se encuentra tipificada en el art. 278 a), el cual prevé que aquélla requiere la concurrencia de una de las siguientes circunstancias: estar orientada a la comisión de delitos particularmente graves que amenacen la vida, la integridad física, la libertad, la propiedad, la explotación sexual, el tráfico de migrantes ilegales o el tráfico ilícito de armas, material nuclear o radioactivo, desechos peligrosos, dinero falso o estupefacientes; que mediante ello persiga un enriquecimiento o una importante influencia política; y que busque corromper a los otros o intimidarlos o para protegerse de manera articular²⁴⁴.

Austria no ofrece una conceptualización propia de lo que es organización criminal, pero proporciona los requisitos que tienen que concurrir para poder apreciar la existencia de organización criminal, en la que se podría resaltar que, además de la finalidad delictiva, el plus que la caracteriza es que identifica los delitos sobre los que se orienta los delitos de la organización criminal, así como también hace mención al beneficio económico.

²⁴⁴ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, «Perfil criminológico de la delincuencia transnacional...», op. cit., pág. 632. / Se mantiene sin cambios en la actualidad la regulación de la Kriminelle Organisation en el § 278 a) StGB, en los siguientes términos de configuración del delito: «Wer eine auf längere Zeit angelegte unternehmensähnliche Verbindung einer größeren Zahl von Personen gründet oder sich an einer solchen Verbindung als Mitglied beteiligt (§ 278 Abs. 3), 1) die, wenn auch nicht ausschließlich, auf die wiederkehrende und geplante

El Código Penal alemán hace referencia a la criminalidad organizada en su artículo 129 del StGB al disponer:

“I. Quien funde una asociación cuyos fines o actividad se dirijan a cometer delitos o quien participe en una asociación de este tipo como miembro, la dé publicidad o la apoye será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa.
II. No se aplicará el apartado I: (1) cuando la asociación sea un partido político que no haya declarado inconstitucional el Tribunal Constitucional Federal, (2) cuando la comisión de delitos sólo tenga una finalidad o sea una actividad de importancia inferior, o (3) en la medida en que los fines o la actividad de la asociación incurran en los delitos de los §§ 84 a 87(...)”²⁴⁵.

En este caso, Alemania no establece un concepto, como tal, de lo que se entiende por organización criminal, sino que, antes bien, procede a sancionar a los fundadores o integrantes, así como también a los que colaboren en la constitución de la misma, limitándose a mencionar la asociación y la finalidad delictiva.

En este contexto, Suiza es el único país en el espacio europeo que nunca había conocido este tipo penal, si bien desde los años 70 había discutido vivamente sobre la creación de un tipo penal al respecto, que finalmente se introduce por ley de 18 de marzo de 1994 que lo configura como el tipo de organización criminal. Se caracteriza como delito contra la paz pública una

Begehung schwerwiegender strafbarer Handlungen, die das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die Freiheit oder das Vermögen bedrohen, oder schwerwiegender strafbarer Handlungen im Bereich der sexuellen Ausbeutung von Menschen, der Schlepperei oder des unerlaubten Verkehrs mit Kampfmitteln, Kernmaterial und radioaktiven Stoffen, gefährlichen Abfällen, Falschgeld oder Suchtmitteln ausgerichtet ist, 2) die dadurch eine Bereicherung in großem Umfang anstrebt und 3) die andere zu korrumpieren oder einzuschüchtern oder sich auf besondere Weise gegen Strafverfolgungsmaßnahmen abzuschirmen sucht, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen. § 278 Abs. 4 gilt entsprechend».

<http://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002296> (página consultada el 15 de marzo de 2014).

²⁴⁵ ORTIZ DE NORIEGA, Juan / LARIOS SÁNCHEZ, Cristina y otros, *Código penal alemán StGB. Código procesal penal alemán StPO*, EIRANOVA ENCINAS, Emilio (Coord.), Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2001, págs. 94-95. / Dicha tipificación se mantiene sin cambios en la normativa actualmente vigente. *Vid.* [http://www.jusline.de/Strafgesetzbuch_\(StGB\)_Langversion.html#](http://www.jusline.de/Strafgesetzbuch_(StGB)_Langversion.html#) (página consultada 12 de febrero de 2014).

organización que es calificada de criminal cuando se mantiene en secreto su estructura interna y composición personal y mediante ella se persigue el fin de cometer crímenes violentos o enriquecerse mediante medios criminales²⁴⁶. En el caso suizo, podemos resaltar la estructura, clandestinidad y finalidad delictiva, elementos que a nuestro juicio resultan ser muy acertados cuando hablamos de organización criminal. El precepto incriminador se ubica en el orden sistemático en el art. 260 ter ubicado en el Título XII relativo a delitos contra la paz pública.

En Luxemburgo la organización criminal es tipificada en el art. 324 *bis*, unificado en el Título VI relativo a los crímenes y delitos contra la Seguridad pública. Constituye una organización criminal toda asociación estructurada de más de dos personas, establecida a través del tiempo, con el propósito de cometer de manera concertada delitos que son sancionados con la pena de prisión de un máximo de cuatro años o con una pena más grave, y que están orientados a obtener, directa o indirectamente, cualquier tipo de beneficio financiero²⁴⁷.

Luxemburgo no sólo deja más claros los parámetros para identificar la organización criminal, sino que ofrece un concepto de lo que se entiende por organización criminal, en el que hace alusión a: la estructura de la organización; el número de integrantes; la finalidad delictiva y su duración a través del tiempo.

En Bélgica por su parte se entiende que existe una organización criminal cuando existe una asociación estructurada de dos o más personas establecida a

²⁴⁶ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, «Perfil criminológico de la delincuencia transnacional», op. cit., pág. 632. / *Vid.* Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (Stand am 1. Januar 2014), «§ 260 ter. 1) Wer sich an einer Organisation beteiligt, die ihren Aufbau und ihre personelle Zusammensetzung geheim hält und die den Zweck verfolgt, Gewaltverbrechen zu begehen oder sich mit verbrecherischen Mitteln zu bereichern, wer eine solche Organisation in ihrer verbrecherischen Tätigkeit unterstützt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft. 2) Der Richter kann die Strafe mildern (Art. 48a), wenn der Täter sich bemüht, die weitere verbrecherische Tätigkeit der Organisation zu verhindern. 3) Strafbar ist auch, wer die Tat im Ausland begeht, wenn die Organisation ihre verbrecherische Tätigkeit ganz oder teilweise in der Schweiz ausübt oder auszuüben beabsichtigt. Artikel 3 Absatz 2 ist anwendbar». *Vid.* <http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19370083/201401010000/311.0.pdf> (página consultada en 12 de febrero de 2014).

²⁴⁷ *Vid.* http://www.legilux.public.lu/leg/textescoordonnes/codes/#code_penal (página consultada el 15 de marzo de 2014).

través del tiempo para cometer de modo concertado delitos castigados con penas de al menos tres años, con el fin de obtener ventajas patrimoniales por medio de la amenaza, violencia, maniobras fraudulentas o el recurso a estructuras comerciales o de otro tipo para disimular o facilitar la comisión de las infracciones²⁴⁸ Ello de conformidad con lo dispuesto en el art. 324 *bis*²⁴⁹.

También en el mismo artículo se agrega una aclaración expresa, en la que se indica que no se pueden considerar organización delictiva las organizaciones con propósito político, laboral, filantrópicas, religiosas, filosóficas o de cualquier otra índole que persiga una finalidad legítima.

Por último, el Código penal boliviano de 1997 -que continúa sin cambios en la actualidad- también sanciona el crimen organizado estableciendo en su artículo 132 *bis*:

«Organización Criminal: el que formare parte de una asociación de tres o más personas organizada de manera permanente, bajo reglas de disciplina o control, destinada a cometer los siguientes delitos: genocidio, destrucción o deterioro de bienes del Estado y la riqueza nacional, sustracción de un menor o incapaz, privación de libertad, vejaciones y torturas, secuestro, legitimación de ganancias ilícitas, fabricación o tráfico ilícito de sustancias controladas, delitos ambientales, previstos en leyes especiales, delitos contra la propiedad intelectual, o se aproveche de estructuras comerciales o de negocios, para cometer tales delitos, será sancionado con reclusión de uno a tres años (...).».

En el caso de la legislación boliviana se sanciona a los que integren una asociación; que ha de estar compuesta por tres o más personas; mencionándose la exigencia de su permanencia, la existencia de una especie de estructura con

²⁴⁸ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, «Perfil criminológico de la delincuencia transnacional...», op. cit., pág. 633.

²⁴⁹ «Art. 324 bis: Constitue une organisation criminelle l'association structurée de plus de deux personnes, établie dans le temps, en vue de commettre de façon concertée, des crimes et délits punissables d'un emprisonnement de trois ans ou d'une peine plus grave, pour obtenir, directement ou indirectement, des avantages patrimoniaux.» <http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=7009> (página consultada el 20 de marzo de 2014)

reglas de disciplina, así como también la finalidad delictiva; y además se relaciona una lista de delitos a los que va dirigida la actividad delictiva. En comparación con los demás países aludidos, la sanción prevista por este tipo de delito debemos decir que es mínima, en razón de la gravedad de los delitos cometidos.

Por último, hemos de aludir al caso español y su forma de tipificar la organización criminal. En este sentido la figura delictiva de asociación delictiva en el Código penal español estaba tipificada en el artículo 515²⁵⁰, hasta la Reforma de 2010 año en que se modifica el sistema incriminador y se establece un concepto de organización criminal en los siguientes términos:

Art. 570 *bis* (...): “A efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas (...)”.

Podríamos decir que, a diferencia de los demás países aludidos, España presenta una definición de lo que se entiende por organización criminal, considerando como elementos de la misma los siguientes: una pluralidad de personas, un carácter estable, también una estructura organizativa, y por último la finalidad delictiva. Con todas las contribuciones legislativas presentadas hasta el momento respecto al concepto de la organización criminal, se acredita la diversidad interpretativa de este tipo de delito, cuyas diferencias que no son ajenas al debate en dogmática penal respecto a la conceptualización de la organización criminal.

²⁵⁰ El cual establecía que son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración: 1º las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada. 2º las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas. 3º las que, aun teniendo como fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución. 4º las organizaciones de carácter paramilitar. 5º las que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideológica religión o creencias (...).

III.- Determinación del concepto normativo de organización criminal

Probablemente debido a su complejidad e insuficiente conocimiento, una aproximación conceptual a esta noción suscita no pocos interrogantes. Es por ello que en el crimen organizado se tiende más bien a la enumeración descriptiva de un conjunto de rasgos²⁵¹. Ahora bien, el problema de su apropiada delimitación conceptual no es sino el primero de los variados retos que plantea la intervención penal sobre esa realidad en busca de una disciplina jurídica que se denomina criminalidad organizada²⁵².

Llegados a este punto, y después de haber planteado una panorámica respecto a las diferentes formas de interpretación que se merece el fenómeno de la organización criminal en el plano internacional a nivel de la ONU y en el espacio europeo de la UE. Además de hacer una comparativa de diferentes países del mundo sobre este tema, entendemos que parcialmente existen puntos comunes y además una intención de unificar conceptos para luchar contra este tipo de delito, lo que no ha sido suficiente, por lo que se buscan directrices que orienten la identificación de la organización criminal, aunque la tarea se complica debido a los cambios que presenta este fenómeno. Ahora pasaremos a estudiar el concepto de la organización criminal desde el punto de vista dogmático.

A pesar de ser vocablos comúnmente empleados los de “delincuencia organizada” o “criminalidad organizada”, su definición ha sido laboriosa -como se ha visto- y numerosas instituciones nacionales, regionales o mundiales han intentado con poco éxito elaborar una definición de crimen organizado, pues dicha

²⁵¹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, «El Derecho penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites», en GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, Faustino / VALCÁRCE LÓPEZ, Marta (dir.), *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2001, págs. 87-88.

²⁵² DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, «El Derecho penal ante la criminalidad...», op. cit., pág. 94.

tarea no es fácil dada su versatilidad, heterogeneidad, pluralidad de actuaciones, forma reticular de organizarse, o la magnitud de las manifestaciones en las que se desarrolla, confluyendo aspectos plenamente legales con otros que están totalmente fuera de la ley cuyas influencias recaerán en sectores políticos, sociales, económicos muy diversos y en vertientes públicas y privadas²⁵³.

Haciendo un paréntesis, de modo paralelo a la organización criminal, existe otro delito que por su especial peligrosidad en la actualidad ocupa especial relevancia, y nos referimos propiamente al delito de terrorismo, del que GARCÍA VALDÉS ofrece una muy acertada definición, al describirlo como aquella conducta delictiva que, mediante actos de extrema violencia o grave intimidación, y con un fin subversivo, trata de destruir el sistema político democrático empleando, a estos efectos, medios selectivos o catastróficos²⁵⁴. MESTRE DELGADO explica, por su parte, que el “terrorismo es en la actualidad un término plurisignificante, de uso común y extendido para hacer referencia a todas aquellas conductas que, conforme indica su etimología, infunden terror a determinados grupos o sectores sociales o, incluso con mayor indeterminación, generan sensaciones psicológicas de inseguridad en sociedades determinadas”. Pero advierte que es muy posible que no se pueda definir el terrorismo, si se considera el enfoque multifactorial e interdisciplinar que debería requerir tal

²⁵³ LÓPEZ-MUÑOZ, Julián, *Criminalidad organizada. Aspectos jurídicos y criminológicos*, Dykinson, Madrid, 2015, págs. 26-27.

²⁵⁴ En un estudio sobre terrorismo, GARCÍA VALDÉS ofrece una muy acertada definición sobre el mismo al indicar: “podemos definir hoy el terrorismo como aquella conducta delictiva que mediante actor de extrema violencia o grave intimidación, y con un fin subversivo, trata de destruir el sistema político democrático empleando, a estos efectos, medios selectivos o catastróficos.” *Vid.* GARCÍA VALDÉS, Carlos, «La legislación antiterrorista: Legislación vigente y Proyectos contituistas», en *ADPCP*, fasc. II, 1984, pág. 295. / En la actualidad el mismo autor vuelve a tratar sobre un caso de colaboración con el terrorismo. *Vid.* GARCÍA VALDÉS, Carlos, «Tres temas penales de actualidad», en *REP*, nº 258, 2015, págs. 9 y sigtes. / Sobre el imporante tema del terrorismo, véase especialmente CANCIO MELIÁ, Manuel, *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, Editorial Reus, Madrid, 2010, *passim*. / CANCIO MELIÁ, Manuel, «Lagunas reflexiones preliminares sobre los delitos de terrorismo: eficacia y contaminación» en FARALDO CABANA, Patricia (Dir.), *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 161-170.

intento²⁵⁵. Similar complicación encontramos al momento de definir la organización criminal.

A su vez, un importante estudio sobre terrorismo en relación con la Reforma de 2015 realiza OLMEDO CARDENETE, en un riguroso tratamiento monográfico de este tipo delictivo²⁵⁶. Al respecto, consideramos importante el dato de que la descripción del delito de terrorismo utiliza, para su identificación, el concepto delito de organización que establece el 570 *bis* del Código penal. La intención del legislador -de acuerdo con OLMEDO CARDENETE- no ha sido otra que la de extender al ámbito de los delitos de terrorismo las definiciones de organización y grupo criminal²⁵⁷.

Por su parte, NÚÑEZ CASTAÑO destaca la singular esencialidad de dos elementos constituyentes de la configuración propia del delito de terrorismo: el elemento teleológico y el elemento estructural²⁵⁸. En este sentido, partimos del aspecto cuantitativo de dicho elemento, conformado por la pluralidad de sujetos que son parte de dicha organización -dentro de la cual hay un reparto de roles-, y que además están estructurados jerárquicamente. Por otro lado, se encuentra la capacidad cualitativa, con referencia propiamente al potencial lesivo de dicha organización para cometer o sembrar el terror en la sociedad, buscando subvertir el Estado democrático.

²⁵⁵ Vid. MESTRE DELGADO, Esteban, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1987, págs. 27-28.

²⁵⁶ OLMEDO CARDENETE, Miguel, «Delitos contra el orden público (VI)», en MORILLAS CUEVA, Lorenzo, (Dir.), *Sistema de Derecho penal español. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2011, pág. 1211 y sigtes.

²⁵⁷ OLMEDO CARDENETE, Miguel, «Delitos contra...», op. cit., pág. 1213.

²⁵⁸ NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, *Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas. Sobre el sentido de las reformas penales en materia de terrorismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 84.

En suma, por una parte, el concepto de criminalidad organizada tiene un singular carácter criminológico, y, por otra, resulta complejo arribar a una noción unívoca del mismo. Así lo manifiesta la mayor parte de la doctrina española²⁵⁹.

Con mucho acierto, advierte al respecto DE LA CUESTA ARZAMENDI que la criminalidad organizada como fenómeno se mueve en una nebulosa poco clara y se presenta particularmente complejo, mal estudiado y con problemas de abordaje por nuestro conocimiento incompleto acerca de la naturaleza y del verdadero alcance y peligro que supone para el orden social, político y económico, y porque igualmente se desconocen qué medios pueden garantizar adecuadamente su control²⁶⁰.

Además el mismo autor muestra -desde la óptica criminológica- elementos propios de la organización criminal, para una apropiada conceptualización, tanto cuantitativos como cualitativos, requiriendo dentro de los primeros un determinado número de integrantes, la permanencia, el secretismo y además un

²⁵⁹ CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, «Criminalidad organizada, concepto, la asociación ilícita problemas de autoría y participación», en GRANADOS PÉREZ, C. (dir.), *La criminalidad organizada: aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, II, Madrid, 2001, pág. 235 / Vid. HERRERO HERRERO, César, *Criminología parte general y especial*, Dykinson, Madrid, 2007, pág. 609 / en el mismo sentido GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, Faustino / VALCÁRCE LÓPEZ, Marta (dir.), *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2011, págs. 87-88. / Cfr. ANARTE BORRALLO, Enrique. «Conjeturas sobre la criminalidad organizada», en FERRÉ OLIVÉ, Juan / ANARTE BORRALLO, Enrique (eds.), *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, Huelva, 1999, pág. 20. / con referencia a la dificultad de poder conceptualizar Vid. BARBERO SANTOS, Marino, *Criminalidad organizada, reunión de la sección nacional española preparatoria del XVI congreso de la AIDP en Budapest*, Universidad Castilla la Mancha, Almagro, 1999, pág. 12. / en el mismo sentido MAPELLI CAFFARENA, Borja / GONZÁLEZ CANO, M^a Isabel / AGUADO CORREA, Teresa (coords.), *Estudios sobre delincuencia organizada, medios, instrumentos y estrategias de la investigación policial*, Mergablum, Sevilla, 2001, pág. 20.

²⁶⁰ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, «El Derecho penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites», en GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, Faustino / VALCÁRCE LÓPEZ, Marta (dir.), *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2001, pág. 87. / Vid., en similar sentido, IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel, «Panorámica comparativa sobre algunos problemas que presenta el fenómeno asociativo criminal en la actualidad», en VATTIER FUENZALIDA, Carlos (coord.), *Las entidades sin fines de lucro: estudios y problemas*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Burgos, Burgos, 1999, pág. 99.

determinado grado de rigidez o de jerarquización. La suma de dichos elementos hace posible la cristalización del elemento cualitativo, es decir, la capacidad o potencial lesivo de dicha organización que está dirigido a un determinado fin, el cual es variado, según se trate del delito de “terrorismo u organización criminal”²⁶¹.

Pese a ello, existen singulares acercamientos dogmáticos respecto a la conceptualización normativa de la organización criminal, Así, POLAINO-ORTS aplica la denominación de los delitos de organización a aquellas figuras consistentes en la agrupación de varias personas con el fin de cometer un delito ulterior. Tales tipos legales configuran delitos de organización -criminal- porque el injusto consiste, precisamente, en la conformación de una organización idóneamente delictiva, esto es: de una empresa idónea para cometer delitos y cuya finalidad es la comisión de futuros delitos²⁶². Otros autores exponen determinadas características de esta figura legal, previa aclaración del grado de complejidad que representa conceptualizar dicho fenómeno criminal²⁶³.

Por su parte, CANCIO MELIÁ con razón explica que la noción del injusto debería estar en condiciones de explicar la criminalización en sí misma y la severidad de la pena prevista. Sólo se puede proponer una definición de organización operativa en el plano de la tipicidad de los delitos de “criminalidad organizada” si previamente se identifica el injusto al que da lugar la existencia de

²⁶¹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, «El Derecho penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites», en GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, Faustino / VALCÁRCE LÓPEZ, Marta (dir.), *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2001, pág. 87.

²⁶² POLAINO-ORTS, Miguel, «Organizaciones y Grupos criminales», en JAKOBS, Günther / POLAINO-ORTS, Miguel, *Criminalidad organizada. Formas de combate mediante el Derecho penal*, Editorial Flores, Mexico D.F., 2013, pág. 155. *Ídem* POLAINO-ORTS, Miguel, «Organizaciones y grupos criminales», en POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial, adaptadas a la ley orgánica 5/2010 de Reforma del Código penal*, tomo II, Tecnos, Madrid, 2011, pág. 563.

²⁶³ ANARTE BORRALLA, Enrique. «Conjeturas sobre la criminalidad», pág. cit., pág. 20 y sig. / FARALDO CABANA, Patricia, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 33 y sig.

la asociación ilícita -en nuestro caso, organización criminal- entendida en cuanto delito de organización²⁶⁴.

Ahora bien, tiempo atrás, esta acepción se refería a las bandas criminales, dedicadas a cierta clase de delitos y a las organizaciones expresamente concebidas para el delito, tipo mafia. En la actualidad se usa normalmente esa calificación para referirse especialmente a los grupos supranacionales que controlan amplios campos delictivos (drogas, prostitución, tráfico de personas o de armas, blanqueo de dinero, etc.)²⁶⁵, y esa versatilidad en la comisión de delitos dificulta la tarea de definir la criminalidad organizada y a su vez coincide con la necesidad de diferenciar la organización criminal de una simple asociación para delinquir esporádica²⁶⁶.

Otro problema es la pluralidad de manifestaciones que desarrolla en distintos países, y la diversa dimensión del fenómeno, haciendo que resulte difícil acoger un concepto que reúna unas notas características consensuadas en todos los ámbitos y países²⁶⁷. En este entendido, al tratarse de un fenómeno de enorme complejidad, ha sido abordado desde diversas perspectivas de análisis, como la económica, política, sociológica, antropológica y jurídica, resaltando que han sido más escasos los trabajos con visiones integradoras desde la perspectiva criminológica²⁶⁸.

El concepto de asociación -entendida como organización criminal- ha sido marco de vivas polémicas -años atrás, como actualmente-, lo que ha ocasionado

²⁶⁴ CANCIO MELIÁ, Manuel, «El injusto de los delitos de organización: peligro y significado», *RGDP*, nº 8, noviembre de 2007, pág. 1.

²⁶⁵ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita», en FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos / ANARTE BORRALLA, Enrique (eds.), *Delincuencia organizada, aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, Huelva, 1999, pág. 177.

²⁶⁶ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel, «Perfil criminológico de la delincuencia transnacional...», op. cit., pág. 623.

²⁶⁷ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, «Criminalidad organizada...», op. cit., pág. 41. / en el mismo sentido IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel, «Panorámica comparativa...», op. cit., pág. 100.

²⁶⁸ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, «Criminalidad organizada...», op. cit., pág. 40.

que la doctrina se vea en la necesidad de distinguir esta figura de otras afines. De ahí que se hayan discutido particularidades propias de este fenómeno, como las cuál es el número mínimo de miembros exigidos, y sus notas distintivas, es decir, el carácter estable y duradero del vínculo social, la organización misma, la pluralidad de indeterminación de los hechos delictivos programados²⁶⁹. Por tanto, la importancia del concepto de organización no es un apriorismo, sino una consecuencia obligada del propio tipo penal²⁷⁰.

Hoy en día, importa hacer una búsqueda desde el punto de vista funcional, alejando conceptos ontológicos, es decir, de la naturaleza de las cosas, y a través de consensos intersubjetivos sobre determinados hechos sociales a los que se otorga la categoría de criminales, para obtener una nota adjetiva que la distinga de otros tipos de criminalidad. Dichos consensos tendrán que ser funcionales, para una mejor comprensión del fenómeno en el sentido de establecerse *qué no es* organización criminal, y *qué es*, y, por tanto, poder uniformar acuerdos para su mejor prevención y represión; dicho en otros términos, no se puede luchar contra lo que no se conoce, y en nuestro saber racional, no se conoce lo que no se define²⁷¹.

A su vez, se debe establecer lo que un ordenamiento jurídico debe *ex ante* entender por organización criminal, a los efectos de determinar los objetos de protección y las formas de ataque, en suma, las conductas punibles, aunque esta figura delictiva comprenda diversos delitos y distintas modalidades de comisión; existen determinados delitos y determinadas formas de ataque que pueden denominarse comunes que darían un contenido material a lo que denominamos

²⁶⁹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Estudios penales*, Bosch, Barcelona, 1984, pág. 302-303.

²⁷⁰ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Estudios penales*, op. cit., pág. 304.

²⁷¹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal, contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, Comares S. L., Granada, 2009, pág. 28. / La tarea de definir la organización criminal se plantea con urgencia, y se torna exigente, la noción de este tipo de injusto, que además tiene que estar en condiciones de explicar la criminalización en sí misma, en la medida político-criminalmente posible y la severidad de la pena prevista. CANCIO MELIÁ, Manuel, *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, Editorial Reus, Madrid, 2010, pág. 87.

organización criminal²⁷², así como su naturaleza dogmática que nos permitirá indagar a fondo en este fenómeno criminal.

La organización criminal organizada funciona como una empresa y requiere como ésta de elementos básicos como la existencia de normas internas, sistemas de comunicaciones especiales, división de trabajo, estructura jerárquica, rutinas y procedimientos estandarizados, competencias técnicas especializadas y profesionalización de sus miembros, lo cual potencia y multiplica su efectividad²⁷³.

La Fiscalía General del España también ha prestado atención a la tarea de identificar este fenómeno criminal, así se advierte en la Memoria de 2006, en la cual destaca que en la actualidad “es reconocido por todo los sectores el poder destructor que la delincuencia organizada tiene para la convivencia pacífica, siendo considerado como uno de los principales desafíos de los sistemas democráticos liberales del mundo occidental, toda vez que algunos de estos grupos criminales pretenden directamente sustituirlos por sus fanatismos integristas políticos o religiosos, y otros indirectamente, convertirlos, mediante la corrupción del poder político, en simples democracias nominales. Son numerosos los acontecimientos que han trascendidos en los últimos años en los que se evidencia que las instituciones de muchas naciones han sucumbido al poder del dinero corruptor o al del fanatismo de diversa índole”²⁷⁴.

²⁷² ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal*, op. cit., pág. 29. / En este sentido el Derecho penal de la globalización, tiene como objetivo fundamental proporcionar una respuesta uniforme, o al menos armónica frente a la delincuencia organizada *transnacional*, buscando evitar “*los paraísos jurídicos-penales*”. Dichos *paraísos* que complicaría el combate contra este fenómeno criminal, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del derecho penal, aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2001, pág. 88.

²⁷³ SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-334/13 <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-334-13.htm> (página consultada 12 de abril 2014).

²⁷⁴ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2006*, pág. 524.

Partiendo de esta constatación, y reconocida la consecuente necesidad de combatir este fenómeno criminal, la Fiscalía General, en la Memoria de 2009, trazó diez pautas orientativas para la identificación de la criminalidad organizada, de las cuales seis de estos diez elementos pueden asegurar la presencia de un grupo de delincuencia organizada²⁷⁵.

IV.- La organización criminal en sentido amplio y en sentido estricto

La doctrina penal en española se ha interesado por el tema contribuyendo a buscar una conceptualización de la organización criminal, y en esa búsqueda se ha dividido en dos posiciones, la de quienes entienden el concepto en un sentido amplio y la de los que optan por un sentido estricto.

En el primer caso, identificar el delito de organización criminal, se orienta hacia una concepción en sentido amplio, que proviene de la tradicional teoría de CUELLO CALÓN, según la cual el simple acuerdo entre sus componentes permite la existencia de la organización criminal, sin ser necesario un grupo mínimo de miembros ni tampoco estar organizados estaríamos entonces frente de una asociación de hecho, porque la ley no exige más (este análisis, lo hizo conforme

²⁷⁵ Las diez pautas orientativas son: 1. Existencia de un grupo de personas más o menos numeroso. 2. Reparto de tareas o *de papeles* entre los miembros del grupo con existencia de rígidas normas de disciplina interna y de una jerarquía, a veces extravagante. Suele tener lugar una situación de aislamiento como forma de protección de los cabecillas del grupo mediante la interposición de testaferros, el auto inculpación de los subordinados en sede judicial o la utilización de personas físicas o jurídicas interpuestas. 3. Actuación prolongada en el tiempo o indefinida. 4. Comisión de actos delictivos graves. Se despliegan habitualmente técnicas o métodos complejos de ejecución para garantizar el éxito de las actividades delictivas. Cabría citar el uso de alta tecnología para las comunicaciones, las destrezas financieras en el manejo de fondos o distintas formas de relación con la función pública. 5. Actuaciones transnacionales o intensa movilidad territorial dentro del Estado. 6. Uso sistemático de la violencia o de la intimidación grave. 7. Utilización de los instrumentos jurídicos legales para crear estructuras económicas o comerciales. Es habitual el uso de cualificados profesionales o expertos para garantizar el éxito de sus actividades delictivas. 8. Actividades de blanqueo de capitales. 9. Influencia sobre políticos, medios de comunicación social, funcionarios de la Administración Pública, de la Administración de Justicia o sobre la actividad económica mediante la *corrupción*. 10. Finalidad de una obtención continuada de beneficios económicos y de diversas formas de *influencia* política, social o económica. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2009*, pág. 993.

al Código penal de su época de los años cuarenta)²⁷⁶. Sobre la misma línea, a su vez, CÓRDOBA RODA apunta que la asociación únicamente requiere la existencia de una cierta organización dirigida al cumplimiento de determinados fines. No, en cambio, el requisito de la permanencia, como cualidad contrapuesta a la transitoriedad²⁷⁷.

Por otro lado, en lo que respecta al concepto estricto de organización criminal, la doctrina dominante se inclina por este concepto, manifestando que el mismo precisa también del complemento de otros indicadores, que vendrían a ser un plus respecto de la asociación criminal, y que tradicionalmente se tipifican en la mayoría de los ordenamientos penales²⁷⁸.

Uno de tales elementos de la singularidad de la configuración típica sería la estabilidad o permanencia, como ANTÓN ONECA expone, manifestando la diferencia entre conspiración y asociación, la primera tiene por objeto un delito determinado, mientras que la asociación tiene como objetivo un número indeterminado de delitos, mostrando así su cualidad estable y permanente²⁷⁹.

La actual Política criminal internacional tiene como fin principal detener el crimen organizado, pero no siempre se refiere al mismo fenómeno cuando se utiliza este concepto, debido a la pluralidad de delitos en los que se encuentra presente²⁸⁰. Ahora bien, como veremos más adelante, los tipos de organización

²⁷⁶ CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho penal, conforme al nuevo Código penal, texto refundido de 1944*, tomo II, 6ª ed., Bosch, Barcelona, 1948, pág. 53.

²⁷⁷ CÓRDOBA RODA, Juan, *Comentarios al Código penal*, tomo III, Ariel, Barcelona, 1978, pág. 260.

²⁷⁸ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, «Perfil criminológico de la delincuencia transnacional», op. cit., pág. 624.

²⁷⁹ RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho penal español*, Ediciones Castilla, Valladolid, 1965, pág. 115. (nota al pie 24) / Sobre la misma línea *Vid.* QUINTANO RIPOLLÉS, A., «Comentarios al Código penal», *RDP*, Madrid, 1966, pág. 522. quien sostiene, que el grupo “deberá poseer cierta consistencia en el grupo y un conato de organización y jerarquía”.

²⁸⁰ Se puede distinguir varias acepciones que impiden reconducir la criminalidad organizada a un concepto común: 1) En principio referirnos a las organizaciones cuya actividad criminal persigue fundamentalmente un lucro económico. 2) Otro tiene como objeto infiltrarse en el poder constituido e intentar su administración o influir en él, sin sustituirlo, por medio de la corrupción política y la influencia en los organismos públicos 3) Otras organizaciones con

criminal y de terrorismo, algunas veces, se confunden al momento de conceptualizarlos: ambos parten de una estructura organizada, pero ambos persiguen fines totalmente distintos, como hemos de destacar más adelante.

En la literatura italiana también ha surgido el problema al momento de la conceptualizar organización²⁸¹, que el propio Código penal italiano utiliza pero no lo define propiamente²⁸². Un sector dominante de la doctrina italiana indica que la asociación debe tener estabilidad -dentro del cual queda implícito la duración- y organización²⁸³, y ello es lo que distingue a la asociación para delinquir de un simple acuerdo criminoso.

Ahora bien, en un primer acercamiento, cabe esbozar que la organización criminal se caracteriza por el medio a través del cual se comete la infracción penal, es decir, el uso de un modelo organizativo, análogo a otros existentes dentro de la estructura social. La laxitud en su comprensión puede conducir a una desmesurada extensión del concepto, que podría llegar a influir en su seno a toda manifestación de la delincuencia que exceda de la mera participación en el hecho de un solo individuo, desembocando en un concepto sin perfiles propios²⁸⁴.

Lo esencial en el delito de organización criminal es la organización de una empresa criminal sin que sea necesario para su configuración alcanzar el

finalidad de política subversiva, contraria al sistema constituido, buscando como fin la modificación del sistema político. 4) La realidad de la organización estatal organizada, en el sentido de actividad desarrollada, desde el poder político para la consecución de determinados objetivos por medios ilícitos. Cfr. CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, «Criminalidad organizada, concepto, la asociación ilícita problemas», op. cit., pág. 236.

²⁸¹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas en el Código penal*, Bosch, Barcelona, 1978, pág. 224.

²⁸² PATALANO, Vincenzo, *L'associazione per delinquere*, Eugenio Jovene, Napoli, 1971, pág. 21.

²⁸³ PATALANO, Vincenzo, *L'associazione per delinquere*, op. cit., págs. 26-28 / MANZINI, Vincenzo, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. 6, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1950, pág. 171 / SANTANIELLO, Giuseppe, *Manuale di diritto penale*, Dott. A. Guiffrè-Editore, Milano, 1961, pág. 366. / RANIERI, Silvio, *Manual de Derecho penal*, tomo IV, Temis, Bogotá, 1975, pág. 213.

²⁸⁴ DELGADO MARTÍN, Joaquín, *Criminalidad organizada*, J.M^a. Bosch, Barcelona 2001, pág. 35.

cumplimiento de los fines criminales propuestos por la organización, que se consume con el solo acuerdo, pues se trata de un delito de peligro contra la seguridad pública. En este sentido, la organización criminal es un delito independiente y distinto de los delitos específicos que comete la organización, los cuales podrán ser sancionados de manera autónoma²⁸⁵.

Este fenómeno criminal ha animado cómodamente su hábitat natural en el mundo económico, debido al vertiginoso incremento de la criminalidad organizada, el amplio escenario de actuación y su infiltración en los circuitos de la economía legal, pero no conforme con ello sus enormes tentáculos se han introducido a nivel estructural, produciendo un efecto corruptor de carácter multiplicador que perturba el correcto funcionamiento del tráfico económico y de la vida social e institucional, lo cual exige, de forma correlativa, un cambio de perspectiva para una eficaz identificación y control²⁸⁶.

V.- Criterios jurisprudenciales para delimitar el concepto típico de organización criminal

A) Jurisprudencia anterior a la reforma de 2010

Ante la ausencia de toda interpretación auténtica del concepto, ha sido tarea jurisprudencial el determinar qué se debe entender por organización²⁸⁷. Pero se debe manifestar que es poco clara y cambiante la propia conceptualización de la “organización criminal”. Pese a ello, en la jurisprudencia española tradicional se podían encontrar hasta tres conceptos de organización, en particular previstos

²⁸⁵ Entendiendo el delito de “concierto para delinquir”, como análogo con la “organización criminal”, SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-334/13. <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-334-13.htm> (página consultada 12 de abril 2014).

²⁸⁶ IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel, «La criminalidad organizada y delincuencia económica: aproximación a su incidencia global», en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo / MORALES PRATS, Fermín (coord.), *El nuevo Derecho penal español, estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Navarra, 2001, pág. 1450.

²⁸⁷ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, «El Derecho penal ante la criminalidad...», op. cit., pág. 91.

en los delitos de tráfico de drogas, que hasta entonces era la más desarrollada en este punto, llegando a establecer hasta tres conceptos distintos de organización²⁸⁸.

El primero en un sentido restringido es un concepto en *sentido propio de organización*, respecto del que la jurisprudencia ha entendido por organización aquella en la que concurre una estructura jerárquica, en torno a un centro de decisiones conocido y sin perjuicio de la fungibilidad de sus miembros; incluso, para la aplicación de la agravante, algunas sentencias han exigido una intensa organización y cierto volumen de medios materiales y apoyo logístico²⁸⁹. Los elementos sobre los que se construye el concepto propio o restringido de organización criminal recaen en el carácter estructural “vertical o jerárquico”, en que está constituida por una pluralidad de personas, y que dicha organización trasciende a la simple casualidad, teniendo en consecuencia un carácter permanente o estable. Por otro lado, el aspecto cualitativo viene determinado por la orientación delictiva que motiva la creación de la organización criminal, y la dota de idoneidad delictiva.

Ahora bien, el Tribunal Supremo entiende que la organización requiere ante todo que los autores hayan actuado dentro de una estructura caracterizada por un centro de direcciones y diversos niveles jerárquicos, con posibilidad de sustitución de unos a otros mediante una red de reemplazos que asegura la supervivencia del proyecto criminal con cierta independencia de las personas integrantes de la organización y que dificultan de manera extraordinaria la persecución de los delitos cometidos, aumentando, al mismo tiempo el daño posible causado. La existencia de la organización no depende del número de personas que la integren aunque ello estará condicionado naturalmente por las características del plan delictivo. Lo decisivo es, precisamente, esta posibilidad

²⁸⁸ GALLEGO SOLER, *Los delitos de tráfico de drogas II. Un estudio analítico de los arts. 369, 372, 374, 375, 377 y 378 del CP; y tratamientos jurisprudenciales*, J.M^a. Bosch, Barcelona, 1999, pág. 184.

²⁸⁹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, «El Derecho penal ante la criminalidad...», op. cit., pág. 92.

del desarrollo del plan delictivo de manera independiente de las personas individuales, pues ello es lo que permite hablar de una empresa criminal²⁹⁰.

La existencia de una empresa criminal, así como la identificación de los canales a través de los cuales se transmiten las órdenes o simplemente el constatar funciones de instancias no ejecutivas, no podrá generalmente probarse directamente. Será por ello precisamente y con razón por lo que la STS de 13 de marzo de 1995 (Ponente: DE VEGA RUIZ) advierte que «una actividad criminal tan compleja como la que ahora se enjuicia, llevada a cabo con detenida preparación y meticulosidad, puede dar lugar a lagunas fácticas, a oscuridades probatorias o incluso contradicciones, nada de lo cual importa si, cual aquí acontece, lo fundamental aparece fundamentado con suficiencia»²⁹¹.

Para JOSHI JUBERT, este concepto presenta problemas procesales que son los propios de la prueba indiciaria, y ello en razón a la dificultad de establecer claramente la existencia de un centro de decisión y aun más identificar a los jefes y administradores, esto precisamente por el carácter clandestino de la organización²⁹².

El segundo tiene un sentido amplio, *concepto impropio de organización*: como indica GALLEGO SOLER, esta línea jurisprudencial minoritaria asimila la organización a la coautoría²⁹³. En este sentido la jurisprudencia ha sostenido en alguna ocasión una posición más amplia o “impropia” en este sentido la STS de 1 diciembre de 1992 ha declarado: La organización ha de ser entendida en la amplia extensión de su concepto abarcando todos aquellos supuestos en los que dos o más personas programan un proyecto o un propósito para desarrollar un plan, una idea criminal, con múltiples posibilidades, con múltiples efectos, más o

²⁹⁰ JOSHI JUBERT, Ujala, «Sobre el concepto de organización en el delito del tráfico de drogas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero 1995, ponente: Sr. Bacigalupo)», *ADPCP*, Madrid, 1995, pág. 662.

²⁹¹ JOSHI JUBERT, Ujala, Sobre el concepto de organización, op. cit., pág. 662.

²⁹² JOSHI JUBERT, Ujala, «Sobre el concepto de organización», op. cit., pág. 662-663.

²⁹³ GALLEGO SOLER, *Los delitos de tráfico de drogas*, op. cit., pág. 184.

menos importantes, o trascendentes. Una organización o un grupo, en suma preconstituido idealmente para el delito, aunque alguno de sus miembros no intervengan en los actos directos²⁹⁴.

El concepto de organización impropio no permitía distinguir la organización de la coautoría, pues la distribución de funciones y el dominio funcional son requisitos de la coautoría, a la cual no es ajena una jerarquización entre los coautores, cuya posible existencia no impide por sí sola afirmar la igualdad de rango de las aportaciones, criterio que caracteriza a la coautoría frente a otras formas de intervención delictiva²⁹⁵. Esta línea debe ser reprobada desde el punto de vista de principio de proporcionalidad si se tiene en cuenta que una conducta de coautoría respecto a un tipo básico se considera como una conducta agravada, sin aportar mayor elementos que justifiquen el mayor desvalor propio de una agravación²⁹⁶.

Y el tercero es un *concepto en un sentido intermedio*, concepto de organización orientado a las consecuencias político-criminales, según el cual bastará que dos o más personas programen un proyecto, un plan o un propósito para el desarrollo de la acción criminal, mas sin que sea precisa la existencia de una organización más o menos perfecta, más o menos permanente. Se aplica «a cuantos intervienen en ella, cualquiera que fuera el momento en que se insertan en la organización o la forma de participación, directa o indirecta, en los actos delictivos. Únicamente ha de tenerse presente... que el acuerdo o plan se encuentre dotado de una especial continuidad temporal, o durabilidad, más allá de la simple u ocasional «consorciabilidad para el delito²⁹⁷. Este concepto, pese

²⁹⁴ JOSHI JUBERT, Ujala, Sobre el concepto de organización...», op. cit., pág. 664.

²⁹⁵ Además, este concepto impropio tampoco permitía distinguir la organización de la codelincuencia en general, ya que también la intervención de cooperadores o inductores dolosos con los autores supone pluralidad de personas, utilización de medios idóneos, plan criminal previamente concertado entre los intervinientes, en no pocas ocasiones una cierta jerarquización. FARALDO CABANA, Patricia, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 61-62.

²⁹⁶ GALLEGO SOLER, *Los delitos de tráfico de drogas*, op. cit., pág. 185.

²⁹⁷ JOSHI JUBERT, Ujala, «Sobre el concepto de organización», op. cit., pág. 663.

a que omite la necesidad de precisar o identificar una jerarquización, hace mención a la estabilidad de la organización o la durabilidad más allá de la simple ocasionalidad, aunque de manera sutil.

Otra Sentencia también nos aporta otros parámetros para identificar una asociación ilícita, al exponer que es necesario: a) una pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad; b) la existencia de una organización más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista; c) la consistencia o permanencia de la misma en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio; y d) el fin de la asociación, cuando se trata del caso del artículo 515.1º del C.P., ha de ser la comisión de delitos, lo que supone una cierta determinación de la ilícita actividad, sin llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar (...)²⁹⁸.

Este concepto requiere para su existencia los siguientes elementos: 1) concurrencia de diversas personas reunidas con el fin de llevar a cabo un plan criminal, 2) cierta organización y distribución de funciones, 3) no es preciso conocer mandos ordenantes, sino sólo presuponer su existencia, 4) se aplicará a cualquier sujeto que mantenga relación con la organización²⁹⁹, es decir, se

²⁹⁸ STS 745/2008, de 25 de noviembre, (Roj: STS 6627/2008), Fundamento de Derecho (Octavo).

²⁹⁹ JOSHI JUBERT, Ujala, «Sobre el concepto de organización», op. cit., pág. 663. / (...) la organización implica todos aquellos supuestos en los que dos o más personas programan un proyecto, un plan o un propósito para desarrollar la idea criminal, más no precisa la existencia de una organización más o menos perfecta, más o menos permanente, incluso ha de añadirse que no es de apreciar tal agravante por la sola circunstancia de que exista una simple coordinación entre varios partícipes para la ejecución del hecho, tampoco, obviamente, puede confundirse con la autoría o con la participación directa o indirecta, en los actos delictivos. Lo único exigible para la supervivencia del subtipo es que el acuerdo o plan se encuentre dotado de una cierta continuidad temporal, o durabilidad, más allá de la simple u ocasional “consorciabilidad para el delito”. Entonces la organización lleva consigo, por su propia naturaleza una distribución de cometidos y de tareas a desarrollar, incluso una cierta jerarquización. *Vid.* STS 864/96, de 18 de noviembre, (Roj: STS 6462/1996), Fundamento de Derecho (Cuarto). / *Vid.* STS 1611/2005 de 26 de diciembre (Roj: STS 7864/2005), Fundamento de Derecho (Tercero). / Sobre la misma línea: Según doctrina de esta Sala penal basta al efecto cualquier red estructurada, cualquiera que sea la forma de tal estructuración, que agrupa a una pluralidad de personas, ordinariamente con una jerarquización y un reparto de

aplicaría a cualquier sujeto que mantenga relación con esta especie de organización. Con razón y en sentido crítico se ha indicado que con este concepto la organización se confundía con la codelincuencia. Y además se relativizaba el requisito de la pertenencia hasta hacerlo prácticamente irrelevante, ya que acababa admitiéndose que pertenecen a la organización incluso quienes sin ser miembros colaboran de forma ocasional o permanente con ella, conductas que encajan mejor en la complicidad que en la pertenencia a la organización, siendo conveniente distinguir claramente entre los miembros de la organización y los colaboradores externos, puesto que dicha distinción tiene relevancia penológica³⁰⁰.

Sin embargo, este concepto presenta una ventaja debido a su flexibilidad conceptual, ya que facilita la aplicación de la agravante en todos los casos en que no se ha podido probar fehacientemente la estructura jerárquica ni la función que corresponde a cada uno de los implicados, pero en los que indiciariamente por el tipo de actividad desempeñada puede presumirse su existencia. El inconveniente dogmático de que adolece es que difícilmente se pueden distinguir los supuestos de organización de los de coautoría³⁰¹.

Actualmente se han ido marcando otras pautas jurisprudenciales para la identificación de la organización criminal. En este sentido, la jurisprudencia ha seguido tejiendo una serie de requisitos que permitan vislumbrar un concepto más o menos claro de lo que es este fenómeno criminal, y muestra de ello son las distintas Sentencias pronunciadas en la primera década de este nuevo siglo y que han acercado a la jurisprudencia en torno al concepto de organización criminal, estableciendo las siguientes características que consideramos nos acercan un paso

papeles entre ellas, y siempre que haya alguna duración en el tiempo, bien porque hayan sido varios los hechos delictivos realizados con la misma o similar estructura, bien porque, aunque sólo se haya acreditado un hecho, en éste hayan quedado de manifiesto unas características que revelen una cierta vocación de continuidad: *Vid.* STS 1426/2005, de 13 de diciembre, (Roj: STS 7472/2005), Fundamento de Derecho (Décimo).

³⁰⁰ FARALDO CABANA, Patricia, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., pág. 63.

³⁰¹ GALLEGO SOLER, *Los delitos de tráfico de drogas*, op. cit., pág. 185. / DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, «El Derecho penal ante la criminalidad...», op. cit., pág. 92.

más hacia identificación de la organización criminal, nos referimos a requisitos tales como: a) pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad; b) existencia de organización más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista; c) consistencia o permanencia en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio; d) el fin de la asociación -en el caso del art. 515.1º, inciso primero- ha de ser la comisión de delitos, lo que supone una cierta determinación de la ilícita actividad, sin llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar³⁰². También son acordes con la línea jurisprudencial mayoritaria, expresada entre otras muchas resoluciones en la STS 808/2005, de 23 de junio³⁰³, STS 763/2007, de 26 de septiembre³⁰⁴, STS 1601/2005, de 22 de diciembre, STS 808 y STS 1177/2003 de 12 de septiembre³⁰⁵, con arreglo a los cuales la mera delincuencia se supera cuando se aprecia, además de la pluralidad de personas, la existencia de una estructura jerárquica, más o menos formalizada, más o menos rígida, con una cierta estabilidad, que se manifiesta en la capacidad de dirección a distancia de las operaciones delictivas por quienes asumen la jefatura. En

³⁰² STS 234/2001, de 3 de mayo, (Ref. Iustel: §201358), Fundamento Jurídico (Noveno). / STS 415/2005, de 23 de marzo, (Ref. Iustel: §239115), Fundamento de Derecho (Noveno) / STS 421/2003, de 10 de abril, (Ref. Iustel: §211878), Fundamento de Derecho (Sexto).

³⁰³ Hace mención, que sobre el concepto de organización o asociación debe incluirse cualquier red estructurada sea cual fuere la forma de estructuración, que agrupe a una pluralidad de personas con una jerarquización y reparto de tareas o funciones entre ellas y que posea una vocación de permanencia en el tiempo. Conforme la STS 808/2005, de 23 de junio, (Roj: STS 8035/2005), Fundamento de Derecho (Segundo).

³⁰⁴ Establece que serán notas diferenciadoras de la idea asociativa u organizativa: *a)* la forma jerárquica de la misma en la que unas personas, con mayor responsabilidad dan las órdenes que otras ejecutan. Las primeras normalmente están más apartadas del objeto del delito; *b)* el reparto de papeles o funciones, lo que hace que un miembro con un cometido pueda ser reemplazado por otro sin que resulte afectado el grupo; *c)* que posea vocación de estabilidad o permanencia, sin perjuicio de la evolución o acomodación de su estructura originaria a las circunstancias sobrevenidas en busca de una mayor eficacia en sus objetivos ilícitos y mayores obstaculizaciones o dificultades en el descubrimiento de la red criminal (...). *Vid.* STS 763/2007, de 26 de septiembre, (Roj: STS 7229/2007), Fundamento de Derecho (Primero). / En similar sentido se manifiesta la STS 1601/2005, de 22 de diciembre, (Roj: STS 8035/2005), Fundamento de Derecho (Cuarto).

³⁰⁵ En esta Sentencia el Tribunal además del concepto afirma: “Tiene que haber algo más que una mera reunión de personas para delinquir. Es algo más que la simple codelincuencia. Su razón de ser radica en la mayor facilidad comisiva y mayor peligrosidad que existen cuando hay esa estructura más o menos ordenada al fin de delinquir en esta clase concreta de delitos tan graves para la salud y la convivencia de los ciudadanos”. *Vid.* STS 1177/2003, de 12 de septiembre, (Roj: STS 5465/2003), Fundamento de Derecho (Sexto).

consecuencia, son elementos definatorios de la organización criminal: a) la agrupación de, al menos, tres personas para la comisión del delito; b) una actuación planeada, bien con carácter estable, bien por tiempo indefinido; c) el desarrollo de una tarea concertada y coordinada; y d) un reparto funcional de cometidos puestos al servicio del delito.

B) Jurisprudencia tras la Reforma penal de 2010

Conforme a la jurisprudencia reciente, el concepto de organización criminal se plantea siguiendo las pautas del art. 570 *bis* del reformado Código Penal español. En consecuencia, son elementos definatorios de la organización criminal: a) la agrupación de, al menos, tres personas para la comisión del delito; b) una actuación planeada, bien con carácter estable, bien por tiempo indefinido; c) el desarrollo de una tarea concertada y coordinada; y d) un reparto funcional de cometidos puestos al servicio del delito³⁰⁶.

En el mismo sentido, la Sentencia 187/2013 ha delimitado y señalado rasgos característicos de la organización tales como: la coordinación y articulación jerárquica de los implicados; el reparto de papeles dentro del grupo, que excluye la intercambiabilidad de los miembros en las diferentes funciones; el empleo de medios de comunicación no habituales; y una vocación y permanencia³⁰⁷. Este último requisito llega a reemplazar a las notas de transitoriedad y ocasionalidad, utilizadas por las anteriores jurisprudencias y que pasan a ser sustituidas por el carácter “estable o indefinido” como requisito propio de la organización criminal³⁰⁸. Además es de tener en cuenta la STS 1035/2013 que puntualiza lo siguiente: La organización criminal se caracterizaría por la agrupación de más de dos personas, la finalidad de cometer delitos, el

³⁰⁶ STS 112/2012, de 23 de febrero, (Roj: STS 1393/2012), Fundamento de Derecho (Cuarto).

³⁰⁷ STS 187/2013, de 11 de febrero, (Ref. Iustel: §356856), Fundamento de Derecho (Tercero).

³⁰⁸ STS 239/2012, de 23 de marzo, (Ref. Iustel: §347767), Fundamento de Derecho (Octavo).

carácter estable o por tiempo indefinido y el reparto de tareas de manera concertada y coordinada con aquella finalidad³⁰⁹.

También sobre la parte organizativa se manifiesta el Tribunal Supremo, dejando claro la complejidad que implica el carácter organizado de la organización criminal, afirmando al respecto que organizar equivale a coordinar personas y medios de la manera más adecuada para conseguir algún fin, en este caso la perpetración de delitos, cuya ejecución se plantea de forma planificada. Así, mediante la integración de unas y otros más funcional a tal objeto, y través de la distribución del trabajo y de los recursos del modo más racional, se busca potenciar las posibilidades de actuación y el rendimiento de las aportaciones aquellas. Aunque, en principio, nada impide que todos los que se integran en un proyecto de esta clase lo hagan en un plano de horizontalidad, lo más normal, a tenor de la experiencia, es que en entre ellos rija un cierto principio de jerarquía, encarnado en quien ejerce el papel directivo, generalmente determinado por el control de los recursos³¹⁰. Con esta aclaración acerca de qué se debe entender por organización, el Tribunal Supremo también hace referencia a la organización criminal y la coautoría, indicando que el primero tiene una cualidad o perfil empresarial, mientras que segundo tendría siempre algo de artesanal.

Respecto a la complejidad de la organización, el Tribunal Supremo indica que: para aquellos supuestos de mayor complejidad de la estructura organizativa, pues es, precisamente, la estabilidad temporal y la complejidad estructural lo que justifica una mayor sanción en atención al importante incremento en la capacidad

³⁰⁹ STS 1035/2013, de 9 de enero, (Roj: STS 220/2014), Fundamento de Derecho (Tercero). / STS 309/2013, de 1 de abril, (Roj: STS 1840/2013), Fundamento de Derecho (segundo).

³¹⁰ STS 500/2016, de 9 de junio, (Roj: STS 2880/2016), Fundamento de Derecho (Cuarto). / STS 110/2012, de 29 de febrero, (Roj: STS 1418/2012), Fundamento de Derecho, (Tercero). / STS 1035/2013, de 9 de enero, (Roj: STS 220/2014), Fundamento de Derecho (Tercero).

de lesión³¹¹. Otro punto que se resalta también es la forma de actuación, es decir, la manera concertada y coordina con la que actúa la organización criminal en la STS 371/2014, manifestando: De este modo, cuando el Código exige en la organización un reparto de tareas entre sus miembros “*de manera concertada y coordinada*” no se refiere solamente a la constatación de que unos miembros de la agrupación de personas desempeñen unas tareas distintas de las que otros desarrollan, sino a que lo hagan dentro de una estructura dotada de una cierta consistencia y rigidez, mantenida en el tiempo, tanto en la jerarquía como en la distribución de roles, superior en todo caso a la que ordinariamente aparece en cualquier unión de personas con fines delictivos, sea encuadrable en el grupo criminal o incluso en supuestos de mera codelinquencia³¹².

Por último, el Tribunal Supremo hace una interpretación del art. 570 *bis* en la que considera cuatro elementos a tener en cuenta, cuales son: 1º) Pluralidad subjetiva: agrupación formada por más de dos personas. 2º) Permanencia: con carácter estable o por tiempo indefinido. 3º) Estructura: que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones. 4º) Finalidad criminal: con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas³¹³. Sobre la comisión reiterada de faltas, ésta fue derogada -a nuestro juicio de manera muy acertada- mediante Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

³¹¹ STS 576/2014, de 18 de Julio, (Roj: STS3131/2014), Fundamento de Derecho (Quinto). / En similar sentido razona el Tribunal Supremo indicando que: (...) es necesario que esta pluralidad de personas previamente puestas de acuerdo para difundir la droga se encuentran coordinadas entre sí, normalmente con una estructura jerárquica que determina la existencia de unos jefes, administradores o encargados, cuya mayor responsabilidad penal está prevista en la legislación ahora vigente, con distintas tareas encomendadas a cada uno de los partícipes que no tienen por qué ser siempre las mismas para cada persona, todo ello con una cierta duración o permanencia en el tiempo. Cfr. STS 849/2103, de 12 de noviembre, (Roj: STS 5629/2013), Fundamento de derecho (Cuarto).

³¹² STS 371/2014, de 7 de mayo, (Roj: STS 1622/2014), Fundamento de Derecho (Segundo).

³¹³ STS 855/2013, de 11 de noviembre, (Roj: STS 5580/2013), Fundamento de Derecho (Vigésimo Cuarto).

C) Toma de postura

En principio se podría encardinar la jurisprudencia anterior a la Reforma penal de 2010 en tres líneas de interpretación: por un lado, el seguimiento de criterios muy cerrados, como es el caso del concepto de organización criminal en sentido estricto; por otro, la aceptación de otras categorías conceptuales demasiado flexibles y poco precisas, como el concepto impropio; y por último, la conceptualización político-criminal hacia una mención más o menos clara sobre el concepto de organización criminal, que aunque no enfatiza adolece del carácter estable que debe existir en la organización, y nos deja dudas de si no será en cierta medida un poco extensiva, alcanzando a los que tengan alguna simple relación con la organización.

Por otro lado, la exigibilidad de un carácter estable o indefinido de la organización, a nuestro parecer, es un requisito importante, ya que constituye un componente en el que radica la potencial peligrosidad; es decir, el carácter estable de la organización se podría entender como la garantía que la organización aporta de que no cometerá sólo un delito, sino que brinda la opción de planificar una serie de delitos y además sumando la estructura organizativa y la finalidad delictiva, de tal modo que tenemos como resultado un verdadero aparato de poder organizado, que es la organización criminal. El aporte del legislativo en la tarea de la Reforma penal de 2010, a nuestro juicio, fue otorgarle desvalor autónomo al tipo delictivo de la organización criminal, pasando de ser apreciado como mero elemento agravante a la configuración de un tipo penal aplicable de manera autónoma.

Ahora bien, hemos de indicar que hasta el momento no encontramos una Sentencia del Tribunal Supremo referida específicamente al delito de organización criminal, sino delitos cometidos en el seno de la organización criminal, lo que mucho no ha cambiado el sentido de agravante de la

organización criminal pese a su conceptualización autónoma. Por otro lado, la jurisprudencia posterior a la Reforma penal del 2010, fiel a la conceptualización del art. 570 *bis* del Código penal, marca acertadas pautas para la identificación de la organización criminal, partiendo de los siguientes elementos:

Primero, que dicha organización constituye una análoga subestructura del Estado, es decir, tiene un alto grado de organización, en consecuencia, no es una simple reunión de sujetos, sino que trasciende más allá; a su vez, dicha organización posee una compleja estructura que es variada y se adecua a los tipos de organización, ya sea jerárquico, horizontal, de redes o celular, que mencionamos en el primer capítulo.

Segundo, que a su vez la organización ha de estar orientada hacia una finalidad delictiva, con capacidad de afectar de forma grave tanto a la economía, la política, el medio ambiente y la propia estructura del Estado, valiéndose para esto, de su influencia consolidada en puntos estratégicos donde operan.

Tercero, que es precisa la exigencia del carácter estable o permanente de la organización. También se debe tener en cuenta que este tipo delictivo es un aparato con múltiples finalidades delictivas proyectadas al mismo objeto, que es el enriquecimiento ilícito: un objeto que casualmente no existe en la norma penal estudiada, de forma que actualmente cada organización criminal está diversificada y especializada en distintos proyectos delictivos.

Consideramos importante señalar que, por la compleja naturaleza de las organizaciones criminales en relación con las pandillas, la organización se desmarca de lo que son las pandillas callejeras, en razón de que estas últimas: 1) están compuestas en su mayoría por menores de edad, 2) no tienen estructuras sofisticadas, además de que carecen de un núcleo fuerte de liderazgo, 3) revelan la falta de experiencia en actividades delictivas, 4) carecen de una orientación criminal, 5) y no tienen como propósito principal enriquecerse a través del

negocio del crimen³¹⁴. Valga al respecto la apreciación de que, pese a las indicadas diferencias, se podrían considerar a las pandillas callejeras -desde nuestro punto de vista- como un potencial pre-núcleo susceptible de convertirse en una verdadera organización criminal, además de que en ocasiones aquéllas son utilizadas por las mismas organizaciones criminales.

³¹⁴ KAZYRYTSKI, Leanid, «Organized crime and Street gangs in Spain», en Book abstract *12th Annual Conference of the European Society of Criminology. Criminology in the 21st Century: a Necessary Balance Between Freedom and Security*, Bilbao, 12 to 15 September, 2012, pág. 235.

CAPÍTULO III

ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE ASOCIACIONES ILÍCITAS, GRUPOS CRIMINALES Y ORGANIZACIONES CRIMINALES, TRAS LA REFORMA DE 2010

I.- Introducción

La atención legislativa en España estaba concentrada fundamentalmente en la lucha contra el terrorismo, y por tal razón, durante largo tiempo la delincuencia organizada no recibió en España, ni a nivel policial, el primer nivel de prioridad. Sólo de modo relativamente reciente el legislador ha comenzado a desplegar instrumentos específicos para la lucha contra este fenómeno, que no deja de presentar en el plano político-criminal una intensa carga emocional³¹⁵.

En este sentido, como se ha indicado en el primer Capítulo, la sociedad actual se ha anclado una creciente preocupación sobre el fenómeno de la criminalidad organizada. España no es ajena a este problemática o fenómeno de la criminalidad organizada, debido a los variados delitos que pueden cometer estas organizaciones en razón de su capacidad lesiva, delitos tales como: tráfico de drogas, trata y tráfico de personas, inmigración clandestina, tráfico de armas, blanqueo de capitales, entre otros. Este hecho ha generado una importante y profunda Reforma legislativa del Código penal, realizada en junio de 2010 en una materia que, por sus implicaciones transfronterizas, está también en el punto de mira de la política criminal internacional. Dicha Reforma ha introducido una

³¹⁵ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, «Tratamiento de la delincuencia organizada en España: en particular, tras la reforma penal del 2010», en *Revista Criminalidad*, vol. 55, nº 1, enero-abril 2013, pág.83.

amplia regulación sobre la criminalidad organizada, teniendo como resultado la definición de los supuestos de “organización criminal”, art. 570 *bis* CP y “grupo criminal” art. 570 *ter* CP, pero manteniendo el tradicional delito de asociación ilícita del art. 515 CP.

Cabe aclarar que la adopción de una definición legal positiva de la organización criminal tuvo que esperar largo tiempo³¹⁶. Dicho esto, en el presente capítulo realizaremos un análisis comparativo de los diferentes tipos delictivos referidos a la delincuencia organizada, que son producto de la Reforma penal de 2010, como son: la organización criminal, el grupo criminal, y la asociación ilícita. Por un lado, se superponen las diferentes definiciones legales, que suscitan dudas interpretativas acerca de cuál es la aplicable en cada caso, al ser un fenómeno caracterizado por ser de estructura compleja y diversificada, que va desde el pequeño grupo dedicado a la delincuencia menor hasta la organización criminal con raíces internacionales. También es de analizar si esta opción legislativa es la más adecuada desde un punto de vista de político criminal, es decir, si proporciona un instrumento útil y eficaz para luchar contra este fenómeno criminal materia de nuestra investigación.

II.- Delito de asociaciones ilícitas y delito de organización criminal

A) Problemática interpretativa de delimitación entre asociaciones ilícitas y organización criminal

Tal vez, marcar las diferencias conceptuales y aplicativas, así como posibles críticas, si las hay, de ambos tipos delictivos no sea suficiente, ya que existe una entramada superposición entre ambos delitos (art. 515.1º y 570 bis), que torna difícil su diferenciación³¹⁷. Pese a ello, resulta necesario identificar de

³¹⁶ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, «Tratamiento de la delincuencia organizada en España», op. cit., pág.83.

³¹⁷ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu y otros, *Derecho penal. Parte especial, doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 854.

la manera más clara posible los aspectos diferenciales que dan cuerpo a cada tipo delictivo y que son objeto de estudio del presente apartado.

En principio, el delito de “asociación ilícita” tradicionalmente fue considerado como una infracción contra la seguridad del Estado en consonancia con un sistema político que no reconocía el derecho a asociarse con la intención de participar en la vida política, específicamente en la década de los años setenta³¹⁸. La regulación legal de los delitos relativos a las asociaciones ilícitas ha sufrido influjos derivados de diversos factores, primero, como consecuencia de la Transición democrática y, segundo, como consecuencia del fenómeno terrorista, que duró hasta 1995³¹⁹.

Posteriormente ha pasado a ser considerada como un delito contra los derechos fundamentales y libertades públicas y tiene un obligado referente en el derecho fundamental de asociación reconocido en el art. 22 CE, tipificando en los arts. 515 y sigtes. Los supuestos que suponen claramente extralimitaciones al ejercicio constitucional de tal derecho³²⁰.

El art. 515 CP contiene un catálogo de asociaciones ilícitas, que en su inspiración siguen en buena parte la pauta señalada por el art. 22 CE, al declarar ilegales “las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delitos” y prohibir “las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar”, al tiempo que también son reguladas por el art. 2 LODA (Ley Orgánica Reguladora del Derecho de Asociación), que en sus apartados 7 y 8 reitera la declaración de

³¹⁸ RODRÍGUEZ DEVESA, José María / SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal español. Parte especial*, 17ª ed., Dykinson, Madrid, 1994, pág. 746.

³¹⁹ DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, «Delitos contra la Constitución (IV). Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas», en COBO DEL ROSAL, Manuel, *Derecho penal español. Parte especial*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2005, pág. 1066.

³²⁰ GIL DE LA FUENTE, Juan, «La criminalidad organizada y el delito de asociación ilícita. Referencia al delito de blanqueo de capitales», en *La Ley 4375/2005*, nº 20, octubre, 2005, pág. 6.

ilegalidad de las citadas asociaciones³²¹. A su vez, llama la atención que no se aluda a las asociaciones secretas, en la regulación penal de las asociaciones ilícitas, pese a que en el ordenamiento histórico español las organizaciones clandestinas estuvieron incluidas en el concepto de asociación ilícita³²². En la actualidad, la creación de nuevas infracciones penales -asociación ilícita y organización criminal- genera importantes dificultades interpretativas a la hora de diferenciarlas de otras hipótesis penalmente relevantes. En concreto, se complica en demasía el establecimiento de fronteras entre las formas de autoría y participación en una organización criminal del art. 570 *bis* y las previstas en relación con una asociación ilícita en los arts. 515 y sigtes³²³.

En tal sentido se ha manifestado de forma crítica que el legislador de 2010 optó por la solución más confusa y, en consecuencia, creó más dudas que soluciones, manteniendo los delitos de asociación ilícita, sin más modificaciones que algunas puramente sistemáticas, conservando e incluso dando mayor dimensión a los diversos tipos cualificados por pertenencia del autor a una organización o asociación criminal, e incorporando, finalmente, la nueva modalidad delictiva relativa a las organizaciones y grupos criminales, en el marco de los delitos contra el Orden público, creando así un *tertium genus*, a modo de una perspectiva normativa añadida a las ya existentes desde hace tiempo -asociación ilícita-, que sin duda vendría a complicar aun más el análisis

³²¹ FARALDO CABANA, Patricia, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 123.

³²² FARALDO CABANA, Patricia, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., pág. 124-125. / De acuerdo con el proyecto de 7 de marzo de 1978, y a propuesta de enmienda *in voce* del senador GARCÍ-OLIVA PÉREZ (del grupo socialista), se propuso sustituir el adjetivo “secretas” por “clandestinas” por entender que, si bien todo lo clandestino es secreto, desde el punto de vista lingüístico no puede decirse que todo lo secreto es clandestino. Dicha enmienda se aprobó por asentimiento, puesto que antes el art. 173.3 CP 1944/73 no hablaba de asociaciones secretas, sino de organizaciones clandestinas. La enmienda prosperó apoyada por una intervención de Pardo montero para significar que la constitución de 1978, art. 22, 5, emplea la palabra secreta en la acepción de clandestinas. En consecuencia la sustitución se aprobó por general asentimiento. *Vid.* RODRÍGUEZ DEVESA, José María / SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal español*, op. cit., págs. 751-752.

³²³ SUÁREZ LÓPEZ, José María, «Aspectos dogmáticos y político criminales en el tratamiento penal de la criminalidad organizada», en *Anales de Derecho*, nº 30, 2012, pág. 104. <http://dx.doi.org/10.6018/analesderecho>.

y la aplicación de los tradicionales instrumentos de lucha contra la criminalidad organizada. Complicaciones que, no sólo se pueden plasmar en la generación de nuevas y casi irresolubles relaciones de concurso normativo entre distintos instrumentos legales que se ocupan de la delincuencia organizada, sino que también pueden afectar al propio entendimiento tradicional de los mismos, muy destacadamente en lo que se refiere a los delitos de asociaciones ilícitas³²⁴.

Por otra parte, en el Preámbulo la LO 5/2010, XXVIII, deja entrever que la aplicabilidad del tipo delictivo de asociación ilícita, era muy limitada, y que no respondía adecuadamente contra el mencionado fenómeno delictivo, manifestando: «El devenir de los pronunciamientos jurisprudenciales ha demostrado la incapacidad del actual delito de asociación ilícita para responder adecuadamente a los diferentes supuestos de agrupaciones u organizaciones criminales. En primer lugar -y de ello da prueba la escasa aplicación del vigente artículo 515 del Código Penal, fuera de los casos de bandas armadas u organizaciones terroristas- la configuración de dicho delito como una manifestación de ejercicio abusivo, desviado o patológico del Derecho de asociación que consagra el artículo 22 de la Constitución, no responde ni a la letra ni al espíritu de esta norma»³²⁵.

La escasa aplicación de este tipo delictivo, sucedía porque la posibilidad de la comisión de un delito en el marco de una organización criminal ya era una posibilidad que estaba contemplada en diferentes materias, como son el terrorismo, el tráfico de drogas, el blanqueo de capitales o la tenencia o depósito de armas. En esas infracciones se contemplaban a veces la agravación de la responsabilidad personal por el solo hecho de haberse aprovechado de una

³²⁴ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José E., «Delitos contra el orden público (V). De las organizaciones y grupos criminales», en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (coord.), *Sistema de Derecho penal español. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2011, pág. 1186.

³²⁵ Continúa: «El texto constitucional declara la ilegalidad de las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito; de donde desde luego no es forzoso deducir que cualquier agrupación de personas en torno a una actividad delictiva pueda conceptuarse como asociación, y menos aún asimilarse al ejercicio de un derecho fundamental, como sugiere la ubicación sistemática de la norma penal » BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, nº 152, miércoles 23 de junio de 2010.

organización o haber actuado en interés de ella, y en otros casos se incluía la posibilidad de además disolver o clausurar las actividades de la correspondiente asociación. Por consiguiente, su aplicación era desplazada por la especialidad de esas otras, por eso, tal vez la única tipicidad precisa sería la pertenencia a una organización criminal (tipo *Mafia* o similar)³²⁶.

B) Tipos de asociaciones ilícitas (art. 515 CP)

Una vez planteada la problemática interpretativa que suscita la comparación de los tipos delictivos de asociación ilícita y organización criminal, debido en buena medida también a las interpretaciones del Tribunal Supremo, veremos que queda poco margen para la diferenciación. Un aspecto considerable es la división de los tipos de asociaciones ilícitas que reconoce el CP posteriores a la Reforma penal de 2010, los cuales pasamos a desarrollar.

1) Asociaciones que se constituyen para cometer algún delito o que una vez constituidas promuevan su comisión (art. 515.1º)

Conforme establece el art. 22 CE 2), las personas que persigan fines o utilicen medios tipificados como delitos son ilegales. En respuesta a dicha regulación del precepto constitucional, se mantiene el art. 515 del CP -con derogaciones en los números 2º y 6º-, el cual recoge una cláusula general en su núm. 1º, según la cual se explicita: las “asociaciones 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 la faltas de forma organizada, coordinada y reiterada³²⁷. Ésta es tal vez el tipo más

³²⁶ GIL DE LA FUENTE, Juan, «La criminalidad organizada», op. cit., pág. 9.

³²⁷ FARALDO CABANA, Patricia, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., págs. 129-130. / Ahora bien, la exclusión propugnaba por el art. 22.2 de nuestra Carta Magna, hace necesario el mantenimiento del tipo penal previsto en el art. 515.1º del Código Penal, si bien su interpretación ha de verse reconducida a su ámbito propio, es decir, como contrapartida al derecho de asociación, por lo que las características del mismo, condicionan la aplicación de dicho tipo penal, exigiéndose pluralidad de partícipes, estructura definida, distribución de funciones, órgano directivo y vocación de permanencia, en concordancia con el propio concepto

cuestionado y preocupante de asociación ilícita debido a la proyección delictiva a la que hace mención y que la asemeja a la organización criminal.

Bajo esta forma se incluyen expresamente tanto aquellas asociaciones que tienen un fin delictivo desde su momento constitutivo, como aquellas que se orientan a él en un momento posterior, como, finalmente, las que tengan por objeto cometer o promover la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada³²⁸. Esto nos lleva a dividir en dos aspectos el art. 515.1º CP, al considerarse delictivas, en primer lugar, tanto las asociaciones que se constituyen ya con el fin de cometer algún delito, como, en segundo lugar, las que promueven su comisión una vez constituidas, esto es, aquellas que deciden promover la comisión de delitos en un momento posterior a su constitución, de forma que nacen lícitas y en un momento posterior se convierten en ilícitas³²⁹.

En el primer caso, cometen delito las asociaciones que se constituyen con una finalidad delictiva, y a eso deberíamos añadir que tienen que tener cierto grado de organización para poder cumplir sus cometidos. En tal sentido se manifiesta la jurisprudencia de acuerdo con el criterio establecido por la STS 234/2001 de 3 de mayo; en alusión a los requisitos que conlleva la asociación ilícita: d) el fin de la asociación, cuando se trata del caso del artículo 515.1º, inciso primero, del CP, ha de ser la comisión de delitos, lo que supone una cierta determinación de la ilícita actividad, sin llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar. Siendo ello así, es preciso distinguir el delito de asociación ilícita de los supuestos de codeincuencia y de la propia conspiración para delinquir, radicando la diferencia precisamente en la inestabilidad de su existencia y concreción del delito a realizar, cuando se trata de éstas y las notas de estabilidad y permanencia del acuerdo o unión asociativa, además de una cierta inconcreción sobre las infracciones criminales a ejecutar en el caso del tipo

constitucional de asociación. *Vid.* STS 544/2012, de 2 de Julio, Ref. Iustel: §350390, Fundamento de Derecho (Tercero).

³²⁸ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, «Artículo 515», en GÓMEZ TOMILLO, Manuel, (Dir.), *Comentarios al Código penal*, 2ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2011, pág. 1797.

³²⁹ FARALDO CABANA, Patricia, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., pág. 132.

de la asociación ilícita propiamente dicha, de forma que no se puede sostener, como hacen los recurrentes, que hay conspiración y asociación ilícita simultáneamente³³⁰.

En el segundo caso, la alusión a las asociaciones que después de constituidas promuevan la comisión de delitos responde a la necesidad de incluir que nacen lícitas pero *a posteriori* incluyen entre sus fines la comisión de delitos para evitar absurdas lagunas de punibilidad. Su previsión expresa es reiterativa, ya que de no existir los casos comprendidos en este inciso no estarían en absoluto excluidos del primero: tener por objeto cometer algún delito convierte a la asociación en ilícita aunque ese objetivo sea posterior a su creación³³¹. Todo esto nos lleva a advertir serios problemas de colisión normativa y que se reconocen sin empacho por el legislador, lo que se debe precisamente a que el art. 515.1º, sigue siendo el que era y el 570 *bis*, incorporado recientemente, puede comprender los mismos supuestos de (criminalidad organizada)³³².

Ahora bien, si esta actividad se lleva a cabo de forma paralela a otras de carácter lícito, es necesario determinar en qué momento se cruza la frontera de la licitud. De acuerdo con FARALDO CABANA, se la puede determinar de dos maneras: primero, se rediseña con un propósito delictivo de forma que la asociación se independiza de la persona física de manera tal, que aunque la persona física desaparezca la configuración de la asociación seguirá sirviendo como instrumento para la comisión de infracciones; segundo, cuando la dedicación y esfuerzos está más orientada la actividad delictiva que a la actividad lícita³³³. El concepto de asociación ilícita utilizado en el art. 515 no puede referirse a un simple conjunto de pocas personas que colaboran para la concesión

³³⁰ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 120.

³³¹ FARALDO CABANA, Patricia, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., pág. 133.

³³² GONZÁLEZ RUS, Juan José, «Aproximación político-criminal a la regulación de la criminalidad organizada después de la reforma de 2010», en GONZÁLEZ RUS, Juan José (Dir.), *La criminalidad organizada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 106.

³³³ FARALDO CABANA, Patricia, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., págs. 134-135.

de un cierto fin, ya que si fuera así abarcaría los casos de mera coautoría o de participación, y no puede ser ésta la finalidad del precepto, en particular teniendo en cuenta las elevadas penas que en los siguientes se contemplan³³⁴.

Así mismo la citada autora señala que desde su perspectiva la organización criminal no es un plus respecto de la asociación ilícita, de la cual constituiría una especie, señalando como características del crimen organizado la comisión de delitos graves, la adopción de una estructura compleja y la pretensión de maximización del beneficio económico a través del control económico y político, además la asociación ilícita podría perseguir la comisión de delitos graves al igual que la organización criminal³³⁵.

Parcialmente estamos de acuerdo con argumento expuesto, en el sentido de que se podía aplicar para los números 2º, 3º, 4º del art. 515, pero hemos de resaltar con referencia al primer número del precepto que el mismo, desde nuestra perspectiva, es una forma de asociación ilícita que colisiona con el 570 *bis*, por las siguientes razones: en un primer momento, se hace mención a la proyección delictiva o la razón por la que se constituye la asociación ilícita, se puede observar que es muy similar a “naturaleza delictiva de la organización criminal”, es decir, la asociación se constituye específicamente con el objeto de cometer delito; en un segundo momento, hace referencia a que después de constituidos cometan faltas de forma reiterada y organizada, por lo que cabe mencionar que en este punto no se determina si es una asociación “legal o ilegal”, y en todo caso establece que después de su constitución tiene por objeto cometer delitos, aquí podríamos citar la figura del “fundador” que se aplica en la organización criminal y que ya tiene individualizada su pena, o en todo caso existe la figura del grupo criminal que se amoldaría perfectamente ya carece de alguna o algunas características de la organización criminal. Para finalizar, y por

³³⁴ FARALDO CABANA, Patricia, «Sobre los conceptos de organización criminal y asociación ilícita», en Villacampa Estiarte, Carolina (coord.), *La delincuencia organizada: Un reto a la política criminal actual*, Aranzadi Cizur-Menor, Navarra, 2013, pág. 76.

³³⁵ FARALDO CABANA, Patricia, «Sobre los conceptos de organización criminal», op. cit., pág. 77.

lo expuesto, consideramos que el número 1º del 515 del CP debería ser derogado, en razón de que colisiona con el 570 *bis* y eventualmente también con el 570 *ter*.

Mantener en tales términos el art. 515.1º del Código penal, en verdad, más que soluciones, traería conflictos interpretativos, ya que consideramos que básicamente las asociaciones descritas tienen las mismas características que una organización criminal, y muestra de ello es la STS 109/2012 que resuelve textualmente: Los criterios que marca la jurisprudencia para apreciar que concurre una asociación ilícita de las previstas en el art. 515.1º del Código Penal, esto es, las que tienen por objeto cometer algún delito u otras infracciones penales son los siguientes: a) pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad; b) existencia de organización más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista; c) consistencia o permanencia en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio; d) el fin de la asociación -en el caso del art. 515.1 inciso primero- ha de ser la comisión de delitos, lo que supone una cierta determinación de la ilícita actividad, sin llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar³³⁶.

A su vez, otra Sentencia matiza la diferencia de la organización y grupo criminal, atribuyéndoles a las mismas una pluralidad de delitos en contraposición a la asociación que estaría dirigida solo a un delito, además del motivo por el cual se mantiene este tipo penal. La STS 544/2012 establece el siguiente fundamento: Ahora bien, la exclusión propugnaba por el art. 22.2 de nuestra Carta Magna hace necesario el mantenimiento del tipo penal previsto en el art. 515.1º del Código Penal, si bien su interpretación ha de verse reconducida a su ámbito propio, es decir, como contrapartida al derecho de asociación, por lo que las características del mismo, condicionan la aplicación de dicho tipo penal, exigiéndose pluralidad de partícipes, estructura definida, distribución de

³³⁶ STS 109/2012, de 14 de febrero, (Roj: STS 1204/2012), Fundamento de Derecho (Vigésimo Quinto).

funciones, órgano directivo y vocación de permanencia, en concordancia con el propio concepto constitucional de asociación³³⁷. Si las características de la asociación ilícita son básicamente las mismas que las de la organización y grupo criminal, vemos ilógico realizar tanto esfuerzo en montar una asociación para solamente la comisión de un delito, porque teniendo a favor todas las características citadas de una asociación vemos improbable que solo se limiten a cometer un solo delito. Sobre el fundamento de mantener el 515.1 como contrapartida al Derecho de asociación, consideramos que ya están protegidos por los otros numerales del mismo artículo.

2) Asociaciones que promuevan la discriminación el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias (art. 515.4° CP)

En la provocación de estas actitudes de discriminación, odio o violencia contra grupos asociaciones por determinados motivos (racistas, de pertenencia a otra religión, ideología o creencia, sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, etc.), de nuevo, estamos ante una forma de asociación criminal³³⁸. La incriminación explícita de las asociaciones que promueven la discriminación parece responder al mandato en este sentido contenido en la Convención internacional sobre la eliminación de todas formas de discriminación racial de 21 de diciembre de 1965³³⁹, la Declaración Internacional de Derechos Humanos³⁴⁰, así como en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea³⁴¹ y otros³⁴².

³³⁷ STS 544/2012, de 2 de julio, (Roj: STS 4686/2012), Fundamento de Derecho (Tercero).

³³⁸ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, «artículo 515», op. cit., págs. 1798-1799.

³³⁹ Establece en su art. 4 inc., c) que no permitirá que las autoridades ni las instituciones públicas nacionales o locales promuevan la discriminación racial o inciten a ella. *Vid.* CONVENIO INTERNACIONAL SOBRE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN RACIAL, Resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965, art. 4 inc. c).

³⁴⁰ DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS, Adoptada y Proclamada por la Asamblea General en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, arts.2 y 7.

³⁴¹ CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, (2010/C 83/02), Diario Oficial de la Unión Europea, 2010, art. 21.

En la discusión científica en torno al fenómeno de la discriminación y, en particular, a la hora de otorgarle cierta autonomía respecto al trato desigual genérico, aparecen las “minorías” como punto de referencia casi obligado. Si bien no resulta sencillo extraer una noción unívoca de minoría, lo cierto es que, en general, se apunta con este precepto a un colectivo humano diferenciado del resto por ciertas características propias que son compartidas por todos sus miembros y cuya peculiaridad más notable reside en no ocupar una posición dominante en el seno de la sociedad. Su esencia no se encuentra, pues, en el simple hecho de compartir alguna particularidad externa que los distingue del resto, sino en la posición desventajosa que ocupan en la sociedad como consecuencia de su diferencia. En definitiva, en la desvaloración de sus rasgos diferenciales por parte de la mayoría dominante³⁴³.

El elemento utilizado para identificar los preceptos es simplemente el motivo genérico que lleva al legislador a incluirlos en el Código penal, que no es otro que la finalidad de evitar comportamientos que supongan un trato despreciativo, vejatorio o violento hacia determinadas personas o grupos por presentar éstos cierto rasgo de identidad, ya sean biológicos o sociales, que los distinguen de la generalidad³⁴⁴. La preocupación social en torno a las reacciones xenófobas, que ocasionalmente se observan en un sector de la población española ha dado pie a través de esta reforma a la intervención penal, a partir de toda una

³⁴² PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, arts., 2 y 20.2º. / CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES, de 4 de noviembre de 1950, art. 14.

³⁴³ LAURENZO COPELLO, Patricia, «Marco de protección jurídico-penal del derecho a no ser discriminado racismo y xenofobia», en MAQUEDA ABREU, M^a Luisa (Dir.), *Libertad ideológica y derecho a no ser discriminado*, Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), Madrid, 1996, pág. 222. (Nota al pie 5). / Con mayor detalle respecto a las minorías *Vid.* DE LUCAS, Javier, «Algunos problemas del estatuto jurídico de las minorías. Especial atención a la situación en Europa», en RCEC, nº 15, 1993, págs. 99 y sigtes.

³⁴⁴ Se trata de un punto de partida que merece una decidida valoración positiva, puesto que la finalidad de evitar o mitigar los efectos de la intolerancia no sólo se digna de aprecio, sino que incluso resulta obligada para un legislador atento a los principios básicos de un Estado de Derecho. *Vid.* LAURENZO COPELLO, Patricia, «Marco de protección jurídico-penal», op. cit., pág. 226-227.

batería de delitos orientados a la lucha contra la discriminación en general y contra la xenofobia en particular, además de la descripción de una circunstancia agravante genérica, en este sentido véanse los arts. 22.4 314, 510, 512 y 607.2 CP, además del que nos ocupa³⁴⁵.

En la práctica el núm. 4º del art. 515 CP era aplicado fundamentalmente a agrupaciones de ideología nazi, que a veces también son consideradas organizaciones paramilitares. Conviene puntualizar que no basta con que tantos miembros de un grupo tengan en su domicilio material indicador de esa ideología, ni que la profesen, para poder afirmar que la asociación a la que pertenecen sea lícita: para ello, tal ideología tenía que haber sido asumida y compartida por todo el colectivo³⁴⁶.

3) Asociaciones que empleen medios violentos o alteración o control de la personalidad (art. 515.2º)

Los términos que empleaba el art. 515.2º CP deben ponerse en relación con el art. 22 CE, que se refiere a «medios tipificados como delito», lo que obliga a realizar una interpretación del precepto penal conforme con la Constitución³⁴⁷. La referencia a los empleos de medios violentos para la consecución de un fin lícito resulta problemática dado que excede de lo previsto en el art. 22 CE, que hace mención a «medios tipificados como delito», pues hay casos en que la violencia puede merecer simplemente la calificación de falta. Lo que obliga a una reinterpretación conforme a la Constitución que exija el carácter delictivo de la violencia³⁴⁸.

³⁴⁵ FARALDO CABANA, Patricia, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., pág. 147.

³⁴⁶ Eso es lo que ocurre cuando, por eje., según los propios estatutos pretende emular a las SS nazis, sirviendo también a efectos de prueba las publicaciones que edita y el “merchandising” del que dispone, si es alusivo a dicho ideología. *Vid.* FARALDO CABANA, Patricia, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., págs. 157-158.

³⁴⁷ FARALDO CABANA, Patricia, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., pág. 163.

³⁴⁸ TAMARIT SUMALLA, Josep M^a, «De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas», en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 6ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2007, pág. 1949.

El carácter delictivo de las asociaciones que utilizan medios violentos viene marcado no por el fin que persiguen, lícito, sino por el medio empleado para conseguirlo, la violencia o alteración o control de la personalidad. En definitiva dos tipos de medios han de entenderse, de acuerdo con una interpretación sistemática, que atienda al conjunto de las modalidades de asociación declaradas delictivas en el art. 515 en el sentido de requerir que el empleo de tales medios violentos o de alteración o control de la personalidad impliquen la comisión de un delito en sentido estricto³⁴⁹.

La provocación a la discriminación es uno de los estados subjetivos de odio o violencia, que pone en peligro al colectivo al que se dirige. En tal sentido se adelantan las barreras de protección penal al momento de creación del estado de ánimo desde el que la persona «provocada» puede elaborar la completa resolución de atacar a un individuo o grupo de personas. Desde esta perspectiva estamos frente a un tipo difícil de determinar y precisar los contornos de gravedad que podría alcanzar la conducta delictiva. Tal vez, con el fin de cubrir esa vaporosidad legal se ofrece una lista de motivos de discriminación; racistas, antisemitas, u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía³⁵⁰.

Es imaginable que este tipo delictivo sea cometido por las sectas, que pueden intentar imponer sus creencias a través de la provocación del odio contra otros grupos, sobre todo cuando se trata de grupos minoritarios, lo que no descarta que este delito pueda cometerse por grupos mayoritarios y aún con reconocimiento legal³⁵¹. Se entendería por secta una agrupación de personas con una problemática y unas creencias comunes y una escala de valores. Se habla de

³⁴⁹ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, «artículo 515», op. cit., págs. 1797-1798.

³⁵⁰ CUGAT MAURI, *Sectas y sectarios ante el Derecho penal*, Aranzadi-Cizur Menor, Navarra, 2010, pág. 178.

³⁵¹ CUGAT MAURI, *Sectas y sectarios*, op. cit., pág. 179.

un grupo de personas con una jerarquía rígida, encabezadas, y dirigida por un líder carismático que, de alguna de entre muchas maneras, explota a sus afiliados y les propone múltiples beneficios, como ser; hermandad, solidaridad, equilibrio, alegría incluso glorias y vidas eternas en el futuro. Todo ello sólo sería posible obtenerlo siguiendo a raja tabla los principios y enseñanzas vigentes en el grupo, impuestos, establecidos y modificados por el líder o por su *staff*, que son, en definitiva, los grandes beneficiarios³⁵².

De esta forma, sólo son asociaciones ilícitas conforme a este primer inciso las que empleen medios violentos constitutivos de delito. En vista de que el art. 515.1º CP ya considera ilícitas las asociaciones que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión, la mención expresa de estas asociaciones ilícitas es redundante salvo que se entienda, como aquí, que en el art. 515.2º CP las que persiguen fines lícitos empleando medios violentos de carácter delictivo³⁵³.

Ello no significa que de la prueba de la comisión de algún delito en el seno del grupo, se deduzca la automática transformación de éste en asociación ilícita. Para apreciarla tampoco basta con la comisión actual o potencial de delito por cualquier miembro del grupo, es necesario que formen parte del objeto social. Sólo en ese caso el grupo presenta un peligro para el orden constitucional traspasando los límites del Derecho de asociación de modo penalmente relevante. La apreciación del delito se condiciona por lo tanto, a la prueba de la existencia

³⁵² AVILÉS GÓMEZ, Manuel, *Criminalidad organizada. Los movimientos terroristas*, Editorial Club Universitario, Alicante, 2004, pág. 163.

³⁵³ FARALDO CABANA, Patricia, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., pág. 164. / La jurisprudencia también se manifiesta en este sentido indicando: debemos declarar la concurrencia de los componentes que configuran la modalidad delictiva de la pertenencia a asociaciones que “aun teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución”. *Vid.* STS 765/2009, de 9 de julio, (Roj: STS 4832/2009), Fundamento de Derecho (Cuarto).

de un grupo que tiene cierta distribución de funciones y jerarquización, aunque no requiera especial complejidad³⁵⁴.

Por otro lado, en lo referente al empleo de medios de alteración o control de la personalidad, contenida en el segundo inciso, no cabe duda que pretendió en su día criminalizar las sectas destructivas o coercitivas, que anteriormente se hacían encajar en las asociaciones clandestinas³⁵⁵. En este sentido se denomina técnicas de persuasión coercitiva a todos aquellos métodos de presión, control o engaño que contribuyen a inducir la persuasión del sujeto imponiéndose sobre su libertad o limitándola, que se aplican en las sectas coercitivas³⁵⁶.

En todo caso, resulta complejo establecer cuáles sean los medios referidos, como complejo resulta averiguar cuál sea la personalidad de verdad y cuál la alterada cuando los medios utilizados para alterarla no hayan sido impuestos de modo irresistible al sujeto. La personalidad no es algo que permanezca inamovible y precisamente se modula y evoluciona al contacto con grupos de personas y qué duda cabe que una relación intensa con un grupo religioso o

³⁵⁴ CUGAT MAURI, *Sectas y sectarios*, op. cit., pág. 181. / Sobre la cuestión de asociación se manifiesta el Tribunal Supremo indicando que la conformación penal de la asociación no precisa que se componga de estructura y organización muy complejas, bastando que suponga un agrupamiento de varios, con estructura primaria, que se diferencie perfectamente de la individualidad de los miembros que la componen. *Vid.* STS 765/2009, de 9 de julio, Fundamento de Derecho (Cuarto).

³⁵⁵ FARALDO CABANA, Patricia, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., pág. 165. / Encarar esas figuras delictivas enmarcan con claridad las dificultades que debe hacer frente el Derecho penal para adentrarse en un terreno tan sutil como es el de las actividades que pueden desarrollarse en el seno de determinadas agrupaciones de personas. *Vid.* TAMARIT SUMALLA, Josep M^a, «El Derecho penal ante el fenómeno sectario», en Eguzkilore, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n^o 18, San Sebastián, 2004, pág. 270.

³⁵⁶ Ampliamente sobre las técnicas de persuasión coercitiva *Vid.* RODRÍGUEZ CABALLEIRA, Álvaro, «La actuación de las sectas coercitivas», en *Eguzkilore, Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología*, n^o 18, San Sebastián, 2004, págs. 255-263. / La única descripción típica relativa a las sectas destructivas, debiera considerarse inoperante porque el criterio utilizado para configurarlas como asociaciones ilícitas, esto es el empleo de medios de alteración o control de la personalidad para la consecución de sus fines, no es por sí mismo delictivo, y el art. 22 de la constitución española «exige que la asociación utilice «medios utilizados como delitos» para ser declarada ilegal. Cfr. MAQUEDA ABREU, María Luisa, «Sectas destructivas y atentados a la integridad moral», en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio y otros (coords.), *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 605.

espiritual inevitablemente tendrá una influencia, benigna o maligna, sobre la personalidad del sujeto.

Al respecto, TAMARIT SUMALLA manifestó poco entusiasmo acerca de la posibilidad e incluso la conveniencia de que la Justicia penal se vea confrontada a la necesidad de entrar en tales peligrosas sutilezas³⁵⁷. El mismo autor indica que está claro que la cuestión es delicada, pues se trata aquí de una auténtica encrucijada de distintos derechos fundamentales, como son, aparte del derecho de asociación, la libertad ideológica y religiosa, el derecho a la intimidad y la libertad de enseñanza³⁵⁸.

Al respecto, CANCIO MELIÁ puntualiza que se complica la separación de las medidas legítimas de organización interna o de enseñanza de los distintos grupos de las medidas de alteración o control de la personalidad. En consecuencia, pues, será difícil precisar técnicas comunes de estos grupos para controlar emocionalmente a sus miembros encuadrándolos en uno de los tipos del Código³⁵⁹.

Así lo manifiesta la primera STS de 30 de octubre de 1994 en el caso de una “familia misionera” que optó por educar a sus propios hijos de la manera en que lo hacen en los países anglosajones “home school” pero bajo un grupo denominado “Niños de Dios”. Sobre este caso indicó el TS:

(...) Las previsiones del legislador en materia educativa se mueven entre la libertad de enseñanza y el derecho de los padres para que los hijos reciban formación religiosa y moral de acuerdo con sus convicciones y la libertad de creación de centros docentes. En este terreno se crea un amplio marco que permite variadas opciones educativas, si bien hay una frontera que el legislador considera insuperable: toda la tarea

³⁵⁷ TAMARIT SUMALLA, Josep M^a, «El Derecho penal ante el fenómeno», op. cit., pág. 277.

³⁵⁸ Citado por CANCIO MELIÁ, Manuel, en RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (Dir.), *Comentarios al Código penal*, Civitas, Madrid, 1997, pág. 1289.

³⁵⁹ CANCIO MELIÁ, Manuel, en RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (Dir.), *Comentarios al Código penal*, Civitas, Madrid, 1997, pág. 1289.

educativa se debe desarrollar dentro del respeto a los principios constitucionales. Las técnicas educativas y los modelos pedagógicos pueden ser diversos pero en ningún caso sobrepasar las líneas, necesariamente inmodificables, de los valores constitucionales³⁶⁰.

Ahora bien, respecto a la protección de la salud mental cualquier alteración o lesión psíquica incurable, el Tribunal Supremo manifiesta:

La innovación legislativa recoge las modernas definiciones acuñadas por los organismos internacionales como la Organización Mundial de la Salud. Los especialistas en psiquiatría mantienen posturas divergentes sobre los criterios definitorios de la enfermedad mental. Se ha llegado a afirmar que las enfermedades mentales, para poder recibir con rigor el calificativo de enfermedades y no de variantes, han de estar asentadas sobre un trastorno somático concreto y conocido. No obstante se admiten diversas modalidades de enfermedad según sean consecuencia de una agresión exógena como la producida por el consumo de alcohol o drogas, o las que son consecuencia de la insuficiencia o desarmonía del organismo³⁶¹.

Después de la reflexión realizada por el Tribunal Supremo, se debe observar que el actual art. 515.2 del CP, tal como oportunamente advierte CANCIO MELIÁ, deberá tener en cuenta el delicado ámbito en que se mueve esta figura. Muy especialmente, hay que insistir en la vaga mención efectuada de los medios de “alteración y control”, que deberá referirse a prácticas de tal magnitud que sean susceptibles de integrar una infracción penal³⁶².

Por otro lado, quienes identifican la integridad moral con el sometimiento de la libertad entienden, congruentemente que su lesión se produce cuando la persona ve negada su capacidad plena de decidir, cuando la pérdida de la dignidad hace que pierda sus condiciones de ser libre de forma que no queda atribuir su conducta como propia. No es sólo, por tanto, la ausencia de libertad de

³⁶⁰ STS 7005/1994, de 30 de octubre, (Id Cendoj: 28079120011994107856), Fundamento de Detecho (Cuarto).

³⁶¹ STS 7005/1994, de 30 de octubre, (Id Cendoj: 28079120011994107856), Fundamento de Detecho (Segundo).

³⁶² CANCIO MELIÁ, Manuel, en RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (Dir.), *Comentarios al Código penal*, Civitas, Madrid, 1997, pág. 1290.

autodeterminación lo que debe valorarse a partir de esas graves situaciones de dominación mental en el que existe un total sometimiento a la voluntad ajena, sino, sobre todo, la pérdida de la plena individualidad personal hasta llegar a convertirse, bajo ese trato inhumano, en «casi una cosa»³⁶³.

4) Organizaciones paramilitares (art. 515.3º CP)

En el caso de las organizaciones de carácter paramilitar, como en otros supuestos de asociaciones ilícitas, se tiene en cuenta la peligrosidad que representa las mismas, con lo que se viola el principio de culpabilidad. No obstante, la experiencia criminológica pone de manifiesto el riesgo de que estas organizaciones terminen realizando conductas delictivas o de graves alteraciones del orden público³⁶⁴. Debe entenderse de acuerdo con una interpretación teleológica y sistemática del tipo, hay que exigir además que los fines perseguidos o medios empleados para su consecución sean delictivos³⁶⁵.

Las organizaciones de carácter paramilitar³⁶⁶ son aquellas que adoptan estructuras organizativas, hábitos, medios y signos externos propios de las organizaciones militares, atentando contra el monopolio del Estado en el ejercicio de la violencia. El sentido de la inclusión de este supuesto en el catálogo

³⁶³ Cfr. MAQUEDA ABREU, María Luisa, «Sectas destructivas», op. cit., págs. 605-606.

³⁶⁴ SERRANO GÓMEZ, Alfonso / SERRANO MAÍLLO, Alfonso, *Derecho penal. Parte especial*, 12ª ed., Dykinson, Madrid, 2007, págs. 958-959.

³⁶⁵ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, «artículo 515», op. cit., pág. 1796.

³⁶⁶ La palabra «paramilitar» es un vocablo de origen grecolatino, compuesto por el prefijo griego «para-» y por el nombre común militar, derivado del latín «militia», que en su principal acepción significa todo aquello relacionado con el arte de hacer la guerra. Así, el Diccionario de la Lengua Española. El prefijo «para-», por su aparte de preposición significa de destino o finalidad, significa algo que produce «junto a», «de la misma naturaleza que», pero también «contra», «por fuera de». En cualquier caso, signifique paralelismo, conformidad o actividad análoga, o bien antagonismo sentido contrario, el morfema «para-» sirve para determinar el régimen semántico propio del vocablo sobre el cual ejerce su influencia. Cfr. FARALDO CABANA, Patricia, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., págs.173-174. Nota al pie 333. / Siendo consecuentes con la determinación semántica: Paramilitar.- equivale a organización más o menos similar a las militares, con uso de uniformes, estructura organizada, jerarquía entre sus miembros, etc. Difícilmente podrán portar armas de fuego, pues no es fácil que tenga la licencia y autorización correspondiente, pudiendo incurrir en un delito de tenencia ilícita de armas. *Vid.* SERRANO GÓMEZ, Alfonso / SERRANO MAÍLLO, Alfonso, *Derecho penal...*, op. cit., pág. 959.

de asociaciones ilícitas es evidente, pues en la prohibición de esta clase de organizaciones encuentra el Estado su propia razón de ser³⁶⁷. Por un lado, en cualquier caso una organización de carácter para militar supone un mimetismo con la organización de las fuerzas armadas del país, por ejemplo, empleo de uniformes y una jerarquía y relaciones de subordinación paralelas a las del ejército.

Ya señalaba RODRÍGUEZ DEVESA que no bastaría con pertenecer a una sociedad de tiro al blanco para ejercitarse en el manejo de las armas, o a una sociedad de cazadores³⁶⁸, pues lo que subyace a la prohibición constitucional de estas asociaciones es la existencia de fines delictivos, normalmente contrarios a la constitución, por lo que la doctrina ha señalado la necesidad de una interpretación restrictiva del concepto de organización paramilitar³⁶⁹.

El carácter delictivo de la organización paramilitar deja percibir que el legislador asimila que dicho delito tiene una naturaleza delictiva, por lo que con razón -ya con referencia al Código penal anterior a la Reforma 2010- se ha considerado que “precisamente por ello no se comprende muy bien que en el nuevo régimen punitivo, que establece consecuencias punitivas más graves para las organizaciones terroristas, los grupos paramilitares no hayan sido equiparados a éstas, sino a las asociaciones previstas en los núm. 1º, 2º y 4º. Aunque el perfil criminológico de las organizaciones terroristas que operan actualmente se diferencia fácilmente de las del número 3º, no puede descartarse que en un futuro

³⁶⁷ TAMARIT SUMALLA, Josep María, «De los delitos relativos al ejercicio», op. cit., pág. 1950.

³⁶⁸ RODRÍGUEZ DEVESA, José María / SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal español. Parte especial*, 18ª ed., Dykinson, Madrid, 1995, pág. 754.

³⁶⁹ RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina, «De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas», en ARROYO ZAPATERO, L., / BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., / FERRÉ OLIVÉ, J., C., y otros (Dir.), *Comentarios al Código penal*, Iustel, Madrid, 2007, pág. 1021.

se produzcan situaciones en las que la delimitación entre uno y otro supuesto resulte más problemática”³⁷⁰.

En España tiene experiencia en cuanto a grupo paramilitar puesto que en los años 1983 a 1986, surge el grupo paramilitar denominado GAL (Grupo Antiterrorista de Liberación), para hacer frente al grupo terrorista ETA (Euskadi Ta Askatasuna), lo particular es que fue creado por el propio gobierno español de la época³⁷¹. Por otro lado, los grupos paramilitares en el caso de Colombia combaten la insurgencia al igual que el ejército, surgen como un grupo reaccionario³⁷².

Se debe tener en cuenta además que el solo hecho de que exista un brazo armado con similar jerarquía y estructura al del ejército, cuestiona las bases de un estado de derecho puesto que este brazo armado no gozaría del reconocimiento ni la legalidad para poder existir. Más bien al contrario, constituiría una potencial amenaza a la propia seguridad estatal, que en consecuencia nos llevaría a cuestionarnos si este tipo delictivo debería estar incluido en el apartado de las organizaciones criminales, porque en tal caso no estamos frente a sujetos que imitan la vestimenta, los hábitos y desfiles militares, sino frente a un verdadero brazo armado con fuerte capacidad lesiva.

³⁷⁰ TAMARIT SUMALLA, Josep María, «De los delitos relativos al ejercicio», op. cit., págs. 1950-1951.

³⁷¹ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, «Terrorismo de Estado: los grupos antiterroristas de liberación (GAL)», en NIETO MARTÍN, Adán, (coord.), *Homenaje a Marino Barbero Santos in memoriam*, vol. II, Ediciones Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2001, pág. 504 y sigtes.

³⁷² RIVAS NIETO, Pedro / REY GARCÍA, Pablo, *Las autodefensas y el paramilitarismo en Colombia (1964-2006)*, CONfines, 4/7 enero-mayo, 2008, págs. 45 y sigtes. / *Vid.*, sobre el mismo tema, TAWSE-SMITH, Diane, *Conflicto armado colombiano*, Desafíos, Bogotá, n° 19, semestre II, 2008, págs. 277-280.

C) Observaciones críticas en torno a las diferencias entre la asociación ilícita y organización criminal

Los elementos utilizados para definir al delito de organización criminal no difieren mucho en la doctrina y la jurisprudencia que se han venido utilizando - para definir la asociación ilícita que existía- con anterioridad a la incorporación del art. 570 *bis*. Lo que provoca la necesidad de diferenciar el nuevo concepto de los que con anterioridad se utilizaban en la represión de la criminalidad organizada, y muy señaladamente del que se daba cuerpo al concepto de asociaciones ilícitas³⁷³.

En tal sentido, un primer criterio de distinción entre asociaciones y organizaciones criminales vendría determinado por un elemento formal, en la medida en que la existencia de una asociación vendría a implicar a una dimensión institucional, formal aunque jurídicamente relevante, en la medida en que la asociación necesitaría para su existencia de una forma jurídica específica, incluso en su caso inscripción en el registro correspondiente, en tanto que las organizaciones vendrían a referirse a organizaciones o reuniones en sentido material, carente de tal forma o revestimiento³⁷⁴. Sin embargo, atender a ese parámetro conduce a privilegiar con menor penalidad a quienes revisten una cierta formalidad asociativa, con o sin registro, con independencia con independencia de la gravedad de los ilícitos que la agrupación o asociación persigue³⁷⁵.

Un segundo criterio viene a diferenciar un sentido material las organizaciones y asociaciones, entendiendo que las organizaciones tendrían en

³⁷³ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José E., «Delitos contra el orden público», op. cit., págs.1193-1194.

³⁷⁴ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José E., «Delitos contra el orden público», op. cit, pág. 1194.

³⁷⁵ MARTELL PÉREZ-ALCALDE, Cristóbal / QUINTERO GARCÍA, Débora, «De las organizaciones y grupos criminales (arts. 570 bis, 570 ter y 570 quater)», en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), *La Reforma Penal de 2010: Análisis y comentarios*, Aranzadi-Cizur Menor, Navarra, 2010, pág. 361.

todo caso un carácter originariamente criminal, es decir, serían agrupaciones que surgen *ex professo*, y exclusivamente con una finalidad criminal, en tanto que las asociaciones serían agrupaciones, formalmente válidas, que acaban por delinquir³⁷⁶.

Este criterio diferenciador es el que se ofrece en la Exposición de Motivos de la Reforma Penal de 2010 al indicar que «Las organizaciones y grupos criminales en general no son realmente «asociaciones» que delinquen, sino agrupaciones de naturaleza originaria e intrínsecamente delictiva, carentes en muchos casos de forma o apariencia jurídica alguna, o dotadas de tal apariencia con el exclusivo propósito de ocultar su actividad y buscar su impunidad»³⁷⁷.

De manera complementaria con el segundo criterio, podríamos citar la STS núm. 544/2012, de 2 de julio, que desde nuestro punto de vista busca dar cierta claridad en torno a las diferencias entre organización criminal y asociación ilícita, puesto que se afirma en la mencionada Sentencia que la incorporación de los nuevos tipos delictivos «ha de llevarnos a una reinterpretación de los parámetros del art. 515 de tal Código, que dentro del capítulo de los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, incrimina como punibles, las asociaciones ilícitas, en las que, a salvo las organizaciones y grupos terroristas, que han quedado reubicadas en el art. 571 del Código Penal, permanecen en su diseño cuatro tipos de asociaciones ilícitas, en donde ha de primar su consideración de agrupaciones estables que traten de atentar contra el bien jurídico protegido por tal delito, que no es otro que la conculcación del derecho de asociación, cristalizando la criminalidad en el empleo de medios violentos o en la perversión de la personalidad de los

³⁷⁶ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José E., «Delitos contra el orden público», op. cit, pág. 1195.

³⁷⁷ «Adicionalmente hay que apuntar que la inclusión de las organizaciones terroristas en el artículo 515 de Código Penal había generado problemas en el campo de la cooperación internacional por los problemas que para el cumplimiento del requisito de doble incriminación suponía la calificación de la organización terrorista como asociación ilícita» BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, nº 152, miércoles 23 de junio de 2010. *Vid.* SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José E., «Delitos contra el orden público», op. cit, pág. 1195.

componentes, aunque tales asociaciones tuvieran fines lícitos, o bien en las organizaciones de carácter paramilitar, o las que se promuevan para atentar contra valores constitucionales»³⁷⁸.

En este sentido, la ubicación sistemática en el Código penal -de ambos tipos penales- puede ayudarnos, debido a la derivación del bien jurídico protegido por cada delito, es decir, mientras el bien jurídico tutelado por el delito de organización criminal es el orden público, el delito de asociación ilícita se vincula al correcto ejercicio del Derecho de asociación³⁷⁹.

Sobre esta línea de reinterpretación, el Tribunal matiza la naturaleza delictiva de los nuevos tipos delictivos afirmando lo siguiente: «Con mucho acierto, a nuestro juicio, el legislador reconoce que las organizaciones y grupos criminales en general no son realmente «asociaciones» que delinquen, sino agrupaciones de naturaleza originaria e intrínsecamente delictiva, carentes en muchos casos de forma o apariencia jurídica alguna, o dotadas de tal apariencia con el exclusivo propósito de ocultar su actividad y buscar su impunidad»³⁸⁰

A pesar de una búsqueda de diferenciación, el solapamiento que este nuevo tipo de delincuencia organizada -art.570 *bis*- presenta, respecto del viejo delito de asociación ilícita del art. 515.1 CP (que se deroga), precisa la búsqueda

³⁷⁸ Cfr. STS 544/2012, de 2 de julio, Ref. Iustel: §350390. Fundamento de Derecho (Tercero).

³⁷⁹ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu y otros, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., pág. 854.

³⁸⁰ Cfr. STS 544/2012, de 2 de julio, Ref. Iustel: §350390. Fundamento de Derecho (Tercero). / Así también: «Los criterios que marca la jurisprudencia para apreciar que concurre una asociación ilícita de las previstas en el art. 515. 1 del CP, esto es, las que tienen por objeto cometer algún delito u otras infracciones penales son los siguientes (SSTS 1/1997, de 28-10; 234/2001, de 23-5; 421/2003, de 10-4; 415/2005, de 23-3; 2006, de 23-10; 50/2007, de 19-1; y 740/2010) a) Pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad; b) Existencia de organización más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista; c) Consistencia o pertenencia en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio; d) El fin de la asociación -en el caso del art. 515.1 inciso primero- ha de ser la comisión de delitos, lo que supone una cierta determinación de la ilícita actividad, sin llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar;» STS 109/2012, de 14 de febrero, Ref. Iustel: §347099 / en el mismo sentido STS 740/2010, de 6 de julio, (Roj: STS 4331/2010) Fundamento de Derecho (Tercero).

de un ámbito de punición propio a cada uno de los delitos, desde el entendimiento que esa concurrencia no pudo ser debida al olvido o dejadez del legislador, en tanto tan presente tiene esa coexistencia, que el Preámbulo de la Reforma incluye su toque al suprimir su numeral segundo, que hacía referencia a bandas armadas y organizaciones terroristas³⁸¹.

La Fiscalía General del Estado no es ajena al reconocimiento de dicha coexistencia del delito de asociación ilícita con el delito de organización criminal, reconociendo que plantea un conflicto de normas cuando el supuesto examinado pueda ser calificado simultáneamente conforme a lo previsto en los arts. 515.1 y 570 *bis* CP, esto es, en el supuesto de asociaciones ilícitas cuyo objeto exclusivo y finalidad directa sea la comisión de ilícitos penales, supuesto que coincide con los elementos que configuran el tipo de organización criminal previsto en el art. 570 *bis*³⁸². De esta manera, tras cuestionar los criterios de diferenciación que se podrían plantear de dicho solapamiento, sólo nos aproxima a la incertidumbre y, a un uso reiterativo de la regla 4ª del artículo 8, a la que el propio legislador hace referencia en el art. 570 *quáter* 2, consciente de la dificultad de encontrar dimensiones de injusto diferenciadoras y propias entre una tipicidad y otra que permitieran acudir a los criterios de consunción y especialidad³⁸³.

La fundamentación del delito de asociación ilícita es la misma que sirve de base a las organizaciones y grupos criminales, a su vez idéntica a la que da soporte a los tipos cualificados por pertenencia a una asociación u organización criminal³⁸⁴. De hecho, algunos de los problemas de grave colisión normativa que se presentan ahora, y que se reconocen sin empacho alguno por el legislador, se

³⁸¹ MARTELL PÉREZ-ALCALDE, Cristóbal / QUINTERO GARCÍA, Débora, «De las organizaciones», op. cit., pág. 360.

³⁸² Circular de la Fiscalía General del Estado, nº 2/2011, de 2 de junio, pág. 27.

³⁸³ SUÁREZ LÓPEZ, José María, «Aspectos dogmáticos y político criminales», op. cit., pág. 106.

³⁸⁴ GONZÁLEZ RUS, Juan José, «La criminalidad organizada en el Código penal español. Propuestas de reforma», *ADP*, nº 30, 2012, pág. 27.

deben, precisamente, a que el art. 515.1 (que sigue siendo el que era) y el art. 570 bis, incorporado en 2010, pueden comprender los mismos supuestos de criminalidad organizada³⁸⁵.

El problema de la anterior delimitación consiste en que conduce a resultados punitivos inconvenientes dada la menor penalidad asignada al delito de asociación ilícita, lo que importaría un beneficio o privilegio a quienes se revisten de una apariencia de legalidad para la comisión de delitos. Al margen de ello, el art. 570 *quater* 2 prevé que en caso de que las conductas sancionadas por las figuras de organización y grupo criminal estén comprendidas en otros preceptos del Código penal, tal como puede ser el caso de la asociación ilícita, resolviéndose la relación concursal en base al principio de alternatividad³⁸⁶.

III.- El nuevo tipo de grupo criminal (art. 570 *ter* CP)

La Ley Orgánica 5/2010 dota, por primera vez, en la regulación del Código penal de una expresa autonomía al concepto de grupo criminal, en relación con el de organización criminal, que hasta ese momento habían sido interpretados de forma conjunta y como sinónimos³⁸⁷.

La conceptualización del grupo criminal es consecuencia de la ausencia de alguna o algunas características o requisitos de las que goza la organización criminal. Por tanto, el delito de grupo criminal podría constituir un delito residual de la organización criminal. Pero cabe observar que dicho delito, al igual que la organización criminal, posee elementos tanto cualitativos como cuantitativos. En

³⁸⁵ GONZÁLEZ RUS, Juan José, «La criminalidad organizada en el Código penal español» op. cit., pág. 28.

³⁸⁶ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu y otros, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., pág. 854-855.

³⁸⁷ NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, *Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas. Sobre el sentido de las reformas penales en materia de terrorismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 102-103.

este último elemento nos referimos a la existencia de una pluralidad de personas, así como también a que “poseen una menor complejidad organizativa”³⁸⁸, y a que carecen de un carácter estable o permanente. Pese a estas limitaciones estructurales, ambos delitos comparten “la finalidad de cometer delitos”³⁸⁹, además de la idoneidad delictiva como aspecto cualitativo.

Fruto de la Reforma penal de 2010, surge un nuevo tipo de delito “grupo criminal”, que incrimina la comisión reiterada -de delitos- aunque de forma transitoria. El Preámbulo de la Ley indica que en el ámbito del grupo criminal ha de concurrir un plus de peligrosidad respecto a la delincuencia común, y puntualiza que con la incorporación del grupo en el Código penal se pretende responder a los supuestos de asociaciones criminales de carácter transitorio³⁹⁰. Esto nos lleva a entender que trata de incluir determinados grupos que por su transitoriedad no podían ser incluidos anteriormente en el tipo delictivo de asociación ilícita, claro ejemplo es el caso de un grupo (descuidadas) que cometían hurtos en vía pública, y que el Tribunal Supremo, en ese entonces, desestimó la aplicación de asociación ilícita³⁹¹.

En efecto, el grupo criminal es algo diferente de la organización criminal y a su vez también distinto al de conspiración para delinquir, lo que para algún autor, deja un estrecho margen aplicativo que lleva directamente, y lo asocia a la noción antigua de banda o grupo de malhechores que se conciertan entre sí para cometer delitos, de manera inespecífica y desestructurada, siempre que sea en número de tres o más, lo que recuerda a la cuadrilla del CP de 1973, un supuesto de codelinquencia agravada³⁹².

³⁸⁸NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, *Los delitos de colaboración con organizaciones*, op. cit., pág. 104.

³⁸⁹ NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, *Los delitos de colaboración con organizaciones*, op. cit., pág. 103

³⁹⁰ LLOBET ANGLÍ, Mariona, «Tenencia, tráfico...», op. cit., pág. 696.

³⁹¹ STS 1075/ 2006, de 23 de octubre, Fundamento de Derecho (Segundo).

³⁹² GARCÍA RIVAS, Nicolás, «Organizaciones y grupos criminales», en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier / GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (coords.), *Comentarios a la Reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 510-511.

Resulta incuestionable que el “grupo criminal” puede ser considerado como consecuencia lógica de una concepción del Derecho penal moderno, si bien puede entenderse que de igual manera en el caso específico de grupo criminal nos encontramos ante una metamorfosis de dicha figura. Si entendemos por metamorfosis como la transformación de algo en otra cosa, evidentemente esta figura ha llegado en la actualidad a experimentar una transfiguración perversa de la antigua figura del bandolerismo regulada en el CP de 1944 o en el Decreto de 21 de Septiembre de 1960 que tenía como finalidad castigar aquellas conductas como el atraco, la intimidación, secuestro, la formación de grupos armados, entre otros³⁹³.

El grupo criminal está caracterizado como una organización de menor integridad y cohesión, reservada y definida por exclusión, a tenor de la Exposición de Motivos de la Reforma penal, que es aplicado a otros fenómenos análogos muy extendidos en la sociedad actual, a veces extremadamente peligrosos o violentos, pero que no reúnen los elementos estructurales de la organización criminal, esto por no poseer precisamente una estructura con vocación de permanencia. Pero que a pesar de ello sí aportan un plus de peligrosidad criminal a las acciones de sus componentes³⁹⁴.

Así mismo, este tipo delictivo podríamos decir que llega a constituirse en una figura de carácter residual, frente al de organización criminal, que si bien se asemeja a la organización en el sentido de conformarse por la unión de más de dos personas y tener por finalidad la perpetración concertada de delitos o reiterada de faltas, se construye sobre las notas negativas de no concurrencia de alguna o algunas características de la organización criminal, de modo que basta, pues, la concurrencia de uno de los elementos estructurales del tipo de

³⁹³ COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, «Análisis jurídico conceptual del “grupo criminal”», en *Derecho penal y Criminología*, nº 2, Marzo 2012, pág. 52.

³⁹⁴ VELASCO NÚÑEZ, Eloy, «Crimen organizado: organización y grupos criminales tras la reforma del Código penal en la LO 5 / 2010», en *Diario La Ley*, nº 86, Sección estudios, octubre 2011, pág. 4.

organización delictiva, para que nos encontremos ante un grupo criminal³⁹⁵. Tal como lo define el nuevo art. 570 *ter*.1 CP: «la unión de más de dos personas, que, sin reunir algunas de las características de la organización criminal definidas en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas»³⁹⁶.

Sobre la misma línea, podemos afirmar que, si bien la organización criminal y el grupo criminal responden a un esquema casi similar, encontramos el punto de bifurcación en lo que se refiere a la mayor intensidad de daño hacia el orden público, y el carácter más complejo frente al grupo criminal, puesto que la primera debe responder al deliberado propósito de constituir una amenaza cualitativa y cuantitativamente mayor para seguridad y el orden público³⁹⁷.

A) Puntos convergentes entre la organización criminal y el grupo criminal

Como advertimos al inicio del Capítulo, existen puntos convergentes en los que las nuevas figuras delictivas -grupo criminal y organización criminal- por decirlo de alguna manera se solapan entre sí, y por consiguiente consideramos necesario desarrollar dichas convergencias a fin de separar o sacar a la luz posteriormente los correspondientes elementos diferenciadores de ambos. Mostrar los puntos de acercamiento existente, y claro de separación que existen entre ambas figuras nos permitirá tener una idea clara, entorno al concepto y aplicabilidad de los grupos criminales y de la organización criminal.

³⁹⁵ Circular de la Fiscalía General del Estado n° 2/2011, de 2 de junio, pág. 20. / Sobre el carácter residual, en similar sentido se manifiesta el Tribunal Supremo indicando: “El grupo criminal aparecería como una noción residual respecto a la de organización criminal, caracterizado aquél por la ausencia de las notas definitorias antes mencionadas a saber, estabilidad y reparto funcional”. STS 694/2011, de 24 de junio, (Roj: STS 4863/2011), Fundamento de Derecho (Numeral 4).

³⁹⁶ CARRETERO SÁNCHEZ, Adolfo, «La organización y el grupo criminal en la reforma del Código penal», en *Diario La Ley*, n° 7560, Sección Tribuna, 2 de febrero de 2011, pág. 4.

³⁹⁷ VELASCO NÚÑEZ, Eloy, «Crimen organizado», op. cit., pág. 4.

1) Naturaleza delictiva

En primer lugar nos encontramos con un punto de convergencia, como es el de la naturaleza delictiva, sobre el que a nuestro juicio con mucho acierto se manifiesta el Tribunal Supremo, indicando que: «el legislador reconoce que las organizaciones y grupos criminales en general no son realmente «asociaciones» que delinquen, sino agrupaciones de naturaleza originaria e intrínsecamente delictiva, carentes en muchos casos de forma o apariencia jurídica alguna, o dotadas de tal apariencia con el exclusivo propósito de ocultar su actividad y buscar su impunidad³⁹⁸. La jurisprudencia marca así una pauta para poder separar en principio la organización y el grupo criminal de la asociación ilícita y, a su vez, resaltar la similitud de la naturaleza intrínsecamente delictiva propia de los grupos y organizaciones criminales

En una Sentencia más actual el TS indica: Por lo tanto, la organización y el grupo criminal tienen en común la unión o agrupación de más de dos personas y la finalidad de cometer delitos concertadamente. Pero mientras que la organización criminal requiere, además, la estabilidad o constitución por tiempo indefinido y que se repartan las tareas o funciones de manera concertada y coordinada (necesariamente ambos requisitos conjuntamente: estabilidad y reparto de tareas), el grupo criminal puede apreciarse cuando no concurra ninguno de estos dos requisitos o cuando concurra uno solo³⁹⁹.

La tipificación del grupo criminal surge a razón de responder a otros fenómenos análogos -tal es el fundamento expuesto en el Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010- muy extendidos en la sociedad actual, a veces extremadamente peligrosos o violentos, que no reúnen esos requisitos estructurales. Por ello, se definen los grupos criminales en el art. 570 *ter* como formas de concertación

³⁹⁸ STS 544/2012, de 2 de Julio, Ref. Iustel: §350390 Fundamento de Derecho (Tercero).

³⁹⁹ SAN 14/2016, de 20 de abril, (Roj: SAN 1394/2016), Fundamento de Derecho (Décimo). / STS 576/2014, de 18 de julio, (Roj: STS 3131/2014), Fundamento de Derecho (Quinto).

criminal que no encajan en el arquetipo de las citadas organizaciones, pero sí aportan un plus de peligrosidad criminal a las acciones de sus componentes⁴⁰⁰. Puede entenderse entonces que la tipificación del grupo criminal surge porque pueden cometer delitos graves o violentos y a esto deben añadirse las acciones de sus componentes que constituye el plus de peligrosidad, aunque no tienen un carácter estructural y organizado.

La ejecución de un hecho delictivo por una estructura organizada reviste una mayor gravedad porque además de posibilitar la supervivencia del proyecto delictivo con independencia de las personas que lo integran, refuerza la voluntad criminal de sus miembros, asegurando la eficacia en el desempeño de sus respectivos cometidos o tareas, y de esta manera dificulta la respuesta de los órganos estatales de investigación de las funciones de averiguación y descubrimiento de tales hechos⁴⁰¹.

El elemento tendencial supone que la organización debe tener por objeto la comisión de delitos, la realización de acciones violentas, reiteradas, indeterminadas e indiscriminadas y que los delitos que pretendan cometer sean básicamente de naturaleza grave, aunque también se incluye la reiteración en la comisión de faltas⁴⁰², si bien es de tener presente que la comisión reiterada de faltas fue derogada por la LO 1/2015, de 30 de marzo. Sobre este elemento tendencial, cabe aclarar que el mismo en rigor se debería entender como intencional, esto de acuerdo a los estructura del tipo de injusto subjetivamente configurado, que tendremos oportunidad de desarrollar en un posterior momento respecto a los delitos de intención.

La organización criminal se caracteriza por la agrupación de más de dos personas, es decir, tres como mínimo, la finalidad de cometer delitos, el carácter

⁴⁰⁰ Circular de la Fiscalía General del Estado, nº 2/2011, de 2 de junio, pág. 21.

⁴⁰¹ Circular de la Fiscalía General del Estado, nº 2/2011, de 2 de junio, págs. 32-33.

⁴⁰² GARCÍA DEL BLANCO, Victoria, «Criminalidad organizada: organizaciones y grupos criminales», en *Memento experto. Reforma penal 2010*, ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (coord), Ediciones Francis Lefebvre, Santiago de Compostela, 2010, pág. 558.

estable o por tiempo indefinido y el reparto de tareas de manera concertada y coordinada con aquella finalidad⁴⁰³.

En el caso del grupo criminal -como veremos más adelante- no existe una estructura organizada, aunque sí podemos deducir que, si se trata de un grupo relativamente eventual o transitorio, que estaríamos ante un elevado número de personas, y podríamos añadir con idoneidad delictiva, lo cual constituiría un carácter del delito de grupo criminal.

2) Pluralidad de personas

El requisito de que estemos ante una pluralidad de personas, siendo suficiente que sean tres, y el relativo a la concertación de esas personas para la comisión de delitos o faltas, ello excluye del tipo penal la concertación para la comisión de un único delito lo que diferencia también esta figura de la mera conspiración para delinquir o de la codelincuencia. A partir de aquí, estaremos ante un grupo y no una organización criminal, es decir, cuando no concurra alguno o algunos de los otros dos requisitos indicados: o bien la estabilidad o carácter indefinido de la concertación, o bien la complejidad organizativa con una estructura sencilla, donde no hay por ejemplo un reparto estable de funciones entre sus integrantes, sino que éstos se organizan en función de las circunstancias, transformándose y amoldándose el grupo a la comisión de cada hecho punible, tanto en lo que se refiere a quiénes son sus miembros como a la función que asume cada uno, o donde no hay una coordinación o dirección de cierta entidad⁴⁰⁴.

⁴⁰³ PERIS RIERA, Jaime, «Delitos contra el orden público y contra la comunidad internacional», en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Dir.), *Estudios sobre el Código penal reformado (Leyes orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, 2015, pág. 886.

⁴⁰⁴ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, «De las organizaciones y grupos criminales», en GÓMEZ TOMILLO, Manuel, *Comentarios al Código penal*, 2ª ed. Lex Nova, Valladolid, 2011, pág. 1930.

Como se manifestó en el caso de la organización criminal, el grupo criminal requiere igualmente la unión de más de dos personas y la finalidad de cometer concertadamente delitos o reiteradamente faltas. La ley permitiría configurar el grupo criminal con esas dos notas, pues la definición legal contempla la posibilidad de que no concurran alguna o algunas de las características de la organización, que, además de las coincidente, esto es, la unión o agrupación de más de dos personas y la finalidad de cometer de forma concertada delitos o reiteradamente faltas, son solamente dos: estabilidad y el reparto de funciones⁴⁰⁵.

Hace también referencia la pluralidad de personas en las agravantes haciendo mención a un elevado número de personas. En este sentido, respecto a la pluralidad indeterminada de personas se muestra crítico GARCÍA RIVAS mencionando que el legislador utiliza en este apartado un concepto jurídico indeterminado (elevado número) sobre la base de la fijación en el tipo básico de un número mínimo de integrante ya sea del grupo o de la organización: tres en el primer caso y dos en el segundo caso. Tampoco existen referencias validas en la legislación vigente para acotar esa expresión típica, más allá de las que aluden a la “pluralidad de personas” (art. 201) como afectadas por los delitos contra consumidores o la “colectividad de personas” (art. 365) como de afectadas también, en los delitos contra la salud pública o, en fin, el “gran número de personas” (art. 557) congregadas en delitos de desórdenes públicos. Referencias que son inválidas porque sitúan siempre en el polo de la víctima y no precisamente en el autor. Deberá comportar en todo caso un incremento de gravedad equiparable al de los otros subtipos, lo que no es poco⁴⁰⁶.

En definitiva, lo decisivo es que la existencia de concierto entre una pluralidad de personas para el desarrollo de un proyecto criminal, posibilita desarrollo del plan delictivo de manera independiente de las personas integrantes

⁴⁰⁵ STS 719/2013, de 9 de octubre, Fundamento de Derecho (Vigésimo Noveno). / STS 309/2013, de 1 de abril, Fundamento de Derecho (Segundo).

⁴⁰⁶ GARCÍA RIVAS, Nicolás, «Organizaciones y grupos», op. cit. pág. 514.

del mismo, pues esto es lo que dificulta la prevención y persecución de los delitos cometidos por un grupo criminal y agrava el daño ocasionado por su actividad⁴⁰⁷. Si bien la pluralidad de personas viabiliza el proyecto criminal, la indeterminación del número máximo de integrantes del grupo y organización criminal, deja una laguna legal, que consideramos tendría que ser cubierta por la jurisprudencia.

3) Finalidad delictiva

El fin delictivo único da coherencia a los diferentes papeles y trabajos de cada integrante que, sólo sumados al final, explican y suponen el éxito de su actividad criminal conjunta⁴⁰⁸. Está claro que el adjetivo “criminal” de la organización, denota que tiene por finalidad la comisión de delitos (graves). En teoría, la finalidad de las organizaciones es la que sustenta su estructura. Todos se unen para un determinado fin, siendo este caso el fin criminal. Por eso, no se puede desligar la finalidad criminal del elemento de la organización, porque sólo las organizaciones con finalidad delictiva pueden reunir el tipo de injusto de organización criminal y (grupo criminal)⁴⁰⁹.

Los delitos-fin deben ser graves. Esta es una cuestión ciertamente doblemente valorativa, que exige delimitar este elemento de gravedad y luego determinar qué se entiende por delitos-fin graves. El requisito de la gravedad de los delitos-fin ha de considerarse como una expresión del principio de fragmentariedad (proporcionalidad en la intervención penal) además, con el propósito de delimitar la materia prohibida, en un injusto que en definitiva supone un adelanto en la intervención penal, debe establecerse requisitos objetivos que limiten la punición arbitraria⁴¹⁰.

⁴⁰⁷ Circular de la Fiscalía General del Estado nº 2/2011, de 2 de junio, pág. 21.

⁴⁰⁸ VELASCO NÚÑEZ, Eloy, «Crimen organizado», op. cit., pág. 6.

⁴⁰⁹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, Comares S.L., Granada, 2009, pág. 271.

⁴¹⁰ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Criminalidad organizada*, op. cit., pág. 272.

Por consiguiente, lo decisivo es que una pluralidad de personas persiguen “organizadamente” unos objetivos contrarios a las leyes. Sucede entonces que el peligro del bien jurídico se produce por la mera existencia de la organización criminal y el carácter “preparatorio” o estrictamente “ejecutivos” de sus metas juegan un papel secundario si el objeto, considerado unitaria y globalmente, es un objeto “criminal”⁴¹¹. En la definición, de las organizaciones criminales como del grupo criminal, “siempre se pluraliza, en el sentido de que tales grupos u organizaciones están dirigida a la comisión de varios delitos (“... a fin de cometer delitos...”), así como la perpetración reiterada de faltas”⁴¹². Sobre la perpetración reiterada de faltas, es un punto que sería suprimido conforme al Proyecto de ley, cambiando la expresión “comisión reiterada de faltas”, por la “comisión reiterada de delitos”⁴¹³.

B) Elementos diferenciadores entre organizaciones criminales y los grupos criminales

En el presente apartado, lo primero que tendremos que conseguir es delimitar el ámbito del grupo criminal, diferenciándolo de la organización criminal, pues, la diferencia más evidente entre ellos reside en la estabilidad de las organizaciones y la falta de estabilidad de los grupos criminales⁴¹⁴. Otro factor diferenciador es la “estructura organizada” que posee la organización criminal, la cual puede ser variada, frente a la transitoriedad del grupo criminal, en consecuencia posee una carencia de estructura organizada⁴¹⁵.

⁴¹¹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas en el Código penal*, Bosch, Barcelona, 1978, pág. 278.

⁴¹² STS 544/2012, de 2 de Julio, Ref. Iustel: §350390, Fundamento de Derecho (Tercero).

⁴¹³ Proyecto de ley, 121/000065 Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, 4 de octubre de 2013, pág. 89.

⁴¹⁴ GARCÍA DEL BLANCO, Victoria, «Criminalidad organizada», op. cit., pág. 569.

⁴¹⁵ FARALDO CABANA, Patricia, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., pág. 64-65. / GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., pág. 234-237. / ZÚÑIGA

No obstante, y para evitar cualquier tipo de acción mecanicista del Derecho penal, resulta necesario distinguir el concepto de grupo criminal de los supuestos de mera codelinquencia⁴¹⁶. En este sentido, la transitoriedad del grupo criminal es un factor diferenciador, dado que el legislador incluye expresamente los supuestos de organizaciones transitorias es claro que no se requiere una organización estable, siendo suficiente una “mínima permanencia” que permita distinguir estos supuestos de los de mera codelinquencia. Cabe incluso la organización constituida para una operación específica, siempre que concurren los elementos propios de la organización criminal: un centro de decisiones y diversos niveles jerárquicos, con posibilidad de sustitución de unos a otros mediante una red de reemplazo que asegure la supervivencia del proyecto criminal con cierta independencia de las personas, pues esto es lo que dificulta la prevención y persecución de los delitos cometidos por una organización criminal y agrava el daño ocasionado por su actividad, permitiendo hablar de una “empresa criminal“ (Sentencias de 25 de mayo de 1997 o 10 de marzo de 2000, entre otras)⁴¹⁷.

De la mano del reparto de roles y una división de trabajo, viene determinada la estructura organizativa de la organización criminal, elemento que como bien menciono la sentencia citada lo convierte en una auténtica “empresa criminal” y que constituye uno de los elementos diferenciadores de la organización criminal y el grupo criminal, careciendo éste último de estructura organizativa. Si contrastamos ambas definiciones, se deduce sin lugar a dudas que las características que pueden faltar en el grupo criminal son: a) el carácter

RODRÍGUEZ, Laura, *Criminalidad organizada*, op. cit., pág. 127-129. / GARCÍA DEL BLANCO, Victoria, «Criminalidad organizada», op. cit., pág. 561.

⁴¹⁶ PERIS RIERA, Jaime, «Delitos contra el orden público», op. cit., pág. 886.

⁴¹⁷ STS 1095/2001, de 16 de julio, Ref. Iustel: §307533, Fundamento de Derecho (Séptimo).

estable o indefinido y/o b) reparto de funciones entre sus miembros y activistas⁴¹⁸.

Ahora bien, actualmente la STS 431/2016 explica la diferenciación del grupo criminal con la organización criminal en los siguientes términos: ambas figuras delictivas precisan la unión o agrupación de más de dos personas y la finalidad de cometer delitos, pero mientras que la organización criminal requiere, además, el carácter estable o su constitución o funcionamiento por tiempo indefinido, y que de manera concertada y coordinada se repartan las tareas o funciones entre sus miembros con aquella finalidad, el grupo criminal puede apreciarse aunque no concurra ninguno de estos dos requisitos, o cuando concurra solo uno de ellos. Se trata de una figura residual respecto de la organización criminal⁴¹⁹.

Como se mencionó, el grupo criminal posee una estructura generalmente de menor complejidad (pero esto no significa que tenga menor número de miembros, visto que para la organización criminal bastan tres), una suerte de figura intermedia entre la codelinquencia y la organización criminal, en los términos apuntados para la banda o grupo de delincuentes. Ello responde al interés mostrado desde primer momento por la Unión Europea, preocupada por no limitar la criminalización a grupos con una estructura altamente desarrollada⁴²⁰. Aunque a primera vista los nuevos tipos delictivos de organización criminal y grupo criminal aparenten similitud, en el presente apartado pasaremos a determinar sus notas diferenciadoras, que son básicamente dos.

⁴¹⁸ OLMEDO CARDENETE, Miguel, «Delitos contra el orden público (VI)», en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Dir.), *Sistema de Derecho penal español. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2011, 1213.

⁴¹⁹ STS 431/2016, de 19 de mayo, (Roj: STS 2291/2016), Fundamento de Derecho (Tercero).

⁴²⁰ FARALDO CABANA, Patricia, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., pág. 113.

1) El carácter estable o tiempo indefinido

El carácter estable es uno de los elementos diferenciadores entre la organización criminal y el grupo criminal, puesto que el primero tiene una estructura con vocación de permanencia, elemento que es exigido en la Exposición de Motivos de la LO 5/2010⁴²¹. Por tanto, la estabilidad será uno de los elementos que nos lleve a distinguir entre una organización y un grupo criminal. Ahora bien, la falta de este elemento debe ser criticada, ya que entonces *stricto sensu* se puede definir un grupo como la agrupación de unos cuantos sujetos que en un momento determinado se aglutinan para la comisión de un sólo delito, resulta evidente que esto no es acorde con la finalidad promulgada en la propia Exposición de Motivos, ya que el plus de peligrosidad que representan los grupos criminales se deriva del carácter colectivo y de la facilidad de cometer los delitos o faltas reiteradas⁴²².

En definitiva, la organización criminal tiene de vocación la permanencia indefinida en el tiempo, mientras que el grupo, aunque permanezca estable cierto tiempo, se caracteriza por su duración de carácter transitorio⁴²³. Actualmente sobre la misma línea y en similar sentido se manifiesta la STS 309/2013⁴²⁴, al afirmar: “La organización criminal se caracterizaría por la agrupación de más de dos personas, la finalidad de cometer delitos, el carácter estable o por tiempo indefinido y el reparto de tareas de manera concertada y coordinada, con aquella finalidad. El grupo criminal requiere igualmente la unión de más de dos personas y la finalidad de cometer concertadamente delitos o reiteradamente faltas. La ley permitiría configurar el grupo criminal con esas dos notas, pues la definición legal contempla la posibilidad de que no concurran alguna o algunas de las que

⁴²¹ FERNÁNDEZ DE PAIZ, Rafael, «Los grupos criminales: la sinrazón de una reforma», en *Diario La Ley*, nº 8060, Sección Tribuna, Abril de 2013, pág. 1.

⁴²² FERNÁNDEZ DE PAIZ, Rafael, “Los grupos criminales”, op. cit., pág. 2.

⁴²³ Vid. GARCÍA DEL BLANCO, Victoria, «Criminalidad organizada», citada por LLOBET ANGLÍ, Mariona, «Tenencia, tráfico y depósito de armas o municiones, organizaciones y grupos criminales y delitos de terrorismo», en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.), *El nuevo Código penal, comentarios a la reforma*, La Ley, Madrid, 2012, pág. 697.

⁴²⁴ STS 309/2013, de 1 de abril, Fundamentos de Derecho (Segundo).

caracterizan la organización, que, además de las coincidentes, esto es, la unión o agrupación de más de dos personas y la finalidad de cometer de forma concertada delitos o reiteradamente faltas, son solamente dos: la estabilidad y el reparto de tareas”.

Sin embargo, la mención expresa a la reiteración de faltas -se entendería que es más una falta y en este caso- sí que produce cierta estabilidad del grupo criminal, posibilidad que tampoco se descarta en la comisión de varios delitos. Se tendrá que conseguir delimitar el ámbito del grupo criminal, diferenciándolo de la organización criminal, pues la diferencia más evidente entre ellos reside en la estabilidad de las organizaciones y la falta de estabilidad de los grupos criminales⁴²⁵.

En todo caso no resulta tarea fácil distinguir entre grupo de tres o más personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se reparten diversas funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas, y un grupo de tres o más personas que no tenga un carácter estable y que tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas. Centrando la diferencia en el carácter estable o por tiempo indefinido de las organizaciones criminales y admitiendo que los grupos criminales deben tener cierta estabilidad para la comisión de varios delitos o la comisión reiterada. Podríamos decir entonces, que la organización criminal tiene vocación de permanencia indefinida en el tiempo, y el grupo criminal puede permanecer estable cierto tiempo pero que su duración es transitoria. Y las dudas surgen sobre si esta diferencia puede fundamentar una regulación tan distinta de ambos fenómenos⁴²⁶.

⁴²⁵ GARCÍA DEL BLANCO, Victoria, «Criminalidad organizada», op. cit., pág. 569.

⁴²⁶ GARCÍA DEL BLANCO, Victoria, «Criminalidad organizada», op. cit., pág. 570.

En una Sentencia reciente el Tribunal Supremo realiza una valoración en un caso concreto, sobre los elementos que configuran la estructura estable de la organización resultando de tal valoración: multiplicidad de actividades; diversidad de droga traficada; dispersión geográfica; pluralidad de lugares de almacenaje; fluidez y persistencia de las comunicaciones entre sus integrantes; estructura técnica para acondicionar vehículos. Criterios que con razón se fundamenta incluso de desde la mayor de las prudencias, llevan a confirmar la calidad de estabilidad y correspondiente organización⁴²⁷.

Por último, se ha estimado que el factor diferencial más evidente en la práctica es sin duda el de la estabilidad, fruto y razón al mismo tiempo de una mayor musculatura organizativa de la organización y por tanto de cierta perspectiva de continuidad, frente al carácter menos estructurado y estable del grupo, que no obstante ha de articularse más allá de la mera co-participación criminal⁴²⁸.

Dicha perspectiva de continuidad también va ligada a la proyección criminal, que en otras palabras constituirían el carácter indefinido de la organización. Por citar un ejemplo: en el caso de no poder establecer el carácter estable de la organización, en razón a que no se tienen suficientes pruebas, para determinar dicho carácter, podemos optar por determinar el carácter indefinido, esto nos lleva a la proyección temporal de futuros delitos, es decir, si los sujetos tenían como herramientas como un aparato para impresión de dinero, diseñado para tal fin, además de papel muy similar al papel moneda, como también un tipo especial de pintura. Provistos de dichos elementos se podría afirmar, que si nos basamos en criterios comunes de razonabilidad, todos esos instrumentos tienen como resultado la finalidad de falsificar dinero y

⁴²⁷ STS 187/2013, de 11 de febrero, (Roj: STS 1914/2013), Fundamento de Derecho (Tercero). / En el mismo sentido se pronuncia la STS 312/2012, de 24 de abril, Ref. Iustel: § 348832, Fundamento de Derecho (Segundo). Aunque sin mucho detalle valorativo respecto a los factores que deben considerarse para determinar el carácter estable de la organización.

⁴²⁸ Citado por LÓPEZ-MUÑOZ, Julián, *Criminalidad organizada. Aspectos jurídicos y criminológicos*, Dykinson, Madrid, 2015, pág. 64.

consecuentemente los individuos, no pararían, por lo menos hasta ser descubiertos. En otras palabras, si no se pudiera probar el carácter estable queda abierto el carácter indefinido.

2) Reparto de roles o división de trabajo

El segundo elemento que diferencia la organización criminal del grupo criminal es la división de trabajo, ésta se encuentra dentro del factor “organizativo”, de manera que existe un reparto de labores que se esquematiza en la coordinación y distribución de los roles. Por ello, deben reconducirse exclusivamente a la organización criminal los casos donde se aprecie cierto grado de complejidad⁴²⁹.

Actualmente, de acuerdo al Código penal vigente, el concepto de terrorismo viene determinado de la misma forma que la organización criminal. Ambos comparten el concepto básico cuantitativo y cualitativo. Por un lado, de acuerdo con CANCIO MELIÁ, el concepto de terrorismo viene constituido por tres elementos: “terroristas son las organizaciones” (bandas, organizaciones o grupos) armadas que, utilizando medios de “intimidación masiva”, tienen como “finalidad colectiva” subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública esto de acuerdo con el precepto 571 del CP⁴³⁰. Por otro lado, cuando hablamos de reparto de roles, debemos tener presente la existencia de un colectivo que permite hablar de una organización. Es la existencia de este colectivo como realidad diferenciada la que hace posible la existencia de delitos de organización en su significado de injusto⁴³¹.

⁴²⁹ FERNÁNDEZ DE PAIZ, Rafael, «Los grupos criminales», op. cit., pág. 2. / también Vid. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Criminalidad organizada*, op. cit. pág. 129. / SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, «Problemas de legitimidad de una respuesta excepcional frente a las organizaciones criminales», en CANCIO MELIÁ, Manuel / POZUELO PÉREZ, Laura (coord.), *Política criminal en vanguardia, inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2008, págs. 455.

⁴³⁰ CANCIO MELIÁ, Manuel, *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, Editorial Reus, Madrid, 155.

⁴³¹ CANCIO MELIÁ, Manuel, *Los delitos de terrorismo*, op. cit., pág. 156.

Asimismo la base estructural -es decir, la organización- es una noción común a los delitos de organización. También desde la perspectiva general los delitos de organización se aprehende parte de la dimensión de injusto de esos delitos, en otras palabras, la existencia de la organización -criminal-, en cuanto realidad que trasciende la personalidad de sus integrantes, es un dispositivo que incrementa su peligrosidad⁴³².

El concepto concreto de organización, de acuerdo con CANCIO MELIÁ, es un concepto funcional. Así pues, el contenido de la estructura da lugar a la organización -criminal- depende, fundamentalmente, de su idoneidad para la realización de las infracciones -delitos- que caracterizan a la organización criminal. De este modo, la determinación de lo que “son” viene marcada o determinada por lo que éstas “hacen”⁴³³. La compleja estructura que posee la organización criminal, en virtud del complejo grado de organización, pone en relieve el aspecto cuantitativo y que marca una de las diferencias entre la organización criminal y el grupo criminal.

En este sentido, se debe manifestar que el factor organizativo es un elemento intrínseco de la organización criminal, dentro del cual se desempeñan los diferentes roles de los sujetos que son parte componente o que integran la organización. Entonces, queda establecido que el reparto de roles o tareas dentro de la organización criminal no es casual, ni mucho menos fruto de la improvisación, sino todo lo contrario, constituye una de las principales notas características de la organización criminal.

La organización supone una distribución de roles y funciones, derechos y deberes coordinados en un sistema organizacional y dirigidos al objetivo final. Esto supone la concurrencia de varios miembros o subsistemas. La taxonomía

⁴³² CANCIO MELIÁ, Manuel, *Los delitos de terrorismo*, op. cit., pág. 157.

⁴³³ CANCIO MELIÁ, Manuel, *Los delitos de terrorismo*, op. cit., pág. 158.

organizacional es variada puede ser *horizontal*, cuando intervienen sujetos con el mismo rango funcional, también puede ser *vertical*, se da en el caso de que los intervinientes sean de distinto rango jerárquico. La división de trabajo usualmente se realiza por la especialización de sus miembros lo que conduce a la profesionalización⁴³⁴. Esta categorización de los integrantes en torno a su cualificación asegura la comisión del delito o delitos perseguidos por la organización.

En una Sentencia el Tribunal Supremo se pronuncia respecto al concepto de organizar en el siguiente sentido: “Organizar equivale a coordinar personas y medios de la manera más adecuada para conseguir algún fin, en este caso la perpetración de delitos, cuya ejecución se plantea de forma planificada. Así, mediante la integración de unas y otros más funcional a tal objeto, y a través de la distribución del trabajo y de los recursos del modo más racional, se busca potenciar las posibilidades de actuación y el rendimiento de las aportaciones de aquellas. Aunque, en principio, nada impide que todos los que se integran en un proyecto de esta clase lo hagan en un plano de horizontalidad, lo más normal, a tenor de la experiencia, es que entre ellos rijan un cierto principio de jerarquía, encarnado en quien ejerce el papel directivo, generalmente determinado por el control de los recursos”⁴³⁵. Indistintamente del tipo de organización que presenten las organizaciones criminales, -horizontal o vertical-, existe un reparto de funciones entre quien dirige y los demás miembros.

En este sentido, otra Sentencia también hace mención a la importancia del reparto de roles dentro de una organización criminal afirmando: Para la apreciación de la organización criminal no basta cualquier estructura distributiva de funciones entre sus miembros, que podría encontrarse naturalmente en cualquier unión o agrupación de varias personas para la comisión de delitos, sino

⁴³⁴ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Criminalidad organizada*, op. cit. pág. 29. / Con mayor detalle respecto a los tipos de organización *Vid.* SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, *La criminalidad organizada*, op. cit., págs. 57-60.

⁴³⁵ STS 110/2012, 29 de febrero, (Roj: STS 1418/2012), Fundamento de Derecho (Cuarto).

que es preciso apreciar un reparto de responsabilidades y tareas con la suficiente consistencia y rigidez, incluso temporal, para superar las posibilidades delictivas y los consiguientes riesgos para los bienes jurídicos apreciables en los casos de codeincuencia o, incluso, de grupos criminales⁴³⁶.

En un ambiente de carácter estable o indefinido en el que se desarrolla la organización criminal y sumado a éste el reparto de roles y división de trabajo, nace o surge como consecuencia la figura de la “jefatura” que sólo está prevista para las organizaciones criminales⁴³⁷. Es decir, en los casos de actuación grupal transitoria -difícilmente- constituiría una organización, sin que la figura típica de la “jefatura” se pueda predicar en el caso del grupo, sino solamente en el de organización criminal⁴³⁸. En este caso la jurisprudencia nos da una nueva pauta para identificar la figura del “jefe” o la “jefatura”, como propia del delito de organización criminal, siendo un fruto natural de las relaciones internas y división de trabajo entre sus integrantes.

3) Toma de postura

Ciertamente al momento de identificar el grupo criminal y de poder diferenciarlo de la organización criminal, hemos de establecer cuáles son los elementos que por exclusión posibilitan la calificación de grupo criminal y que le

⁴³⁶ STS 576/2014, de 18 de julio, (ROJ: 3131/2014), Fundamento de Derecho (Quinto).

⁴³⁷ Manifestándose de la siguiente manera el Tribunal Supremo: Al desaparecer de la definición de organización criminal las notas de transitoriedad y ocasionalidad y haber sido sustituidas por el dato del “carácter estable o indefinido” de la agrupación, es obvio que el concepto jurisprudencial anterior de lo que debía entenderse por organización criminal no nos es útil ahora, ya que si concurren esas notas, podrá constituir un “grupo criminal”, pero no una organización criminal. Como quiera que la cualificación pretendida del recurrente (jefatura) sólo está prevista para organizaciones criminales, y la hipótesis relatada en el *factum* no reúne las características de éstas, la cualificación no será en ningún caso aplicable, en tanto los hechos probados no parecen tener cabida en el art. 369 bis del Código penal, que a su vez no sería aplicable por señalar mayor pena (irretroactividad de ley desfavorable, art. 9.3 de la CE). *Vid.* STS 239/2012, de 23 de marzo, Ref. Iustel: § 347767, Fundamento de Derecho (Octavo). / Sobre la figura de la jefatura se manifiesta también la STS 2078/2011, de 17 de noviembre, (Roj: STS 8461/2011) Fundamento de Derecho (Quinto, núm 3).

⁴³⁸ STS 187/2013, de 11 de febrero, Ref. Iustel: § 356856, Fundamento de Derecho (Tercero).

dan una forma propia, frente a la organización criminal. Para esto, tenemos que tener en cuenta los cuatro elementos de los que se compone la organización criminal: 1) pluralidad de personas, 2) carácter estable o indefinido, 3) reparto de roles, y 4) finalidad delictiva.

Por su parte, el Tribunal recordaba que el legislador, con la reforma, pretendía aportar instrumentos útiles estableciendo matices tanto de la organización criminal como del grupo criminal: 1) Para la lucha contra la delincuencia organizada transnacional, caracterizada por su profesionalización, tecnificación e integración en estructuras legales ya sean económicas, sociales e institucionales, para lo cual se diseña como figura específica la Organización criminal, del art. 570 bis. 2) Para la pequeña criminalidad organizada de ámbito territorial más limitado y cuyo objetivo es la realización de actividades delictivas de menor entidad, para lo cual se diseña como figura específica el grupo criminal, del art. 570 *ter*⁴³⁹.

Desde otra perspectiva, también la jurisprudencia ha considerado: La organización criminal se caracterizaría por la agrupación de más de dos personas, la finalidad de cometer delitos, el carácter estable o por tiempo indefinido y el reparto de tareas de manera concertada y coordinada, con aquella finalidad. El grupo criminal requiere igualmente la unión de más de dos personas y la finalidad de cometer concertadamente delitos. La ley permitiría configurar el grupo criminal con esas dos notas, pues la definición legal contempla la posibilidad de que no concurren alguna o algunas de las que caracterizan la organización, que, además de las coincidentes, esto es, la unión o agrupación de más de dos personas y la finalidad de cometer de forma concertada delitos o reiteradamente faltas, son solamente dos: la estabilidad y el reparto de tareas⁴⁴⁰.

⁴³⁹ SAN 14/2016, de 20 de abril, (Roj: SAN 1394/2016), Fundamento de Derecho (Décimo). / en consonancia también STS 855/2013, de 11 de noviembre, (Roj: STS 5580/2013) Fundamento de Derecho (Vigésimo Tercero). / así también STS 950/2013, de 5 de diciembre, (Roj: STS 6211/2013), Fundamento de Derecho (Sexto).

⁴⁴⁰ Claramente lo establecen las Sentencias; STS 309/2013, de 1 de abril, (Roj: STS 1840/2013), Fundamento de Derecho (segundo). / STS 855/2013, de 11 de noviembre, (Roj:

Pues bien, los mencionados criterios de diferenciación giran en función de disposiciones internacionales tales como Naciones Unidas y la propia Unión Europea.

Ahora bien, el grupo criminal comparte dos características la 1ª y la 4ª de las cuatro antes mencionadas, y puede mantener ausente el 2º o 3º requisito, o los dos a la vez. En este sentido, si seguimos de manera estricta la orientación del art. 570 *ter*, podremos establecer que, al fusionar la 1ª y 4ª característica, obtendremos el siguiente resultado: “la unión de una pluralidad de personas, que tienen por finalidad o por objeto la perpetración concertada y reiterada de delitos”. Aspecto que nos plantea nuevas dudas, porque dichos elementos nos aproximaría a la codelincuencia o también a la conspiración. Pero que mas adelante daremos respuesta en función de la diferencias entre los mismos.

En consecuencia, los grupos criminales en cierta medida se encontrarían en una especie de limbo aplicativo, es decir, entre concertaciones que no son ocasionales y que a su vez, tampoco son duraderas o indefinidas. Creemos que esta dificultad aplicativa gira en torno a un concepto ciertamente flexible del delito de grupo criminal, porque no olvidemos que puede prescindir de “alguna o algunas” características de la organización criminal.

Por último, la justificación en torno a la implementación del tipo de grupo criminal podría considerarse plausible, en el sentido de que respondería a fenómenos análogos a veces muy extendidos en la sociedad, porque aunque no reúnen una estructura y no tienen vocación de permanencia sí aportan un plus de peligrosidad⁴⁴¹, lo que básicamente sería posible gracias a su idoneidad delictiva

STS 5580/2013), Fundamento de Derecho (Vigésimo Sexto). / 950/2013, de 5 de diciembre, (Roj: STS 6211/2013), Fundamento de Derecho (Séptimo). / STS 1035/2013, de 9 de enero, (Roj: STS 220/2014), Fundamento de Derecho (Tercero, numeral 4). / STS 371/2014, de 7 de mayo, (Roj: STS 1622/2014), Fundamento de Derecho (Segundo). / STS 426/2014, de 28 de mayo, (Roj: STS 2244/2014), Fundamento de Derecho (Segundo).

⁴⁴¹ BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, *Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, Exposición de Motivos XXVIII.

para cometer delitos y a que sobrepasan la barrera de los delitos comunes. No obstante, pese a la razonada justificación, la realidad es que ambas figuras deben convivir con la previsión de delitos cualificados y específicos en determinadas áreas delictivas.

C) Delimitación del grupo criminal y la codelincuencia

Al encontrarse el grupo criminal en un punto intermedio entre la organización criminal y la codelincuencia, consideramos necesario delimitarlo de los supuestos de mera codelincuencia. En este sentido la Sentencia 309/2013 indica: Es necesario, entonces, distinguir el grupo criminal de los supuestos de mera codelincuencia, la cual se apreciaría, en primer lugar, en aquellos casos en los que la unión o agrupación fuera solo de dos personas. Cuando el número de integrantes sea mayor, no siempre será posible apreciar la presencia de un grupo criminal⁴⁴².

La jurisprudencia ya había advertido antes de la Reforma penal de 2010 la diferencia entre lo que denominaba grupo organizado y la mera codelincuencia: La jurisprudencia se ha ocupado de distinguir el concepto de grupo organizado de la mera codelincuencia, supuesto este último que aparece a menudo en operaciones aisladas que presentando una mínima complejidad, precisan, sin embargo, de la contribución o actividad de varias personas coordinadas al mismo fin. La mera codelincuencia se supera cuando se aprecia, además de la pluralidad de personas, la existencia de una estructura jerárquica, más o menos formalizada, más o menos rígida, con una cierta estabilidad, que se manifiesta en la capacidad de dirección a distancia de las operaciones delictivas por quienes asumen la jefatura, sin excluir su intervención personal, y en el hecho de que la ejecución de la operación puede subsistir y ser independiente de la actuación individual de cada uno de los partícipes, y se puede comprobar un inicial reparto coordinado de

⁴⁴² STS 309/2013, de 1 de abril, (Roj: STS 1840/2013), Fundamento de Derecho (Segundo).

cometidos o papeles y el empleo de medios idóneos que superan los habituales en supuestos de delitos semejantes⁴⁴³. Una Sentencia reciente estima que, en la legislación española, la distinción entre el grupo y la codelincuencia es clara: el grupo más o menos vertebrado tiene por finalidad la comisión de delitos y por tanto una cierta estabilidad, y la codelincuencia tiene por fin la comisión de un delito, al tiempo que indica que se traspasa el concepto de codelincuencia para integrar el grupo, cuando existen unas vinculaciones entre las personas que participan en los delitos enjuiciados que van mucho más lejos de lo ocasional, esporádico o episódico⁴⁴⁴.

Otro punto a tener en cuenta y que consideramos muy importante para diferenciar el grupo criminal de la codelincuencia es que un grupo “criminal” no está formado fortuitamente para la comisión inmediata de un -solo- delito. Así lo indica la STS 576/2014: Tanto la organización como el grupo están predeterminados a la comisión de una pluralidad hechos delictivos. Por ello cuando se forme una agrupación de personas, para la comisión de un delito específico, nos encontramos ante un supuesto de codelincuencia, en el que no procede aplicar las figuras de grupo ni de organización⁴⁴⁵.

Por otro lado, la coautoría no es sinónimo de codelincuencia, a pesar de que a veces se confunden ambos elementos: el primero alude a la presencia de dos o más autores en la realización de un delito; el segundo, a la intervención de dos o más intervinientes, sean o no autores. El término codelincuencia es, pues, más amplio que el de coautoría: en consecuencia todo supuesto de coautoría es un caso de codelincuencia, aunque la codelincuencia no tiene que ser necesariamente coautoría⁴⁴⁶.

⁴⁴³ STS 356/2009, de 7 de abril, (Roj: STS 2074/2009), Fundamento de Derecho (Décimo Noveno, núm. 2)

⁴⁴⁴ STS 378/2016, de 3 de mayo, (Roj: STS 1912/2016), Fundamento de Derecho (Segundo).

⁴⁴⁵ STS 576/2014, de 28 de julio, (Roj: STS 3131/2014), Fundamento de Derecho (Noveno).

⁴⁴⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, tomo II, Tecnos, Madrid, 2016, pág. 265.

En este contexto, también debe abordarse la distinción entre el grupo criminal y la mera coautoría para la solución de un delito concreto. En efecto, el concepto de grupo criminal no puede ser equiparado al de simple coautoría, esto es, a la mera participación en el hecho de una pluralidad de personas⁴⁴⁷.

Respecto de la definición de grupos criminales, GARCÍA RIVAS alude a la concertación, afirmando que en el seno de las mismas no existe una división de funciones entre planificadores y ejecutores, de forma que todos los integrantes lo son indistintamente⁴⁴⁸, dando a entender que el grupo criminal carece de una mínima organización. Postura de la cual discrepa, y con razón, FERNÁNDEZ DE PAIZ⁴⁴⁹, al manifestar que es evidente que existe un elemento aglutinador del grupo criminal, ya que si no fuera así estaríamos frente a un ejemplo claro de coautoría. Por tanto, existe una carencia de conexión, que tiene que ser suplida por una mínima estructura entre sus integrantes y tipificada en esta misma línea, si se pretende configurar el grupo criminal como un delito autónomo, diferente de una forma de participación⁴⁵⁰. Entonces, para diferenciar el grupo criminal de la codelincuencia, debemos partir de un elemento “aglutinador” que produce una mínima estructura organizativa, con idoneidad delictiva.

En cuanto al concurso de personas o codelincuencia del que también debe distinguirse el grupo criminal, la doctrina italiana subraya que, mientras que en el primero existe un simple acuerdo, la segunda se distingue por la nota de la

⁴⁴⁷ CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *La organización criminal. Tratamiento*, op. cit., pág. 8.

⁴⁴⁸ GARCÍA RIVAS, Nicolás, «organizaciones y grupos», op. cit., pág. 511.

⁴⁴⁹ En cualquier momento se pueden poner de acuerdo para cometer una serie de robos en casas durante toda una noche, y no podemos contemplar el delito de grupo criminal por un lado, y por otro el robo con fuerza en casa habita de carácter continuado. Existiendo de este modo una carencia de conexión entre los integrantes del grupo criminal, que debe ser suplida a través de una mínima estructura entre los integrantes. Cfr. FERNÁNDEZ DE PAIZ, Rafael, «Los grupos criminales», op. cit., pág. 2.

⁴⁵⁰ FERNÁNDEZ DE PAIZ, Rafael, «Los grupos criminales», op. cit., pág. 2.

organización orientada a la comisión de más delitos⁴⁵¹. Por su parte, la Fiscalía General de España establece criterios que permiten diferenciar la existencia de una organización o grupo criminal frente a los supuestos de codeincuencia o ejecución del delito o delitos por una pluralidad de personas, teniendo establecido los siguientes⁴⁵²:

- El acuerdo de voluntades dirigido a la programación de un proyecto o plan delictivo, con anticipación temporal a la ejecución de los concretos delitos programados, y dotados de una cierta continuidad temporalidad, que supera la simple ocasional consorciabilidad para el delito.
- La trascendencia del acuerdo de voluntades, más allá del concreto hecho ilícito o los ilícitos que se cometan,
- La distribución de cometidos o tareas a desarrollar.
- La existencia de una mínima estructura criminal presidida por la idea de coordinación adecuada a la creatividad criminal programada,
- Y el empleo o acopio de medios idóneos a los planes de la organización o grupo criminal.

No debe confundirnos, ante la aparente simplicidad con la que está configurado el “grupo criminal”, y considerar que es asimilable a la coautoría. En los supuestos en que un delito sea cometido por de dos personas, que no constituyan una unión estable o carezcan de una coordinación en su acción o no tengan un reparto de tareas, el hecho habrá de ser castigado conforme al delito cometido, a través de la coautoría o de las otras formas de participación delictiva⁴⁵³. Del mismo modo, aunque ese delito no llegue a perpetrarse y no lleguen a realizarse los actos típicos, debemos resolver su punición a través de las figuras de la conspiración y la proposición.

⁴⁵¹ CUENCA GARCÍA, M^a José, «La criminalidad organizada tras la Reforma del Código español: una visión desde el Derecho italiano», en *Diario La Ley*, n^o 93, sección Legislación aplicada a la práctica, Mayo 2012, pág. 19.

⁴⁵² Circular de la Fiscalía General del Estado n^o 2/2011, de 2 de junio, pág. 25.

⁴⁵³ http://www.elderecho.com/penal/tipificacion-organizacion-criminal-Problemas-concursales_11_283555005.html

En suma, como se ha visto, para poder diferenciar el grupo criminal de la mera codelincuencia, en base a los anteriores argumentos aducidos, tendríamos que aproximar más el concepto de grupo criminal al de organización criminal, en el aspecto “organizativo” y en el de una cierta continuidad de temporalidad del grupo, para de esta manera alejarlo a su vez de la mera codelincuencia, ya que si no fuera así, sería muy complicado separar ambos delitos debido a su cierta proximidad.

D) Diferencia entre grupo criminal y conspiración

En principio, la conspiración supone un proceso en el que varios sujetos se encuentran y del intercambio de ideas y propósitos nace -entre ellos- una decisión firme y precisa de ejecutar el delito, es decir, de hacer algo juntos que de otra manera no lo harían por separado⁴⁵⁴. En este caso la meta, el delito, es decisión de todos los conspiradores, sin que pueda hablarse de corrupción, en el sentido de que alguno determine a otro, o todos se determinen entre sí, a realizar algo contrario a su personalidad. No se trata de una inducción mutua, por el contrario, pues la comisión del delito no es sino producto de las diferentes personalidades consideradas autónomamente⁴⁵⁵.

⁴⁵⁴ CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *La conspiración para cometer el delito: interpretación del art. 4, I, CP (los actos preparatorios de las participación)*, Barcelona, Bosch, 1978, pág. 14.

⁴⁵⁵ CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *La conspiración para cometer el delito*, op. cit., pág. 16. / sobre la conspiración se manifiesta el Tribunal Supremo, entendiéndose que la exteriorización de una ideación criminal tendentes a su consumación delictiva implica un acto de conspiración: «En el supuesto del hecho probado la concreción del hecho delictivo es clara, la realización de un atentado terrorista en una zona de Madrid. Los acusados asumen la acción, saben que la acción que se les solicita contribuye eficazmente a la realización del hecho dispuesto por la banda -un atentado con coche bomba- y los acusados exteriorizan su voluntad de realizar el hecho desde el momento en el que alquilan el coche, se desplazan a Madrid, buscan la localización del lugar de colocación del coche bomba, con el evidente propósito de participar en el hecho diseñado por la banda armada». Cfr. STS 304/2011, de 19 de abril, Fundamento de Derecho (Único) / STS 676/2012, de 26 de julio, Fundamento de Derecho (Trigésimo-Quinto). Dicha Sentencia a su vez hace referencia a otras sentencias que contienen similar orientación como son: STS 543/2003, de 20 de mayo, (Roj: STS 3417/2003), Fundamento de Derecho (Quinto) / STS 596/1998, de 5 de mayo, (Roj: STS 2855/1998), Fundamento de Derecho (Sexto).

Desde un punto de vista positivo, arribamos a un acercamiento respecto a las similitudes entre grupo criminal y conspiración, nos referimos propiamente al sujeto activo plural, integrado por al menos dos personas. Tal como es configurada la conspiración, no existe conspiración individual (de una sola persona), sino conspiración plural, los sujetos que conspiran han de acordar resolver colectivamente la ejecución de un delito: se precisa el acuerdo plural o colectivo, de manera que la resolución criminal es conjunta, fruto de una deliberación por parte de todos los conspiradores⁴⁵⁶. Similitud que sólo existe en parte, porque como veremos guardan más diferencias que semejanzas.

Por otro lado, desde un punto de vista negativo, el grupo criminal debe distinguirse de la conspiración -que tradicionalmente era diferenciada de la asociación ilícita-⁴⁵⁷. Así lo considera la STS 234/2001, de 3 de mayo, puntualizando que es preciso distinguir el delito de asociación ilícita de la propia conspiración para delinquir, “radicando la diferencia precisamente en la inestabilidad de su existencia y concreción del delito a realizar cuando se trata de éstas y las notas de estabilidad y permanencia del acuerdo o unión asociativa, además de una cierta inconcreción sobre las infracciones criminales a ejecutar en el caso del tipo de la asociación ilícita propiamente dicha, de forma que no se puede sostener como lo hacen los recurrentes, que hay conspiración y asociación simultáneamente”⁴⁵⁸.

⁴⁵⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal...*, op. cit. pág. 214. / Lo que se trata de impedir con la punición de la conspiración es el peligro que supone que varias personas se crean colocadas por encima del Ordenamiento jurídico, es decir, piensen que éste no les puede alcanzar con sus sistemas de sanciones, ya que el sólido grupo que forman es más “fuerte” que aquél. Cfr. CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *La conspiración para cometer el delito*, op. cit., pág. 17.

⁴⁵⁷ CUENCA GARCÍA, M^a José, «La criminalidad organizada tras la Reforma», op. cit., pág. 18.

⁴⁵⁸ Sentencia citada por SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, *Criminalidad organizada*, op. cit., pág. 120. / En el mismo sentido STS 421/2003, de 10 de abril, Fundamento de Derecho (Sexto).

La conspiración puede estar más o menos organizada pero no es una organización: sirve a los delitos concertados y llega a perder todo sentido con la ejecución de los mismos, es decir, no les sobrevive en cuanto a genuina organización, muere con ellos⁴⁵⁹. En cambio, el grupo criminal es considerado un delito autónomo respecto de los hechos ilícitos que eventualmente se cometan que deben castigarse separadamente dando lugar a un concurso real de delitos o a la aplicación del subtipo agravado correspondiente⁴⁶⁰. Así en la conspiración, los que conciertan para cometer un delito resuelven ejecutarlo ellos mismos, ya sea a título de autores o interviniendo como partícipes, mientras que en el tipo penal de -grupo criminal- requiere un acuerdo de voluntades sanciona a todos sus integrantes, con independencia de los sujetos que en concreto tomen parte directa en la ejecución de los delitos que constituyen su objeto⁴⁶¹.

Un criterio válido para la diferenciación es el objeto de tutela: en el delito de conspiración se pretende adelantar las barreras de protección penal, reforzando la tutela dispensada a los bienes jurídicos que, a su vez, salvaguardan las correlativas figuras del delito contemplado en el plan de los conspiradores, y en consecuencia, la conspiración carece, pues, de un objeto de tutela propio,

⁴⁵⁹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., pág. 237. / CUENCA GARCÍA, M^a José, «La criminalidad organizada tras la Reforma», op. cit., pág. 19. / sobre este particular GARCÍA-PABLOS, plantea entre otros, el siguiente supuesto: «Dos o más personas se conciertan para ejecutar un delito y resuelven ejecutarlo: responden exclusivamente como conspiradores. La común resolución criminal, referida a uno o varios delitos, como consecuencia de un concierto previo, es lo que caracteriza a la conspiración y justifica el trato igualitario de todos los que intervienen en la misma. Todo ello con independencia del número de componentes, del grado de organización de que disfruten o del número de delitos cuya ejecución acordaron». GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, «La problemática concursal en los delitos de asociaciones ilícitas», *ADPCP*, Madrid, 1976, pág. 114.

⁴⁶⁰ Circular de la Fiscalía General del Estado, n° 2/2011, de 2 de junio, pág. 13. / En tal caso GARCÍA-PABLOS, plantea el siguiente supuesto: los delitos concertados se ejecutan, pero no se disuelven los vínculos orgánicos que unan a los conspiradores, de modo que la primitiva organización trasciende a sus fines ya consumados aparece una asociación. Los -antes-conspiradores responderán ahora según su grado jerárquico en la misma, como meros individuos, o como directores, presidentes, etc. En tal caso, cabría apreciar el concurso de delitos (el delito o delitos ejecutados en concurso con el posterior de asociación ilícita). *Vid.* GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *La problemática concursal*, op. cit. pág. 114.

⁴⁶¹ Circular de la Fiscalía General del Estado n° 2/2011, de 2 de junio, pág. 13. / en el mismo sentido pero refiriéndose a la diferencia entre asociación ilícita y conspiración *Vid.* GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., pág. 224.

autónomo y específico⁴⁶²; por otro lado, dicha situación no acontece con el grupo criminal, cuyo bien jurídico tutelado en este caso sería la seguridad pública, conclusión a la que se llega en razón sistemática de su ubicación en el Código penal, y como indicamos en los apartados precedentes, tanto el grupo criminal como la organización criminal son de naturaleza intrínsecamente delictiva, de modo que sus tipos legales incriminadores protegen la paz y seguridad pública.

Otro aspecto diferenciador se encuentra en la comisión de más de un delito por parte del grupo criminal, indicándonos que tiene la idoneidad delictiva, denotando cierto grado de organización, situación que no se plasma en la conspiración⁴⁶³, la cual dirige su proyecto criminal a la finalidad de comisión de un delito concreto y específico⁴⁶⁴. El comportamiento típico en el caso del -grupo criminal- apunta al hecho de la relativa organización, ya que la naturaleza delictiva determina que constituyen el objeto social y no los propósitos individuales de los socios⁴⁶⁵. Por último, consideramos importante puntualizar que la conspiración sólo se aplica en casos previstos expresamente por la ley penal, excluyendo de su aplicación claramente a los grupos criminales⁴⁶⁶.

Está claro que el concepto central es el de asociación, en lo que se refiere a su delimitación frente al de conspiración. En este sentido, debe utilizarse un concepto funcional de asociación en el sentido de «organización»; es decir, otros elementos como el número de integrantes, la cuantificación de la permanencia en

⁴⁶² GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *La problemática concursal*, op. cit. pág. 113.

⁴⁶³ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., pág. 238.

⁴⁶⁴ SUÁREZ LÓPEZ, José María, «Aspectos dogmáticos y político criminales», op. cit., pág. 110.

⁴⁶⁵ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., pág. 239.

⁴⁶⁶ Los casos son los siguientes: delitos de homicidio, asesinato lesiones, detención ilegal y secuestro, trata de seres humanos, robo, extorción, estafa, apropiación indebida, blanqueo de capitales, tráfico de drogas, rebelión, delitos contra la corona, asociación ilícita, sedición, atentado, terrorismo, traición, y contra la comunidad internacional. *Vid.* ESCRIBANA CHUMILLA, F. Javier, «Formas de aparición del delito», en *“Todo Penal”*, *Diario La Ley*, Madrid, marzo 2011, págs.1-2.

el tiempo, etc., son secundarios frente a la exigencia de que se trate de una estructura organizada en la que quepa distinguir distintas funciones⁴⁶⁷.

Así mismo, estos delitos -de grupo criminal- presentan características que también destaca frente a otros sectores actuales de expansión juidico-penal, nos referimos al elemento colectivo y también a la naturaleza delictiva o cualidad delictiva. En las asociaciones penalmente ilícitas -como es el caso del grupo criminal-, la referencia a una organización, dichas organizaciones o grupos criminales está potencialmente en condiciones de generar sensaciones sociales de amenaza especialmente intensas. Ello es debido al elemento cuantitativo, es decir, el factor colectivo y de las contribuciones o aportaciones de cada uno de sus miembros⁴⁶⁸, todo lo cual se traduce en la cualidad delictiva. En suma, la idoneidad delictiva del grupo criminal, en razón de una determinada organización, marcaría la diferencia con la conspiración, además de la autonomía del grupo criminal. Además la conspiración se produce antes de la consumación del delito, ya que, si se consuma dicho delito proyectado, la conspiración perdería todo sentido, y en cambio el grupo criminal subsiste a la conspiración, porque está orientado no sólo a un delito sino a varios delitos.

E) Toma de postura

Como se ha podido advertir, la incorporación del nuevo tipo delictivo de grupo criminal ha traído consigo problemas interpretativos, tanto con la organización criminal como con otros supuestos delictivos, tales como la conspiración y la codeincuencia. Sobre la diferencia del grupo criminal con la organización criminal ya nos manifestamos, puntualizando sus diferencias, por lo que quedan por delimitar las diferencias con la codeincuencia y la conspiración.

⁴⁶⁷ CANCIO MELIÁ, Manuel, en RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (Dir.), *Comentarios*, op. cit., pág. 1285.

⁴⁶⁸ CANCIO MELIÁ, Manuel, «El injusto de los delitos de organización peligro y significado», en CANCIO MELIÁ, Manuel / Pozuelo Pérez, Laura (coords.), *Política criminal en vanguardia, inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Thomson-Cívitas, Cizur Menor, Navarra, 2008, pág. 395.

La delgada línea que diferenciaría la codelinuencia del grupo criminal, de acuerdo a la jurisprudencia, se supera cuando se aprecia, además de la pluralidad de las personas, la existencia de cierto grado de estructura mas o menos rigida y también con cierta estabilidad. Por tanto, un grupo más o menos vertebrado, con la finalidad de comisión de varios delitos, y con cierta estabilidad, es un grupo criminal. En cambio, si bien en la codelinuencia existe pluralidad de personas, éstas tienen por finalidad la comisión de un solo delito.

Por otro lado, al ser considerada la conspiración como un acto preparatorio punible, donde intervienen varias personas que resuelven cometer un delito, tales características en apariencia coinciden con las del grupo criminal, porque además en ambos casos se produciría un adelantamiento de la punibilidad. La diferencia estribaría, entonces, en que en el caso de la conspiración, ésta perdería todo sentido si se llega a consumir el delito proyectado, debido a que la misma constituye un acto preparatorio y su fundamento se encuentra en la resolución manifiesta de los miembros para la comisión del delito. Y además la idoneidad delictiva del grupo criminal le permite la comisión de varios delitos, yendo de esta manera más allá de lo que se propone en la conspiración.

IV.- La no exigencia del lucro económico como factor motivante de la organización criminal

Las organizaciones criminales parecen adoptar como punto de referencia los modelos y estructuras del mundo de la industria y los negocios: la racionalización de los medios y materiales, la vocación de permanencia para la obtención de un fin de naturaleza predominantemente económica, la expansión de la actividad en otras áreas geográficas, así como la interrelación con otras organizaciones, y la tendencias a reinvertir una parte de los beneficios⁴⁶⁹. En la

⁴⁶⁹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, « Redes internacionales y criminalidad: a propósito del modelo de «participación en organización criminal», en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura / MÉNDEZ

conceptualización de la organización criminal y la asociación ilícita, llama la atención que no se haga mención a la finalidad de lucro económico que se podría considerar el fin último de la organización criminal, y que además marcaría una clara diferencia entre ambos tipos delictivos.

En el caso de la organización criminal el acceso al poder en definitiva es una salvaguarda de su estatus. Este se cristaliza en el carácter inmovilista de la criminalidad organizada, mayoritariamente de corte conservador y talante reaccionario ante los cambios, especialmente si éstos pueden privarle de su situación privilegiada en los estratos de poder⁴⁷⁰. Las actividades delictivas desarrolladas por las organizaciones criminales, están llenas de un contenido más allá del delictivo, puesto que uno de los fines últimos es el lucro económico⁴⁷¹.

Así lo manifiesta Naciones Unidas al momento de conceptualizar la organización criminal, definiendo de la siguiente manera “Por grupo delictivo organizado, se entenderá un grupo estructurado de 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 de orden material”⁴⁷², de igual manera también se manifiesta la Unión europea en la Decisión Marco 2008/841 JAI⁴⁷³.

RODRÍGUEZ, Cristina / DIEGO DÍAZ-SANTOS, M^a Rosario, *El Derecho penal ante la globalización*, Colex, Madrid, 2002, pág. 54.

⁴⁷⁰ SANSÓ-RUBERT PASCUAL, Daniel, «Criminalidad organizada transnacional en Asia-Pacífico: repercusiones para la seguridad regional e internacional», en *UNISCI Discussion Papers*, n^o 26, mayo 2011, págs. 161-162.

⁴⁷¹ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, *La criminalidad organizada*, op. cit., págs. 46-57. / CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *La organización criminal. Tratamiento penal y procesal*, Dykinson, Madrid, 2000, pág. 1.

⁴⁷² CONVENCION DE NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, 15 de noviembre de 2000, mediante Resolución A/RES/55/25, art. 2.

⁴⁷³ Conceptualizando: «1) “organización delictiva”: una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto periodo de tiempo y que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena 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». Vid.

De esta manera, en los textos internacionales se exige que la finalidad última de los delitos proyectados sea conseguir un provecho económico o material, requisito del que también se ha prescindido en la regulación del Código⁴⁷⁴, ya que la sistemática incriminadora del mismo en este contexto se orienta por fines de carácter económicos y no políticos⁴⁷⁵. De este modo, el delito de organización criminal busca su acomodo natural entre los delitos contra el Estado, amenazando en último término intereses de rango estatal como la libre competencia en el mercado y el buen funcionamiento del sistema democrático de Derecho⁴⁷⁶. Entonces podemos deducir que la organización criminal utiliza o se vale de su carácter -intrínsecamente- delictivo, para alcanzar tal fin, y esto es posible gracias a sus características cuantitativas y cualitativas que la identifican como una verdadera empresa criminal.

Por lo tanto, son los fines y los daños los que fundamentalmente los diferencian, a pesar de compartir características comunes. En el caso del crimen organizado, sus fines son el beneficio económico que se obtiene de actos ilícitos o de negocios legales de origen ilícito y los daños, aunque pueden ser personales o físicos, son principalmente materiales y económicos⁴⁷⁷.

DECISIÓN MARCO DEL CONSEJO, *Relativa a la lucha contra la delincuencia organizada 2008/841/JAI*, Diario Oficial de la Unión Europea, 2008, art. 1).

⁴⁷⁴ GONZÁLEZ RUS, Juan José, «La criminalidad organizada en el Código penal español», *op. cit.*, pág. 19.

⁴⁷⁵ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M^a. Isabel, «Función político-criminal del delito de asociación para delinquir: desde el Derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado», en NIETO MARTÍN, Adán (coord.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam*, vol. II, Ediciones Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2001, pág. 661.

⁴⁷⁶ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M^a. Isabel, «Función político-criminal del delito de asociación», *op. cit.*, pág. 664.

⁴⁷⁷ ANGUITA OLMEDO, Concepción, «La delincuencia organizada: un asunto interior de la unión europea. Concepto, características e instrumentos para su neutralización», en *RERI*, n^o 2, 2010, pág. 156 (www.reri-anudi.es).

CAPÍTULO IV

CONDUCTA TÍPICA DE LA ORGANIZACIÓN CRIMINAL Y CRITERIOS DE IMPUTACIÓN OBJETIVA

I.- Configuración legal de la organización criminal (art. 570 bis CP)

Antes de la Reforma penal de 2010 era habitual en la doctrina estudiar las conductas de los fundadores, directores y miembros como formas de intervención en los delitos de asociación ilícita. Sin embargo, podríamos examinarlas desde el punto de vista de la conducta típica que desarrollan, puesto que los términos que utiliza el Código penal no serían más que la expresión abreviada de los distintos comportamientos típicos, que se sustentan. Dichas conductas actuales típicas consisten concretamente en promover, constituir organizar, coordinar o dirigir una organización criminal, así como en participar activamente, formar parte de ella o cooperar con ella⁴⁷⁸.

Con posterioridad a la Reforma penal de 2010 se tiene como resultado el surgimiento de nuevos tipos delictivos que buscan responder de mejor manera a la delincuencia organizada, reconociendo ya de por sí que el delito de asociación ilícita no podía combatir como era debido dicho fenómeno delictivo, en razón de la poca aplicación del tipo penal. En suma, se configuran los tipos legales de delitos autónomos de “organización criminal” y de “grupo criminal”. Centramos

⁴⁷⁸ FARALDO CABANA, Patricia, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 244.

nuestra atención en el delito de organización criminal, que incrimina el art. 570 *bis* en los siguientes términos:

“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 tuviere por finalidad u objeto la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de tres a seis años en los demás casos; y quienes participaren 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 (...)”.

En la presente descripción legal se puede apreciar que se hace una separación, en cierta medida jerárquica, entre quienes componen o forman parte de la cúpula organizativa y los que son miembros o cooperadores de la organización. En el primer caso se aplican penas más elevadas a los que componen el primer grupo -que ocupan puestos importantes dentro de la organización-, y en el otro grupo se aplican penas relativamente menos estrictas en razón a la posición de sus autores -que ocupan posiciones o funciones menos importantes-.

La aludida distinción punitiva en función de la gravedad de actos delictivos cometidos se ha estimado adecuada, señalándose que dicha distinción no aparecía en la figura de asociación ilícita⁴⁷⁹. Cabe adelantar que en dicha separación se hace inclusión del acto de “promover”, respecto de la que de antemano manifestamos que, en nuestra modesta opinión, no debería compararse ni sancionarse como se hace con los demás miembros activos de la organización.

Por otro lado, conforme las reglas generales de la teoría jurídica del delito, la conducta típica de la organización criminal se ubicaría en una fase preparatoria

⁴⁷⁹ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, «De las organizaciones y grupos criminales», en GÓMEZ TOMILLO, Manuel, (Dir.), *Comentarios al Código penal*, 2ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2011, pág. 1927.

del tipo, habiéndose tipificado comportamientos que no constituyen aún la ejecución de un delito en concreto, aunque están destinados a prepararla -o se generan con ese fin-. De esta forma, en la actividad de la organización criminal se ubicarían tanto las resoluciones de manifestaciones destinadas a la estructura y sus papeles dentro de la organización y de la ejecución de un futuro delito como las aportaciones de carácter material para el sostenimiento de la propia organización o del futuro delito⁴⁸⁰. Todo este universo de acciones y de distribución de funciones tiene como objetivo la comisión de delitos, apoyados todos en la estructura organizativa.

Por último, y ya entrando en el núcleo del tema, resulta necesario trazar los límites entre las diversas figuras, lo que pretendemos conseguir realizando un análisis detenido de las figuras de los promotores y fundadores entre sí, por una parte, así como también de los organizadores, coordinadores, por otra, además de los que dirigen la organización. Por otro lado, es preciso delimitar el comportamiento de los integrantes frente al realizado por los cooperadores, teniendo en cuenta que se castigaría la mera integración, sin necesidad de que se trate de un miembro activo de la organización criminal, particular sobre el que haremos hincapié más adelante.

II.- Modalidades alternativas de la conducta típica de la organización criminal

A) Promoción

Tras las consideraciones previas, pasamos a analizar las conductas típicas de los promotores o constituyentes, que serían quienes adopten decisiones o desempeñen responsabilidades de carácter fundacional o de creación y puesta en funcionamiento de la organización, y también quienes promocionan y promueven

⁴⁸⁰ GARCÍA DEL BLANCO, Victoria, «Criminalidad organizada: organizaciones y grupos criminales», en ORTIZ DE URBINA JIMENO, Íñigo, *Reforma penal*, Francis Lefebvre, 2010, pág. 560.

y quienes a dicho fin realizan labores de captación de los que van a integrar el núcleo operativo de la organización⁴⁸¹. Asimismo quienes realizan la función de reclutamiento y adoctrinamiento de sus miembros, es decir, todos aquellos que la promueven, entre ellos, los fundadores del ideario de la banda criminal y de sus líneas de actuación, los cuales suelen estar vinculados a su creación. Es además posible que, estando ya constituida la organización, surgieran nuevas líneas de actuación defendidas por algunos sujetos que implicasen cambios de objetivos o estrategias de actuación⁴⁸². Hasta aquí se hace presente un aglutinamiento de las conductas típicas referente a “promover, constituir, organizar y dirigir” de modo que esta situación sólo llevaría a confundir, puesto que lo que se tiene que hacer es estudiar las posibles diferencias, existentes entre estos verbos. Además de las relativas a otras modalidades de conducta citadas por el Código penal, como son las imputadas a los miembros activos y los cooperadores.

En el estudio de la conducta típica de la organización criminal, hemos de comenzar por analizar el verbo “promover”, el cual tiene un significado que no está abarcado por “fundar” -entendiendo este verbo como constituir-, sino que en particular se refiere más propiamente, como indica el Diccionario de la Lengua Española, “a gestionar asunto, realizar las diligencias conducentes para su logro”⁴⁸³. Ciertamente -como manifestamos anteriormente- en primera instancia daría a entender que abarca también la actividad de organización, coordinación y dirección. Si bien la distinción carece de relevancia práctica -para algunos-, al estar las conductas sancionadas con la misma pena. Cabe preguntarse si también abarca la función de reclutamiento y adoctrinamiento de los miembros, incluyendo la actividad realizada por los fundadores del ideario de la organización y sus ideólogos⁴⁸⁴.

⁴⁸¹ SERRANO GÓMEZ, Alfonso; SERRANO MAÍLLO, Alfonso y otros, *Curso de Derecho penal. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2012, pág. 800.

⁴⁸² GARCÍA DEL BLANCO, Victoria, «Criminalidad organizada: organizaciones», op. cit., pág. 561.

⁴⁸³ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, 22ª ed., tomo II, Editorial Espasa, Madrid, 2001, pág. 1844.

⁴⁸⁴ FARALDO CABANA, Patricia, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., págs. 267-268.

Llegados a este punto, hemos de indicar que el hecho de asociar o tomar como sinónimos los presupuestos de “promover, constituir, organizar y dirigir” nos llevaría sólo a confusión, si consideramos esos elementos como iguales, porque estaríamos mezclando situaciones temporales y entendiendo en primera instancia que existiría una diferencia entre las acciones descritas por el verbo “promover” y el verbo “fundar”, pero a su vez también equiparando “promover” con la “actividad posterior de organización, coordinación y dirección”, situación que a nuestro juicio confunde y merece ser aclarada.

Ahora bien, el primer párrafo del art. 570 bis.1 CP, que incrimina el tipo básico de la organización criminal, establece una distinción en la penalidad en función del concreto rol que desempeñe cada uno en el seno de la organización y también en función del delito⁴⁸⁵.

Aunque para algún autor la “promoción, constitución y organización” han de ser entendidas como sinónimos⁴⁸⁶, otro punto de vista -que consideramos más acertado- entiende que el verbo “promover” no presupone la existencia de la organización, sino que antes bien el promover la organización exige necesariamente un comportamiento realizado en un momento anterior a su constitución⁴⁸⁷, es decir, la modalidad de promover la organización (todavía no existente) supone una censurable anticipación de la anticipación punitiva, y por tal motivo se trataría de un doble adelantamiento, que en consecuencia se alejaría excesivamente del núcleo típico del resultado ulterior de delito-fin y que no debiera equipararse normativamente, aunque el legislador lo haga respecto de

⁴⁸⁵ POLAINO-ORTS, Miguel, *Curso de Derecho penal del enemigo. Delincuencia grave y exclusión social en el Estado de Derecho*, Digital@tres, Sevilla, 2013, pág. 108.

⁴⁸⁶ SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, José E., «Delitos contra el orden público (V). De las organizaciones y grupos criminales», en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (coord.), *Sistema de Derecho penal español. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2011, pág. 1196.

⁴⁸⁷ POLAINO-ORTS, Miguel, *Curso de Derecho penal del enemigo*, op. cit., pág. 109.

aquellas conductas en las que ya la organización ha sido creada y se halla activa en el mundo social⁴⁸⁸.

Por tanto, consideramos que la incorporación de la conducta típica de “promover” sería criticable, puesto que se encontraría en un momento anterior a la constitución o fundación, es decir, en la génesis existencial de la organización criminal, sin materialización alguna en la sociedad, por tanto carecería de todo significado el que este incorporado como una conducta típica.

B) Constitución

Una vez establecido, de acuerdo a los argumentos expuestos, que la conducta de “promover” no encuentra cabida dentro de la conducta típica de la organización criminal, al menos en la situación temporal en que se ubica el Código penal previa a la materialización de la organización criminal, en razón a su distanciamiento temporal de lo que realmente nos interesa en este punto, que es la “constitución de la organización”, cuyo resultado es la materialización de la conducta, pasamos a desarrollar precisamente este elemento. Como punto de partida es de señalar que el verbo “constituir” se emplea también en relación con el grupo criminal. Y de acuerdo al Diccionario de la Lengua Española, en su segunda acepción, constituir significa “establecer, erigir, fundar”⁴⁸⁹, esto es, se trata de un término que tiene equivalencia a “fundar”⁴⁹⁰.

A su vez, fundador es un término que se refiere a “establecer, crear”⁴⁹¹ algo -en nuestro caso, una organización-. También “se aplica al que funda algo”, es decir, crear un establecimiento o institución, tales como un hospital, una

⁴⁸⁸ POLAINO-ORTS, Miguel, «Organizaciones y grupos criminales», en POLAINO NAVARRETE, Miguel, (Dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial, adaptadas a la ley orgánica 5/2010 de Reforma del Código penal*, tomo II, Tecnos, Madrid, 2011, pág. 570.

⁴⁸⁹ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, 22ª ed., tomo I, Editorial Espasa, Madrid, 2001, pág. 632.

⁴⁹⁰ FARALDO CABANA, Patricia, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., pág. 268.

⁴⁹¹ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, 22ª ed., tomo I., op. cit., pág. 1099.

asociación o una empresa, lo que parece aludir a un procedimiento formal que es reconocido por el Estado y previsto en la ley para la constitución de ciertas entidades. No obstante, no sería adecuado adoptar un entendimiento tan restrictivo, que convertiría en atípica la misma conducta realizada en el marco de asociaciones inicialmente ilícitas, ya que significa también “establecer, crear”⁴⁹² pero desde una perspectiva de fenómeno criminal.

Puede afirmarse que la actividad que lleva a cabo el “fundador” tiene lugar necesariamente con anterioridad a la “constitución” una vez constituida la entidad ilegal. Es muy probable que después el fundador pueda seguir unido a la organización, pero la labor fundacional genuina es aquella que precede al establecimiento de la organización⁴⁹³.

Si bien el término “fundador” en primera instancia podría tener un carácter institucional -como se ha indicado en el epígrafe anterior- ahora no muestra particular relevancia en el sentido que perseguimos. Ya que aquí nos interesa valorar principalmente el carácter ilegal de la organización, pues -como indica CANCIO MELIÁ- debe tenerse en cuenta que la conducta de los “fundadores” deberá referirse a una asociación ilícita desde el momento de su fundación; en los supuestos de ilicitud sobrevenida, dejando de lado aquellas que después de constituirse lícitamente devienen en ilícitas⁴⁹⁴. Es por ello que debería darse una unificación entre el fundador y el miembro activo, lo que requeriría que el sujeto haya realizado alguna tarea dentro del colectivo que vaya mas alla de su mera afiliación⁴⁹⁵.

⁴⁹² FARALDO CABANA, Patricia, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., pág. 247.

⁴⁹³ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas en el Código penal*, Bosch, Barcelona, 1978, pág. 269.

⁴⁹⁴ CANCIO MELIÁ, Manuel, en RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (Dir.), *Comentarios al Código penal*, Civitas, Madrid, 1997, pág. 1293.

⁴⁹⁵ CANCIO MELIÁ, Manuel, en RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (Dir.), *Comentarios al Código penal*, Civitas, Madrid, 1997, pág. 1293.

Al margen del carácter institucional que pueda tener a los ojos del Estado, nos centraremos en el carácter intrínsecamente ilegal al momento de su constitución y lo que esa organización representa para la sociedad de ahí en adelante. En suma, la conducta de constituir relacionada con la de fundar es el momento cumbre o punto de partida en el que da inicio la creación real y efectiva de la organización criminal.

C) Organización y coordinación

Después del examen de los comportamientos de “promover y constituir”, se han de analizar las modalidades típicas de acción de “organizar, coordinar y dirigir” en una organización criminal, en la que se presupone que la organización ya se ha creado, es decir, que ya existe en el mundo y que se dispone a cometer los delitos con cuya finalidad se ha constituido: en este momento merece ser combatida, y además de manera anticipada, visto desde la óptica del delito-fin, esto es, antes de que la organización realice un mal mayor se sanciona a los cabecillas de los mismos por haber constituido, organizado, coordinado o dirigido la organización criminal⁴⁹⁶.

Entrado en el análisis de las mencionadas modalidades, en primer lugar se ha de señalar que son directores organizadores o coordinadores los que gobiernan o mandan en una asociación criminal, en referencia propiamente a aquellos que dan las reglas, órdenes y directrices que deben seguirse dentro de la organización. Éstos deberán poseer, en el marco de la organización, la responsabilidad efectiva y autónoma de abordar decisiones que orientan la actuación de los miembros de la misma es decir, tareas de mando⁴⁹⁷. Tendrían entonces una capacidad de mando y/o tomar decisiones dentro de la

⁴⁹⁶ POLAINO-ORTS, Miguel, «Organizaciones...», op. cit., pág. 570.

⁴⁹⁷ GARCÍA DEL BLANCO, Victoria, «Criminalidad organizada: organizaciones», op. cit., pág. 562.

organización. De acuerdo con la sentencia 187/2013, de 11 de febrero, queda claro que por lo menos organizar equivaldría a coordinar⁴⁹⁸.

Las asociaciones -en nuestro caso organizaciones- de hecho viven al margen del orden establecido y no tienen ni pretenden adquirir reconocimiento jurídico institucional. En consecuencia, se reputan ilícitas todas las organizaciones que persigan objetivos delictivos, o contrarios a la moral pública, subversivos, o discriminatorios, etc. Lo importante es que se trate de una organización, esto es, una estructura que se proyecta más allá de la realización de unos actos delictivos concretos, que sobrevive a la consumación de éstos⁴⁹⁹. De esta manera, el significado de “organizar” es “establecer o reformar algo para lograr un fin, coordinando las personas y los medios adecuados”⁵⁰⁰. De esta forma, cabe entender que organizar y coordinar como sinónimos. Al equipararse a la dirección a efectos de pena, debe exigirse que tenga similar importancia en relación con la contribución que supone al desarrollo de la organización⁵⁰¹.

Debe constatar en cada caso la existencia de una verdadera organización en el sentido de que la estructura funcional está por encima de actos concretos; no basta, pues, la concurrencia de un determinado número de personas, sino que deben estar presentes todos los elementos que permiten hablar efectivamente de una organización⁵⁰². Entre ellos, claro está, el que cumple la función de “organizar o coordinar” la estructura organizativa, teniendo capacidad decisoria y orientando su actuación *ex post* de una idoneidad delictiva.

En este sentido, la estructura organizacional va ligada a la organización agrupando y coordinando las tareas que deben ser desempeñadas para realizar sus

⁴⁹⁸ STS 187/2013, de 11 de febrero, Ref. Iustel: §356856, Fundamento de Derecho (Tercero).

⁴⁹⁹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., pág. 236.

⁵⁰⁰ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, 22ª ed., tomo II, op. cit., pág. 1631.

⁵⁰¹ FARALDO CABANA, Patricia, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., pág. 270.

⁵⁰² LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, pág. 229.

objetivos, esto en consecuencia del tiempo de que estas organizaciones tienen una vida más o menos larga terminan generando una estructura⁵⁰³. Una estructura organizacional define el modo en que se dividen, agrupan los trabajos y las actividades -de la organización criminal-⁵⁰⁴. Por tal motivo, la estructura de una organización no es fruto espontáneo de la mera interacción de sus miembros -si pensáramos así estaríamos errando-, sino que, por el contrario, ha sido pensada y construida de forma deliberada, buscando crear la realización de ciertos objetivos organizacionales⁵⁰⁵. Puede concluirse que el resultado estructural no es fruto de la casualidad, sino que constituye el resultado de la realización de “organización y coordinación” en el transcurso del tiempo, la cual es merecedora de una sanción penal.

D) La figura del director

Tratándose de la organización criminal, ya se ha señalado que el art. 570 *bis* del CP tipifica y reprime dos formas de participación en la organización criminal, a saber, la de los que constituyen el núcleo de la organización y por otro lado los meros partícipes.

Para GARCÍA ALBERO, la “organización, constitución y coordinación” no son sino la desafortunada expresión de un intento por aprehender casuísticamente todo papel dirigente o relevante en la organización, ya sea en su génesis o en momento posterior, es decir, cuando la organización ya está conformada. En su concepto el elenco de dirigentes o personas que desempeñan roles directivos no tiene por qué referirse a la cúpula de la organización misma en su conjunto, sino que basta con que se refiera a una parte o sector relevante de la organización⁵⁰⁶.

⁵⁰³ DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luís, *La lógica del terrorismo*, Alianza Editorial, Madrid, 2006, pág. 280.

⁵⁰⁴ ROBBINS P., Stephen / JUDGE A., Timothy, *Comportamiento organizacional*, 13ª ed., trad. de Javier Enríquez Brito, Pearson Educación, México D.F., 2009, pág. 519.

⁵⁰⁵ DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luís, *La lógica...*, op. cit., pág. 280.

⁵⁰⁶ GARCÍA ALBERO, Ramón, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, 9ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2011, pág. 2227.

Apreciación que realiza apoyándose en la (STS 20-10-2009 [RJ 5996]). Postura que incluiría también a los mandos intermedios que tengan cierta relevancia dentro de la organización, es decir, nos estaríamos refiriendo a los miembros activos de la organización.

Por su parte, FARALDO CABANA indica que en los casos de “organización, coordinación, dirección” lo correcto sería llegar a la misma conclusión que en materia de asociaciones ilícitas, es decir, que se entiende que la conducta de los mandos intermedios se habría de castigar como integración activa en la organización criminal⁵⁰⁷. Y no ligarlo a los directores u organizadores, que tienen una sanción más elevada.

Similar postura asume GARCÍA DEL BLANCO, al indicar que son los dirigentes, directores, organizadores o coordinadores los que gobiernan o mandan en una asociación criminal, esto es, aquellos que dan las reglas, órdenes y directrices que deben conseguirse dentro de la organización, Deberán poseer, en el marco de la organización, la responsabilidad efectiva y autónoma de adoptar decisiones que orientan la actuación de los miembros de la misma, propiamente tareas de mando⁵⁰⁸.

Ciertamente el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de manifestarse sobre la determinación de una estructura o cierta división de roles dentro de la organización, así en la STS 808/2005 de 23 de junio, que textualmente indica: Al comienzo de los hechos probados ya se describe a todas las personas de la trama que fueron sorprendidas en el delito; existía una diferenciación en sus cometidos, dividiéndose en tres grupos: los jefes o personas que llevan a cabo los actos de mayor responsabilidad, entre los que se hallaba el recurrente e Isidro, otros que de forma estable y permanente realizaban otras tareas, y un tercer grupo integrado por personas que transitoriamente y para una operación concreta

⁵⁰⁷ FARALDO CABANA, Patricia, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., pág. 270.

⁵⁰⁸ GARCÍA DEL BLANCO, Victoria, «Criminalidad organizada: organizaciones», op. cit., pág. 562.

prestaron colaboración a los primeros”⁵⁰⁹. En el caso de la figura del jefe, la jurisprudencia establece que, según la doctrina, por “jefe” debe entenderse la persona que da órdenes a los otros miembros de la organización; “administrador” es el sujeto al que se le confía la gestión económica de la organización, y “encargado” es la persona que tiene a su cuidado cierta cosa o la persona que dirige un negocio en representación del dueño del mismo⁵¹⁰.

El Tribunal Supremo, básicamente, hace la separación de tres figuras, esto es, los miembros que se encuentran en la cúpula o cima de la organización, los miembros activos, y por último los meros colaboradores. Aunque también en otra resolución, la STS 109/2012, de 14 de febrero, reconoce lo complicado que es en la práctica diferenciar estas modalidades manifestando que “la distinción legal entre directivos, miembros activos y meros afiliados o miembros pasivos se trata de una división conceptual que no siempre resulta fácil ni clara en la práctica”⁵¹¹.

Por otra parte, lo específico del comportamiento de un directivo es el rango jerárquico, la posición orgánica desde la que actúa, una posición de predominio, de supremacía, aceptándose que las funciones de mando pueden ejercerse de forma originaria o delegada. De este modo, junto a los directivos máximos o directivos últimos, se introduce la figura de los mandos intermedios, que participa de las funciones de dirección, por más que sus funciones se maticen temporal o localmente; por más que sean delegadas u ocasionales, subalternas. Para poder calificar una conducta como de dirección, el sujeto debe poseer, en el marco de la organización, la responsabilidad efectiva y autónoma de adoptar decisiones que orienten la actuación de la organización, responsabilidad efectiva en cuanto a la comisión de delitos⁵¹².

⁵⁰⁹ STS 808/2005, de 23 de junio, Fundamento de Derecho (Segundo).

⁵¹⁰ STS 849/2013, de 12 de noviembre, (Roj: STS 5629/2013), Fundamento de Derecho (Cuarto).

⁵¹¹ STS 109/2012, de 14 de febrero, Ref. Iustel: §347099, Fundamento de Derecho (Vigésimo Quinto).

⁵¹² GARCÍA DEL BLANCO, Victoria, «Criminalidad organizada: organizaciones», op. cit., pág. 562.

Hasta este punto como se pudo apreciar existen divergencias en cuanto a determinar si existe una separación de los miembros de la cúpula organizativa, que ocupan cargos de relevancia dentro de la estructura organizativa, en relación con los miembros activos de la organización y los cooperantes, figuras que ahora conforme al Código penal formarán parte del segundo grupo, estructuralmente hablando y que ha equiparado el legislador de manera sistemática con la misma sanción penal.

E) Integración o pertenencia

Cuando hablamos de integración o pertenencia a la organización criminal, nos referimos propiamente a la actuación de los miembros activos de la organización criminal que, como es lógico, debe formarse mediante el acuerdo o pacto de sus componentes, en orden al objetivo determinado por la ley: cometer delitos. Como cualquier acuerdo, puede ser explícito o implícito: el primero constituido por la clara expresión de la voluntad en tal sentido, el segundo por medio de actividades unívocamente demostrativas de la existencia de la “organización”⁵¹³. El delito se consuma con el solo hecho de formar parte de la “organización y, habida cuenta del carácter permanente -o indefinido- de la “organización”, el delito existe hasta el momento en que el sujeto deja de pertenecer a la asociación, ya sea por su disolución, sea por el arresto de sus integrantes, por la reconducción, por la reducción de la cantidad de sus miembros a menos de tres⁵¹⁴. Ser miembro de la organización, para CREUS, no exige, por sí, una actividad material, sino la de estar intelectualmente en el concierto delictivo que se forma o la de unirse al ya formado; o sea, coincidir intencionalmente con los otros miembros sobre los objetivos asociativos. Para ello -desde su perspectiva-, basta el acuerdo, sin que sea imprescindible ninguna forma corporal de expresión voluntaria, es decir, no es necesario el trato directo

⁵¹³ CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, tomo II, 6 ed., Astrea, Buenos Aires, 1998, pág. 109.

⁵¹⁴ DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho penal. Parte general*, tomo II-C, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002, pág. 312.

entre asociados, ni siquiera que se conozcan entre sí; es suficiente con que cada uno sepa que integra una asociación. No la integra quien se limita a prestarle ayuda o auxilio sin voluntad de unirse a ella⁵¹⁵.

En esta línea, se ha indicado que el trato personal no es necesario entre alguna de sus partes, ni tampoco que todos sus integrantes se reúnan en un sitio determinado, citando como ejemplo a la mafia italiana⁵¹⁶. El sentido de la identidad la organización además de compartir los objetivos delictivos, hacen que puedan considerarse miembros activos, aleja a su vez a aquellos que se limitan a prestarle ayuda o auxilio.

Así también el concepto de pertenencia o integración tienen un carácter más o menos permanente, nunca esporádico, y exige un cierto comportamiento activo en relación con los fines u objetivos de la organización, esto es, participar en sus fines, aceptar el resultado de sus actos y eventualmente realizar actos de colaboración que, por razón de su integración, se convierten en actividades que coadyuvan en la finalidad que persigue la organización. Incluye la relación de todo tipo de actividades de diferente entidad material que contribuyan a la estructuración, cohesión y actividad de la organización en conexión directa con el proyecto criminal⁵¹⁷.

Para MANZANARES SAMANIEGO, miembros activos son todos aquellos que, sin ser fundadores, directores o presidentes, desarrollan actividades dentro de la asociación o en el marco de la misma. También es miembro activo quien se mantiene en comunicación activa con la sociedad -en nuestro caso, la

⁵¹⁵ Para lo cual plantea los siguientes ejemplos; “quien le suministra elementos materiales para cometer ciertos delitos” también “el receptor que se pone de acuerdo con los miembros de la organización para recibir todo lo que produzcan de sus actividades delictivas” *Vid.*, CREUS, Carlos, *Derecho penal*, op. cit., pág.111.

⁵¹⁶ DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho penal*, op. cit., pág. 302. / Similar postura asume SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, § 130, tomo IV, Tea, Buenos Aires, 1992, pág. 712.

⁵¹⁷ SERRANO GÓMEZ, Alfonso / SERRANO MAÍLLO, Alfonso y otros, *Curso de Derecho penal. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2012, pág. 800.

organización- como activa es la colaboración de quien se traslada a las sesiones, haciendo así posible una celebración de la que forma parte⁵¹⁸.

Por su parte, GARCÍA-PABLOS hace una estratificación de la organización y sitúa en un grado intermedio al miembro activo, indicando que no es un afiliado más, sino que se encuentra en una categoría intermedia. Se distingue del afiliado, es decir, del “mero individuo”, no por el hecho de llevar a cabo una determinada actividad sino porque participa en el ejercicio de funciones de mando. El miembro activo se consideraría como un mando intermedio o subalterno, pero no un hombre de filas más o menos activo. Del directivo difiere por razones jerárquicas y funcionales: es un directivo pero no uno de los máximos directivos; ejerce mando, pero no es el mando; participa en el ejercicio de ciertas funciones de dirección, pero su autoridad no es originaria sino derivada⁵¹⁹.

La figura de miembro constituye el mando intermedio que se ajustaría con en el de miembro activo, siendo partidaria de entender restrictivamente el concepto de dirigente. Aunque el concepto de “miembro activo” no se limita a los mandos intermedios, sino que se refiere a algo más. Evidentemente no hay supuestos de realización de comportamientos propios de todo miembro de una asociación, como puede ser cotizar, realizar actos de propaganda y proselitismo o asistir a reuniones. En las asociaciones para delinquir debe tratarse de actividades dirigidas directamente a cometer algún delito o falta o promover su comisión, actividades que por lo menos deben constituir como mínimo actos preparatorios del delito o falta en cuestión⁵²⁰.

⁵¹⁸ MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, *Estudio de la Ley orgánica 4/1980, de 21 de mayo, de Reforma del código penal en materia de los delitos relativos a las libertades de expresión, reunión y asociación*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1982, pág. 137.

⁵¹⁹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., págs. 267-268.

⁵²⁰ FARALDO CABANA, Patricia, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., pág. 256.

Asimismo, se ha entendido que los miembros activos son aquellas personas que, aparte de haber entrado a formar parte de la asociación -entendida ésta como organización- también han llevado a cabo determinadas acciones adicionales a la integración en aquélla⁵²¹.

En el caso concreto de una asociación para delinquir sólo puede hablarse de un miembro activo, cuando el sujeto realiza actos que al menos puedan ser considerados preparatorios de uno de los delitos o faltas integrados en el plan criminal de la asociación para delinquir, o bien del encubrimiento de dichas infracciones, sin necesidad de que sean actos preparatorios punibles. Es decir, que no es preciso que no es preciso que suponga el inicio de la ejecución, pero sí de preparación de la ejecución, aunque no quepa calificarlo de conspiración, proposición o provocación para delinquir⁵²².

Por lo desarrollado hasta ahora, puede apreciarse que existe una clara tendencia a identificar a los miembros activos e integrantes en una posición intermedia entre los miembros que se encuentran en la cúpula de la organización, y los meros colaboradores o cooperadores los cuales se encuentran más alejados de la cúpula organizativa. Si bien doctrinalmente se busca una escalonada diferenciación entre los sujetos que conforman este fenómeno criminal, la realidad sistemática del art. 570 *bis*, nos muestra que existen sólo dos grados de responsabilidad penal: en el primer grupo se encuentran, “los fundadores, organizadores, directores” y por otro lado en el segundo grupo, los “miembros activos, integrantes y cooperadores” -en la gráfica se puede apreciar la mencionada división-.

	4-8 años: promotor, constituyente, organizador, coordinador, dirigente si la finalidad son delitos graves
--	---

⁵²¹ CORDOBA RODA, Juan, *Comentarios al Código penal*, tomo III (Artículos 120-340 bis c), Ariel, Barcelona, 1978, pág. 280.

⁵²² FARALDO CABANA, Patricia, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., pág. 257.

1	3-6 años: promotor, constituyente, organizador, coordinador, dirigente si la finalidad son delitos menos graves
2	2-5 años: participante activo, integrante, cooperador económico o activo si la finalidad son delitos graves
	1-3 años: participante activo, integrante, cooperador económico o activo si la finalidad son delitos menos graves

De esta manera, se deja totalmente de lado la figura intermedia de los miembros activos, situándolos junto a los cooperadores, que -según lo expuesto- serían sólo unos meros partícipes. Pero desde nuestro punto de vista se deberían deslindar los meros partícipes de los miembros activos, pues consideramos que sería más proporcional situar a los miembros activos en el primer grupo, en razón de su rol y relevancia dentro la organización, que como su nombre indica es “activo” y no pasivo ni eventual.

En el plano jurisprudencial se ha trabajado bastante sobre el tema de la “integración” o de los “miembros activos” de una organización terrorista, y consideramos oportuno que dicho tratamiento nos sirva de plataforma para poder establecer pautas que identifiquen a un miembro activo en el delito de organización criminal, en consideración que ambos delitos comparten un tema de estructura organizativa casi similar.

En este sentido, la STS 556/2006 de 31 de mayo exige como requisitos para la apreciación del delito de integración en organización terrorista los siguientes: 1) Como substrato primario, la existencia de un grupo o banda armada u organización terrorista, lo que, a su vez, exige la presencia de una pluralidad de personas, la existencia de unos vínculos entre ellas y el establecimiento de relaciones de cierta jerarquía y subordinación. Tal organización tendrá por finalidad la realización de acciones violentas contra personas y cosas, con finalidad de pervertir el orden democrático-constitucional. En definitiva, actuar con finalidad política de modo criminal. Su estructura será compleja, pues sus

componentes pueden abarcar diversas facetas o actuaciones (informativas, ejecutivas u operativas en cualquier orden) para la consecución de sus fines, uno de cuyos aspectos será la comisión delictiva indiscriminada, con objeto de coaccionar socialmente para la imposición de sus objetivos finales. 2) Como substrato subjetivo, tal pertenencia o integración requiere un carácter más o menos permanente, pero nunca episódico, lo que, a su vez, exige participar en sus fines, aceptar el resultado de sus actos y eventualmente realizar actos de colaboración que, por razón de su integración, se convierten en actividades que coadyuvan a la finalidad que persigue el grupo⁵²³.

Como elemento distintivo entre lo que es una integración activa y lo que no lo es, no podemos limitarnos a utilizar el dato de que el sujeto en cuestión intervenga directamente en la preparación o ejecución de los concretos delitos, que intervengan en el plan criminal o no. En efecto, tal intervención no es necesaria para entender cometidos los delitos de organización criminal, aunque puede ser un elemento a tener en cuenta a la hora de analizar si existe prueba de la integración. Si no participa activamente en la actividades ilícitas de la organización debe al menos realizar actos directamente conectados con esas actividades, en el sentido de que supongan un apoyo a la organización precisamente en el desarrollo de su plan criminal⁵²⁴. Pero esa valoración para determinar el grado de intervención en la organización será tratada con mayor detalle ulteriormente (en el siguiente capítulo).

Por otro lado, se ha señalado que la calidad de miembro se adquiere recién al tomar parte, y en consecuencia la participación como miembro presupone la realización de las actividades con pretensión de permanencia, y que tales actividades tiendan a favorecer a la organización o que son típicas de la actividad social en alguna forma relevante, o bien, cuando a través de un actuar repetido

⁵²³ STS 556/2006, de 31 de mayo, Id. vLex: VLEX-51963901, Fundamento de Derecho (Noveno). / Similar postura se aplica en la STS 1127/2002, de 17 de junio, Id. vLex: VLEX-18372040, Fundamento de Derecho (Cuarto). / STS 119/2007, de 16 de febrero, LA LEY 1677/2007, Fundamento de Derecho (Noveno).

⁵²⁴ FARALDO CABANA, Patricia, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., pág. 273.

dirigido a la realización de las acciones antijurídicas planeadas por la organización, es posible reconocer que el autor ha asumido como propio los fines del grupo⁵²⁵. En efecto, para determinar la integración o pertenencia ha de exigirse que se corresponda con una voluntad probada de acatar y cumplir las decisiones que se adopten dentro de la organización⁵²⁶. Esta extensión del ámbito de incriminación se fundamenta en la especial trascendencia que en la práctica entraña esta conducta para el mantenimiento de las bandas u organizaciones, pues la suma de todas las aportaciones es lo que permite la continuidad de su actividad⁵²⁷.

Cercano a la figura del miembro activo se encuentra la del colaborador, que en los delitos de terrorismo tiene una sanción equiparable a la del miembro activo. En el delito de terrorismo la figura del colaborador es más estricta, puesto que -como afirma de modo crítico LAMARCA PÉREZ- con este tipo se pretende sancionar cualquier género de conducta de favorecimiento lo que ha convertido el precepto en una especie de “cajón de sastre” cuya existencia ayuda a obviar ciertas dificultades de prueba; cuando no puede probarse la integración en la banda armada o que la ayuda prestada favoreciera a la realización de un hecho delictivo concreto, el tipo de colaboración ofrece una vía para la incriminación de una conducta que de otro modo constituirían muchas veces actos preparatorios o de encubrimiento impunes⁵²⁸. En este caso se trata de un *extraneus* al supuesto asociativo, decir, de la conducta de quien sin estar integrado en la banda terrorista o rebelde coopera con ella sin sometimiento a su disciplina⁵²⁹. Como se puede apreciar en el caso del terrorismo, el legislador busca hacer expansiva las

⁵²⁵ ZIFFER, Patricia S., *El delito de asociación ilícita*, AD-HOC, Buenos Aires, 2005, págs. 70-71.

⁵²⁶ FARALDO CABANA, Patricia, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., pág. 277.

⁵²⁷ LLOBET ANGLÍ, Marionna, «Delitos contra el orden público», en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, (Dir.), *Lecciones Derecho penal. Parte especial*, 2 ed., Atelier, Barcelona, 2009, pág. 384.

⁵²⁸ LAMARCA PÉREZ, Carmen, en LAMARCA PÉREZ, Carmen, (coord.), *Derecho penal parte especial*, 4 ed., Colex, Madrid, 2008, págs., 746-747.

⁵²⁹ LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento jurídico*, op. cit., pág. 244.

sanciones a los cooperadores. Situación que, de acuerdo al art. 570 *bis*, llega a ser extensiva a los colaboradores económicos en el caso de la organización criminal.

F) Cooperación

Pasamos a analizar la figura de cooperación en el delito de organización criminal, para lo cual debemos tener en cuenta lo desarrollado en los casos de colaboración con el terrorismo puesto que nos brindan valiosas pautas para poder delimitar y entender el alcance de dicho comportamiento, y así ver la viabilidad de aplicarlo o no en los delitos de organización criminal. Por esta razón, consideramos apropiado partir del delito de colaboración en que la misma es entendida como un modo de cooperación en los casos de terrorismo. Es así que se define de la siguiente forma los actos de colaboración con el terrorismo, a tenor del art. 577.1, párrafo segundo, del CP:

“(…) son actos de colaboración la información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones, la construcción, acondicionamiento, cesión o utilización de alojamientos o depósitos, la ocultación, acogimiento o traslado de personas, la organización de prácticas de entrenamiento o la asistencia a ellas, la prestación de servicios tecnológicos, y cualquier otra forma equivalente de cooperación o ayuda a las actividades de las organizaciones o grupos terroristas, grupos o personas a que se refiere el párrafo anterior”.

De la descripción contenida en el artículo se deduce una cierta separación. En primer lugar, estarían los comandos informativos o confidentes, éstos constituyen una de las formas más habituales de colaboración y que tal vez presentan mayores dificultades a la hora de probar su existencia o eficacia en una actividad delictiva concreta⁵³⁰; así también es requisito indispensable que las

⁵³⁰ LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento jurídico*, op. cit., pág. 259. / El delito de colaboración integran todos los supuestos de facilitación de informaciones que coadyuvan a las actividades de la organización armada tanto si proporcionan datos directamente sobre las víctimas seleccionadas previamente seleccionadas por la organización como si se limitaran a facilitar información genérica sobre víctimas posibles. Dicha información constituye una aportación eficaz al funcionamiento de la banda. *Vid.* ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto, «De

informaciones resulten “significativas”, es decir, idóneas o eficaces para la realización de la actividad delictiva que se pretende favorecer⁵³¹. En segundo lugar, está la construcción o acondicionamiento de locales, en este caso se requiere una cierta idoneidad o eficacia de la conducta para el fin del favorecimiento perseguido: construir, acondicionar, ceder, o utilizar los citados alojamientos para ocultar personas, víveres, dinero, etc., es una conducta idónea para favorecer la actividad de la organización terrorista⁵³². En tercer lugar, se encuentra la ocultación o traslado de personas vinculadas a la organización, para esto debe requerirse eficacia o idoneidad de estos medios de ayuda para el favorecimiento perseguido, además de ser consciente de que se oculta o traslada a personas vinculada con la organización terrorista o vinculada con sus actividades delictivas⁵³³. Y por último se deja abierta cualquier otra forma de cooperación o mediación económica, que llegue a beneficiar la organización⁵³⁴; al constituir una cláusula abierta e indeterminada, difícilmente sería conciliable con el principio de tipicidad penal, que alcanza toda conducta de cooperación material⁵³⁵. Cabría entender también dentro de esta figura los incisos b) y c) del art. 3 de la Decisión Marco de 2008/919/ JAI, que se refiere a la “captación de terroristas” y el “adiestramiento de terroristas”⁵³⁶.

Por otro lado, la jurisprudencia también se ha pronunciado sobre este tema indicando que, en definitiva, la esencia del delitos de colaboración con banda armada consiste en poner a disposición de la misma, conociendo sus métodos, determinadas informaciones, medios económicos o de transporte, infraestructura

los delitos de terrorismo», en GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.), *Comentarios al Código penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 1960.

⁵³¹ LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento jurídico*, op. cit., pág. 259.

⁵³² LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento jurídico*, op. cit., pág. 261.

⁵³³ LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento jurídico*, op. cit., pág. 262.

⁵³⁴ CARBONELL MATEU, Juan Carlos, «Terrorismo», en VIVES ANTÓN, T.S. / ORTS BERENGUER, E. / CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 1048.

⁵³⁵ BESIO, Martín, «Delitos contra el orden internacional», en CORCOY BIDASOLO, Miretxu (Dir.), *Derecho penal. Parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 874.

⁵³⁶ DECISIÓN MARCO DEL CONSEJO, 2008/919/JAI, de 28 de noviembre, *por la que se modifica la Decisión Marco 2002/475/ JAI, sobre la lucha contra el terrorismo*, Diario Oficial, nº L 330 de 09/12/2008 págs. 0021 - 0023, 2008.

o servicios de cualquier tipo, que la organización obtendría más difícilmente -o en ocasiones le sería imposible obtener- sin dicha ayuda externa, prestada precisamente por quienes, sin pertenecer a ella, proporcionan su voluntaria aportación. Por ello, el delito de colaboración con banda armada incluye aquellas acciones que, realizadas voluntariamente con este fin, facilitan cualquier de las actividades de la organización, y no solamente las acciones armadas. Y ello prescindiendo de la coincidencia de fines, pues lo que aquí se sanciona no es la adhesión ideológica ni la prosecución de determinados objetivos políticos o ideológicos, sino el poner a disposición de la banda armada determinadas aportaciones, conociendo que los medios y métodos empleados por la organización consisten en hacer uso de la violencia, es decir, del terror y de la muerte, cuando en un Estado Social y Democrático de Derecho, como el nuestro, existen cauces pacíficos y democráticos para la prosecución de cualquier finalidad política⁵³⁷. Los actos de colaboración se reducen a una colaboración material⁵³⁸. Así también la idoneidad de la conducta: la colaboración material debe estar relacionada con los fines o actividades de la organización o grupo⁵³⁹.

Sobre los caracteres de este delito podrían citarse los siguientes: *a)* Carácter autónomo, porque penalizan actos que implican participación en actividades de la organización terrorista sin subordinación a las exigencias del principio de accesoriedad, *b)* Es residual o subsidiario, ya que solo castigan hechos si constituyen una figura de mayor entidad, *c)* Es de tracto sucesivo y reiterado de diversas acciones que, por razones de punibilidad o de política criminal, se sanciona con pena única, *d)* Es de simple actividad y de peligro abstracto en el que el legislador por motivos de política criminal ha optado por anticipar la barrera penal, homologando los adelantados actos de facilitación a los propiamente lesivos o de puesta en peligro del bien jurídico que se trata de

⁵³⁷ STS 540/2010, de 8 de junio, (Roj: STS 2903/2010), Fundamento de Derecho (Quinto). / STS 197/1999, de 16 de febrero, (Roj: STS 1017/1999), Fundamento de Derecho (Primero).

⁵³⁸ ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto, «De los delitos de terrorismo», op. cit., pág. 1960.

⁵³⁹ BESIO, Martín, «Delitos contra el orden», op. cit., pág. 874.

salvaguardar. e) Es precisa la concurrencia del dolo, en cuanto a tener conciencia del favorecimiento y de la finalidad perseguida por la banda o los elementos terroristas⁵⁴⁰.

Por su parte, para LLOBET ANGLÍ, este delito constituye un tipo penal de mera actividad y de peligro abstracto, pues con él se castigan determinados comportamientos que, en sí mismos, no lesionan ningún bien jurídico de los protegidos por la ley, pero se adelantan las barreras de punición con el objetivo de reducir al máximo toda forma de apoyo material posible a una banda terrorista, apoyada en la (STS de 2 de febrero de 1993, Ponente: Bacigalupo Zapater). Esta extensión del ámbito de incriminación se fundamenta en la especial trascendencia que en la práctica entrañan estas conductas para el mantenimiento de estas bandas u organizaciones, pues la suma de todas las aportaciones es lo que permite la continuidad de su actividad⁵⁴¹.

Como ha señalado CANCIO MELIÁ, si en la pertenencia a la organización terrorista se trata de un acto de adhesión materializado a la organización, en las infracciones de colaboración se trata de algo menos, es decir, de la aportación de algún elemento para el funcionamiento de la estructura terrorista desde afuera de la organización. Esta menor entidad del compromiso, por así decirlo, se compensa por la exigencia de una contribución concreta⁵⁴². En suma, se trataría propiamente de conductas realizadas fuera de la organización⁵⁴³.

Dichos comportamientos de colaboración con una organización terrorista, conforme a la Reforma penal de 2010, son los de captación, adoctrinamiento,

⁵⁴⁰ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (coord.), *Manual de Derecho penal. Parte especial*, tomo II, 2ª ed., Tomson-Civitas, Madrid, 2004, pág. 674.

⁵⁴¹ LLOBET ANGLÍ, Mariona, «Delitos contra el orden público», en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, (Dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, Atelier, Barcelona, 2006, pág. 378.

⁵⁴² CANCIO MELIÁ, Manuel, *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, Editorial Reus, Madrid, 2010, pág. 230.

⁵⁴³ CANCIO MELIÁ, Manuel, *Los delitos de terrorismo*, op. cit., pág., 230.

adiestramiento o formación, cuanto estén dirigidos a la incorporación de otros a una organización terrorista⁵⁴⁴.

A este respecto CANCIO MELIÁ se muestra crítico, con la adición del art. 576.3 del CP, por considerarla innecesaria, redundante y perturbadora. En primera instancia debido a que las conductas de captación, adiestramiento y formación de sujetos para su integración a una organización terrorista son conductas típicas de los miembros de la propia organización, como es lógico, y, por lo tanto se encontrarían ya perfectamente abarcadas por el delito de pertenencia a una organización terrorista. Por otro lado, si en alguna ocasión pudiera haber una terciarización -por decirlo de alguna forma- de esa actividad a personas que no son miembros de la organización, todas las modalidades de comportamiento se hallan ya tipificadas en cuanto conducta de tipificación desde el principio, en los números primero y segundo del art. 576 del CP⁵⁴⁵. Además de ser innecesaria dichas modificaciones, la conducta identificada como adoctrinamiento abriría la vía a que se incriminen meras manifestaciones de opinión⁵⁴⁶.

Referido al aporte hecho por un sujeto desde fuera de la organización, en la misma línea se manifiesta GARCÍA-PABLOS, indicando que un favorecedor, ante todo, es un *extraneus*, un extraño a la asociación, que realiza un comportamiento accesorio, adjetivo, de escasa importancia. El tipo además tiene un carácter subsidiario: está pensado para fundamentar la responsabilidad criminal de quienes no pueden ser considerados ni meros individuos, ni miembros activos, ni dirigentes. La conducta del favorecimiento no puede rebasar, por lo tanto, límite ideal que representa los tres datos indicados: que el autor no pertenece a la asociación, que a pesar de ello responde por favorecer a la organización y que su

⁵⁴⁴ CANCIO MELIÁ, Manuel, «Los delitos de Terrorismo», en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier / GONZÁLEZ CUSSAC, José Luís (Dir), *Comentarios a la Reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág 527.

⁵⁴⁵ CANCIO MELIÁ, Manuel, «Los delitos de Terrorismo», op.cit., pág. 528.

⁵⁴⁶ CANCIO MELIÁ, Manuel, «Los delitos de Terrorismo», op.cit., pág. 528.

conducta, accesoria, subsidiaria, no puede equipararse nunca a la de los miembros de la organización⁵⁴⁷.

De acuerdo con LAMARCA PÉREZ, el cooperador ha de realizar un favorecimiento de aquellas conductas que permiten la existencia de una organización, ya sea en el momento de su constitución ya sea durante su desarrollo posterior. Por consiguiente, deben excluirse formas de colaboración que tengan por objeto la realización de un delito concreto, que favorezcan a su comisión o la realización de los fines del grupo⁵⁴⁸. Cuando se habla de cooperación o colaboración con los fines y actividad de la organización delictiva, pueden considerarse incluidas entre ellas, la facilitación y distribución de información o medios materiales, de formación de captación de nuevos partícipes, así como la de financiación de sus actividades, esto es, actuaciones que contribuyen causalmente al mantenimiento y desarrollo de las estructuras organizativas de la organización criminal⁵⁴⁹.

La ley debería precisar la definición de la noción de participación punible en la organización, requiriendo una contribución objetiva e intencional a las actividades de la asociación en conexión directa con el proyecto criminal, en especial exigiendo la comisión de una acción concreta para la asociación y la asunción de un rol reconocida por ésta⁵⁵⁰.

En suma, los integrantes de la organización serían las personas que intervienen activamente en la realización de sus objetivos, esto es, de los delitos cometidos de manera organizada y con la finalidad subjetiva señalada. Por otro lado, los cooperantes serían personas que no tienen ninguna obligación o sometimiento hacia la organización. En el caso de la organización criminal sólo se hace mención a cooperar económicamente y otras formas de cooperación. El

⁵⁴⁷ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., pág. 273.

⁵⁴⁸ LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento jurídico*, op. cit., pág. 244.

⁵⁴⁹ SERRANO GÓMEZ, Alfonso; SERRANO MAÍLLO, Alfonso y otros, *Curso de Derecho penal*, op. cit., pág. 800.

⁵⁵⁰ GARCÍA DEL BLANCO, Victoria, «Criminalidad organizada», op. cit., pág. 562.

hecho de sólo mencionar otras “formas de cooperación” plantearía mayores problemas al momento de su interpretación, y por esta razón consideramos que se debería puntualizar qué actos exactamente son considerados colaboración con la organización criminal, como los del art. 576.2, así *v.gr.* la información, vigilancia de personas, bienes o instalaciones, la construcción, el acondicionamiento, la cesión o la utilización de alojamientos o depósitos, la ocultación o traslado de personas vinculadas a organizaciones. Todos éstos no tienen un vínculo permanente, sino eventual con la organización criminal.

III.- Fundamentos de imputación penal

A) El sentido comunicativo de los roles sociales

Previamente a estudiar la relevante funcionalidad de los roles sociales, se debe indicar que ésta encuentra su punto de partida en la moderna teoría del “funcionalismo sistémico-normativo” de JAKOBS, que a su vez se nutre o toma como referencia la teoría de los “sistemas sociales” de LUHMANN⁵⁵¹, la cual parte de determinados presupuestos para elaborar dicha teoría, que pueden resumirse en los siguientes puntos: alcance de generalidad e interdisciplinariedad; reconocimiento de la complejidad social, que sólo puede reducirse a través de un aumento de la complejidad; adopción de un concepto de sistema social que englobe las características, la diferencia y la contingencia⁵⁵².

⁵⁵¹ LUHMANN, Niklas, *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, Ediciones Paidós, Barcelona, 1997, *passim*. / LUHMANN, Niklas, *Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*, Anthropos, México D.F., 1997, *passim*. / LUHMANN, Niklas, *Sistemas sociales. Lineamientos para un teoría general*, Anthropos, México D.F., 1998, *passim*.

⁵⁵² POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Fundamentos dogmáticos del moderno Derecho penal*, Editorial Porrúa, México D. F., 2001, pág. 24. / La teoría sistemática, contribuye a reducir la complejidad, es tan “práctica” como los propios sistemas sociales que ella investiga. Así, el trabajo teórico, y éste lo sabe se mueve en un plexo objetivo que viene de tal suerte determinado por el proceso en la complejidad de los sistemas sociales, que la evolución social brota de los rendimientos de los sistemas sociales mismos. *Vid.* HABERMAS, Jürgen, *La lógica de las Ciencias sociales*, Tecnos, Madrid, 1988, pág. 309.

Los sistemas sociales no están integrados por acciones como substrato básico y son una red de elementos relacionados que en su operación generan los mismos elementos que los constituyen. Pues bien, esa relación entre elementos en los sistemas sociales no puede ser sino la comunicación. La unidad básica de los sistemas sociales es la comunicación y, asimismo, su operación de base es la comunicación⁵⁵³. Y para que este proceso de comunicación tenga lugar es necesario que concurren tres componentes: 1) información, 2) notificación, 3) el acto de entender.

1) El sentido normativo del concepto de persona

Dentro de la referida interrelación que se presenta dentro de los sistemas sociales, se encuentra la persona, vista desde una perspectiva funcionalista, llega a construirse un concepto “funcional-normativo” de persona. En este sentido, de acuerdo con JAKOBS, el concepto de persona es un concepto autorreferente, autopoiético y funcional, integrante y constitutivo de la sociedad y que se define por la función que el sujeto desempeña en la sociedad, esto es, por el rol social que le es encomendado y que asume en la vida de interrelación: por ello, persona es quien, en el seno de un grupo social debe cumplir una tarea⁵⁵⁴. Por tal motivo el concepto de persona es un concepto social y en consecuencia no puede definirse al margen de la sociedad y así como también de la norma⁵⁵⁵. De la misma forma, “la persona, como puede observarse, no es algo dado por la naturaleza, sino que es una construcción social⁵⁵⁶. Dentro de esta construcción la formación del rol social equivale a la asignación sistémica de una función -dentro de la sociedad-. Cuando ello se verifica, cuando se forma el binomio que considera al elemento y la función que desempeña, el individuo, ahora como

⁵⁵³ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del Derecho penal*, J.M^a. Bosch, Barcelona, 2005, pág. 71.

⁵⁵⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Fundamentos dogmáticos...*, op. cit., pág. 34.

⁵⁵⁵ POLAINO-ORTS, Miguel, *Funcionalismo normativo. Bases dogmáticas para el nuevo sistema de justicia penal*, CESCIJUC, México D.F., 2014, pág. 109.

⁵⁵⁶ JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, trad. Manuel Cancio Meliá y Fernando Feijóo Sánchez, Civitas, Madrid, 2003, pág. 20.

persona -calificación que se da en razón de su rol-, encuentra una ubicación dentro del sistema⁵⁵⁷.

Además de una construcción social, la persona es, en efecto, un concepto normativo. Ello quiere decir que no puede definirse el concepto de persona al margen del concepto de norma sino que éste presupuesto y el elemento fundamental de aquél. La norma es el compendio de expectativas sociales, un elemento aglutinador de los derechos de los ciudadanos. Pero también un mecanismo dinamizador de la conducta de los ciudadanos⁵⁵⁸. De esta forma, el concepto de persona queda delimitado por la dinámica “obligación/libertad”, es decir, a través del esquema del “deber ser” (*sollen*) en relación con el libre espacio de arbitrio o libertad personal (*Freiraum*): la persona no actúa conforme al esquema individual de satisfacción e insatisfacción, sino conforme a un esquema de deber y espacio de libertad⁵⁵⁹.

La persona significa persona en derecho (*Rechtsperson*), en tanto se define en función del contenido de su personalidad: esto es, según el conjunto de derechos y deberes jurídicos que caracterizan dicha personalidad y que fijan la posición del sujeto en el mundo social. Ello significa tres cosas: 1) de un lado, que el concepto de persona es netamente jurídico, normativo, y no una categoría natural, prejurídica u ontológica; 2) de otro lado, que la noción de persona es una magnitud graduable: existirán conceptos más amplios y otros más angostos de persona en función del contenido de derechos y de obligaciones de que disponga el sujeto en cada momento concreto; 3) finalmente, que el concepto de persona también se puede delimitar ex negativo: si la persona gana en personalidad en tanto disponga de derechos y deberes, la ausencia de derechos y deberes

⁵⁵⁷ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistema de imputación*, op. cit., pág. 278.

⁵⁵⁸ POLAINO-ORTS, Miguel, *Funcionalismo normativo...*, op. cit., pág. 111.

⁵⁵⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Fundamentos dogmáticos...*, op. cit., pág. 35.

menguará proporcionalmente el concepto de persona, hasta el punto de su reducción al máximo jurídico permisible⁵⁶⁰.

Por otra parte, bajo esta perspectiva, en contrapartida se encuentra el individuo que jamás forma parte de la sociedad sino es como persona. En consecuencia, la persona es el rol más básico que se asigna en la vida social, por tanto, es el rol que permite el acceso a la integración social con un mínimo de estructuración de expectativas⁵⁶¹. En cierto sentido la sociedad recubre al individuo, para poder estructurarse frente a él. Este recubrimiento tiene dos dimensiones. La primera sería eminentemente social: la tipificación, asignación y comunicación de las expectativas que conforman el rol. La segunda es de carácter psicológico-social y coincide con el proceso de socialización, en ella se produce la incorporación del rol como sistema de expectativas orientadoras de conducta del portador del rol⁵⁶². En síntesis, el concepto de persona es una construcción social, y la misma tiene determinados roles que están determinadas por las expectativas normativas, tiene también derechos y deberes jurídicos para con la sociedad.

2) El reconocimiento del rol social

Otra pauta para determinar la relevancia comunicativa de los roles sociales es constituida por el reconocimiento del rol social, y en este sentido hemos de partir del reconocimiento de que los seres humanos se encuentran en el mundo social en función de portadores de un rol. Y en función de ese rol, a cada sujeto le corresponde administrar un determinado segmento de la realidad⁵⁶³. El rol

⁵⁶⁰ POLAINO-ORTS, Miguel, *Funcionalismo normativo*, op. cit., pág. 114.

⁵⁶¹ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistema de imputación*, op. cit., pág. 279.

⁵⁶² PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistema de imputación*, op. cit., pág. 282.

⁵⁶³ POLAINO-ORTS, Miguel, «Delitos tributarios e imputación objetiva. Reflexiones al hilo del art. 15 de la ley penal tributaria argentina», en KINDHÄUSER, Urs / POLAINO-ORTS, Miguel, *Normativismo en Derecho penal. Estudios de dogmática jurídico penal*, ConTexto, Resistencia-Chaco, Argentina, 2011, pág. 280.

común tiene el contenido positivo de constituir a la persona en cuanto persona en Derecho; aunque aquí interesa más el lado negativo, es decir, el deber de no lesionar a otros. Este deber no está dirigido hacia la configuración de un mundo común, sino que simplemente su finalidad es una separación de las distintas esferas: “no lesiones al otro, puesto que también es participe del ordenamiento jurídico, déjale en paz.” Ciertamente, con ocasión del comportamiento propio solo puede dejarse en paz a alguien cuya presencia se percibe cuando se puede producir una colisión con él. En esta medida, debe tenerse en cuenta que no se vive solo, sino junto al otro en un mismo mundo. Pero en este mundo para el derecho, basta con distanciarse de los demás; no es necesario llevar a cabo configuración es comunes⁵⁶⁴.

Por rol entiende LUHMANN el haz de expectativas cuya extensión se delimita por el hecho de que, aun siendo actuadas por una persona, no están coligadas establemente a determinados hombres, sino que pueden ser asumidas por diversos sujetos intercambiables y ocupan siempre una parcela del actuar de una persona concreta. Podría decirse que son, en cierta medida, más abstractos, pero también más concretos que las personas⁵⁶⁵. Y persona a su vez significa tener que representar un papel -dentro de la sociedad-. Persona es la máscara, es decir, precisamente no es la expresión de la subjetividad de su portador, sino que es una representación de una competencia socialmente comprensible⁵⁶⁶.

Por lo tanto, el rol es algo normativo y no arbitrario, es la más oficial representación de las expectativas sociales. En el rol se condensan y se hace efectiva la institucionalización de las expectativas sociales establecidas en la norma, conforme a un parámetro de división social en función de los diversos ámbitos de competencia. El sujeto que adecuando su comportamiento a su rol,

⁵⁶⁴ JAKOBS, Günther, *Imputación objetiva en el Derecho penal*, trad. Manuel Cancio Meliá, Civitas, Madrid, 1996, pág. 147.

⁵⁶⁵ GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar, *El Derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*, J.M^a. Bosch, Barcelona, 1993, pág. 217.

⁵⁶⁶ JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Civitas, Madrid, 1996, pág. 50-51.

cumple la norma está comunicando el mensaje de que, en lo que a él respecta, pueden los demás ciudadanos y la Sociedad en su conjunto confiar plenamente⁵⁶⁷. La incorporación del rol social como una estructura delimitadora de la intervención penal es un logro evolutivo que podría no haber tenido lugar. En otros términos, se trata de una estructura re-validada por el sistema jurídico, tomada de la operación general del sistema social del que forma parte e incorpora su operación juego de la asignación de una función (en lo que aquí interesa, de limitación)⁵⁶⁸.

Entonces, el punto de partida en el mundo social es, pues, el reconocimiento del rol de cada uno: es decir de la función que desempeña cada persona en la vida o para determinar qué etiqueta tiene colocada en la solapa. Y, sobre la base de este reconocimiento, ya podremos saber a quién se podría responsabilizar de algún hecho delictivo⁵⁶⁹. De lo anterior se desprende una idea básica: el rol identifica a cada sujeto en el mundo social, sí, pero también sirve para que los demás ciudadanos sepan a qué atenerse. Esto significa que el rol social no es algo que solo sirve para el titular del mismo, sino que sirve también para los demás⁵⁷⁰.

En consecuencia, todo rol se compone de manera imprescindible de un aspecto formal y de un aspecto material: el haz de derechos y deberes convencionalmente asociados a este rol. Y esa dual estructura (formal-material) sienta las bases de la comunicación social, para la interrelación de los seres humanos en el mundo social⁵⁷¹. De esta manera el rol se convierte en un

⁵⁶⁷ POLAINO-ORTS, Miguel, «Delitos tributarios e imputación objetiva», op. cit., pág. 285. / *Vid.*, en el mismo sentido, CARO JOHN, José Antonio / POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal funcionalista*, op. cit., pág. 70.

⁵⁶⁸ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistema de imputación*, op. cit., pág. 348.

⁵⁶⁹ CARO JOHN, José Antonio / POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal funcionalista. Aspectos fundamentales*, Flores Editor, México D.F., 2009, pág. 64.

⁵⁷⁰ CARO JOHN, José Antonio / POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal funcionalista*, op. cit., pág. 65.

⁵⁷¹ CARO JOHN, José Antonio / POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal funcionalista*, op. cit., pág. 66.

delimitador de las esferas competenciales, esto en razón de que define la posición que cada sujeto cumple en el mundo social, y además pinta, delimita, da la medida de su propia esfera competencia. En función de los derechos y deberes que definan un rol, el titular del mismo será responsable de una gestión adecuada al rol o infractora de él, porque en esta esfera el titular del rol viene obligado a hacer algo, esto es, ostenta la competencia para gestionar un determinado ámbito de organización⁵⁷².

Respecto a los conocimientos especiales, JAKOBS critica dicho correctivo al considerar que “el conocimiento del que el Derecho nada espera no puede ser indicativo de la infidelidad al Derecho, tal como sucede en el caso de los conocimientos especiales o del conocimiento basado en un escrúpulo excesivo, al menos en todo caso en tanto el Derecho no deba transformarse en una institución total”⁵⁷³. Esto se deriva de la propia configuración de la imputación objetiva como juicio para la imputación de las desviaciones de las expectativas referidas al portador de un rol, de tal modo que será el rol y desde luego no el sujeto como ser natural en concreto el que, al situar al sujeto en la sociedad, ofrezca la medida de la propia responsabilidad y sirva, de esta manera, para definir el injusto penal⁵⁷⁴.

Para MIRÓ LLINARES, la teoría del rol propuesta por JAKOBS partiría en realidad de una acción personal y en todo caso el conocimiento ya formaría parte del hecho. Quizás lo que quiere apartar JAKOBS de la valoración del injusto es la perspectiva subjetiva en el sentido de perspectiva individual o personal, es decir,

⁵⁷² CARO JOHN, José Antonio / POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal funcionalista*, op. cit., pág. 68.

⁵⁷³ MIRÓ LLINARES, Fernando / POLAINO-ORTS, Miguel, *La imputación penal a debate. Una confrontación entre la doctrina de la imputación kantiana y la imputación objetiva de Jakobs*, Ara Editores, Lima, 2010, págs. 30- 31.

⁵⁷⁴ MIRÓ LLINARES, Fernando / POLAINO-ORTS, Miguel, *La imputación penal a debate*, op. cit., pág. 31.

la valoración que hace el autor de su propio hecho, así como la intención y la causalidad como elementos esenciales de la valoración del hecho⁵⁷⁵.

Cabía entender que MIRÓ LLINARES considera que la concepción funcionalista de imputación no sólo posibilita, sino que exige la separación conceptual entre persona y conocimiento o, en otras palabras, la atribución de un sentido en el tipo objetivo sin valorar el conocimiento del sujeto⁵⁷⁶.

Ahora bien como apunta POLAINO-ORTS, el sentido es inseparable del hecho, también la persona y concretamente: la persona en Derecho (no la persona como sistema psicofísico natural) es inseparable del conocimiento. De este modo, la persona desempeña un rol en el mundo social, y el rol es el elemento complejo que reúne un aspecto formal externo y un aspecto material interno. Por tanto, el objeto de imputación es la desviación del rol. Pues bien, en el seno del rol se incorporan derechos y deberes, y lógicamente nada obsta, sino todo lo contrario, que determinados conocimientos se vean revestidos de la condición de deber. En consecuencia, dichos conocimientos normativizados, que pierden su condición subjetiva y que se revisten como deber estandarizado u objetivado, son también, claro está, objeto idóneo de imputación si debiendo cumplirse se infringen⁵⁷⁷.

Es evidente que la función del rol no sólo se refiere a la individualización de los destinatarios de expectativas sociales sino que, por el contrario, se trata de una estructura que delimita contornos de toda imputación. Esto produce que

⁵⁷⁵ MIRÓ LLINARES, Fernando / POLAINO-ORTS, Miguel, *La imputación penal a debate*, op. cit., pág. 32.

⁵⁷⁶ POLAINO-ORTS, Miguel, «Las cuatro caras de la imputación penal. Anotaciones críticas al concepto kantiano de imputación desde una perspectiva funcionalista», en MIRÓ LLINARES, Fernando / POLAINO-ORTS, Miguel, *La imputación penal a debate. Una confrontación entre la doctrina de la imputación kantiana y la imputación objetiva en Jakobs*, Ara Editoriales, Lima, 2010, pág. 68.

⁵⁷⁷ POLAINO-ORTS, Miguel, «Las cuatro caras de la imputación penal», op. cit., pág. 68.

aunque comparte el carácter de estructura de legitimidad material, goce de una peculiaridad que la ubica sobre el resto de dichas estructuras⁵⁷⁸.

En lo que aquí interesa, la pregunta acerca de los diferentes “roles” con los que se interactúa en la vida social emana de la necesidad de determinar cuándo nos encontramos frente a una conducta que produce perturbación social. En términos prácticos, por una parte, la estructuración social permite afirmar que hay determinadas funciones que corresponden a algunos y no a otros, de modo que el desempeño de tales funciones por quienes ostentan las características exigidas, se estima perturbador⁵⁷⁹. Se puede deducir que el rol cuya observación garantiza el Derecho penal es el de ciudadano fiel a Derecho; es decir, el de la persona en Derecho⁵⁸⁰.

3) Tipos de roles

Hasta ahora hemos visto que a cada sujeto le corresponde una función en la sociedad, y a su vez, esa posición viene determinada por su rol, es decir, el rol que desempeña cada sujeto en el mundo. De este planteamiento se podría extraer una consecuencia errónea, a saber: que a cada sujeto le corresponde un rol. Nada más alejado de la realidad. Lo cierto es que, por lo general, los seres humanos desempeñan en el mundo dos o más roles simultáneamente, o al menos que cada sujeto tiene dos o tres máscaras que puede usar indistintamente, dos o tres etiquetas que puede ponerse sobre la solapa una junta a la otra. Por ejemplo, nada impide que un magistrado sea al mismo tiempo padre de familia, o que en un sujeto concurren el rol de taxista y el de presidente de comunidad de vecinos⁵⁸¹.

⁵⁷⁸ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistema de imputación*, op. cit., pág. 347.

⁵⁷⁹ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistema de imputación*, op. cit., pág. 351.

⁵⁸⁰ JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona*, op. cit., pág. 64.

⁵⁸¹ POLAINO-ORTS, Miguel, «Imputación funcionalista» en KINDHÄUSER, Urs / POLAINO-ORTS, Miguel / CORCINO BARRUETA, Fernando, *Imputación normativa. Aspectos objetivo y subjetivo de la imputación penal*, ConTexto, Resistencia-Chaco, Argentina, 2011, pág. 17.

Dicho todo esto, existen dos tipos de roles que puede desempeñar un sujeto. Por una parte, el rol general -o común- de persona, cuyo contenido en términos generales está dado por el deber negativo de “no dañar a otros” y por la otra, se tenemos ciertos roles especiales⁵⁸².

3.1) Rol común

El rol común es aquel que afecta a todo sujeto en la sociedad: así, puede citarse el rol de pagar a hacienda, o el rol de socorrer a quien se halla desamparado y en situación de peligro, pudiendo hacerlo sin riesgo propio ni de tercero. Se trata de un rol de solidaridad mínima, que afecta a todo ciudadano que se encuentre en el mundo social, sin distinciones de ningún tipo⁵⁸³. El rol común tiene el contenido positivo de constituir a la persona en cuanto a persona en Derecho; pero aquí interesa más el lado negativo.

Existe un rol social que enlaza a todos los demás roles, que les sirve de sustento y que los informa: el rol de persona. En el plano de las fuentes, resulta extremadamente difícil distinguir de donde emanan unos y otros roles. Afirmar que emanan de los sistemas sociales en los que participa resulta muy difícil respecto de los roles específicos que desempeña una persona (gerente, socio de un club deportivo, miembro de un partido político, etc.), pero no ayuda mucho determinar de dónde se obtiene esa construcción normativa que es el propio concepto de persona. En cualquier caso cada sistema social volverá según su propia operación sobre el concepto de persona delimitándolo según sus propias normas⁵⁸⁴.

⁵⁸² PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistema de imputación*, op. cit., pág. 414.

⁵⁸³ POLAINO-ORTS, Miguel, «Las cuatro caras de la imputación penal. Acotaciones críticas al concepto kantiano de imputación desde una perspectiva funcionalista», en MIRÓ LLINARES, Fernando / POLAINO-ORTS, Miguel, *La imputación penal a debate*, op. cit., pág. 79.

⁵⁸⁴ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistema de imputación*, op. cit., pág. 292.

Es por ello por lo que la diferenciación del rol de persona, en la sociedad en que se reconoce la libertad, si bien muy difícil de precisar en términos positivos, puede caracterizarse por una expectativa básica que se le dirige en términos negativos: “ejerce tu libertad sin dañar a otros”. La conclusión de que es preciso evitar dañar a otros al ejercer la libertad no se explica como un logro evolutivo autónomo. La propia libertad es el logro evolutivo, mientras que la prohibición de dañar con su ejercicio es requisito de existencia de dicha libertad. En otros términos, no ocurre que primero se haya llegado al reconocimiento de la libertad y luego se haya diferenciado una prohibición de dañar, ambas forman parte de un mismo sinalagma: no existe libertad sin responsabilidad⁵⁸⁵.

Ahora bien, existe la libertad de organización, pero como contrapartida a la misma –y dentro de esa libertad de organización- hemos de cuidar de que nuestro ámbito de organización no dañe esferas jurídicas ajenas. La expectativa siempre es la misma, por cuanto se espera que mediante la regulación normativa cada ciudadano se comporte de acuerdo con esos límites, es decir, reconociendo y observando el Derecho como generador de expectativas. Cabe aclarar al respecto, de conformidad con lo expresado por SÁNCHEZ-VERA, que la defraudación puede ser externamente no igual: algunas veces se produce por omisión, otras por acción. Pero una tal desigualdad tan sólo exterior de la clase de defraudación no es relevante: en ambos casos las expectativas no son satisfechas⁵⁸⁶.

Con la diferencia de esta estructura (el rol persona) se hace frente a la doble contingencia. Es preciso poder ver a una persona en cada portador de un rol que administra su ámbito de organización según estándares generalizados y razonablemente esperados. Sólo entonces es posible estructurar la propia conducta, cuando se sabe que la desviación por parte del “alter” de esos

⁵⁸⁵ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistema de imputación*, op. cit., págs. 292-293.

⁵⁸⁶ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, «Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte», en *ADPCP*, tomo XLVIII, fasc. I, 1995, pág. 207.

estándares lo conducirá a la responsabilidad y se espera de ello algún tipo de motivación⁵⁸⁷.

3.2) Roles especiales

En la responsabilidad por la defraudación de las expectativas del rol especial, es preciso tener presente que el hecho de que un sujeto desempeñe un gran número de roles, no implica que haya de desempeñarlos todo el tiempo. La conducta conforme o disconforme a las expectativas del rol, ha de juzgarse conforme al rol que actualmente se está desempeñando. Sólo así cobra relevancia para dicha responsabilidad que los acontecimientos tengan lugar cuando el policía no está de servicio, el médico está de vacaciones, o el salvavidas ha terminado su jornada de trabajo. Los roles no operan, en este sentido, como un cúmulo de expectativas indelebles que deban asociarse a un determinado sujeto, en términos de responsabilidad⁵⁸⁸.

Así, los roles especiales son los que obligan únicamente a aquellos sujetos que se encuentren en una posición singular, concreta, determinada, que les distingue y les individualiza frente al resto de los ciudadanos: por ejemplo, el rol de funcionario público, el rol de padre, etc. Por ello de tales roles no surgen deberes de solidaridad mínima, sino deberes de garante, porque generan una incumbencia similar, específica a la que únicamente se puede llegar mediante la titularidad de un rol especial⁵⁸⁹.

En los delitos de infracción de deber la cualificación especial del autor se basa en la existencia de una institución, en la que se encuentra inmersa el

⁵⁸⁷ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistema de imputación*, op. cit., pág. 293.

⁵⁸⁸ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistema de imputación*, op. cit., pág. 295.

⁵⁸⁹ POLAINO-ORTS, Miguel, «Las cuatro caras de la imputación penal», op. cit., pág. 79. / *Vid.*, además, trascendental sobre este tema, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *El delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid, 2002, *passim*.

autor⁵⁹⁰. Ahora bien, el *quantum* con el que el determinado sujeto participa en los delitos de infracción de deber es irrelevante. En todo caso, se trata de garantizar la existencia de un bien jurídico ante cualquier peligro o, en su caso, ante algunos determinados, por lo que, no sería necesario tener en cuenta el *quantum*⁵⁹¹. En consecuencia, el denominado “obligado especial, en lo referente al mantenimiento del bien, tiene que edificar un mundo en común con el beneficiario, es decir, ocuparse del bien como si fuese propio”⁵⁹².

En suma, el rol común asiste a todo el mundo. El rol específico a determinadas personas. Pero aquellas a quienes incumbe un rol específico no por ello dejan de tener su rol común. Más bien, el rol específico presupone y trasciende el rol común, lo exige, pero va más allá. Otra cosa es como se sancione la infracción del rol por parte de ese sujeto. A efectos de la “demanda social”, esto es, de la retribución o castigo por infracción del rol, el rol específico prima sobre el general porque normalmente aquél ya incluye o presupone a éste: por ejemplo, el padre de familia que no alimenta al hijo menor que fallece a resultas de su inanición, no responde por un delito de omisión del deber de socorro, sino que responde por un delito que engloba a esa infracción de solidaridad mínima: el homicidio del niño, es decir, responde como si hubiera causado la muerte del niño activamente⁵⁹³.

B) Efecto del quebrantamiento de las expectativas normativas

Desde la perspectiva funcionalista normativa, se parte de la consideración de que la norma se erige como un criterio básico de todo el mundo social, y sirve

⁵⁹⁰ En una primera formulación JAKOBS mencionaba como instituciones la relación paterno-filial, el matrimonio, la confianza especial y los deberes genuinamente estatales. Pero más tarde ha reducido la lista, al suprimir de la misma la institución matrimonial. *Vid.* SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *El delito de infracción de deber*, op. cit., pág. 41.

⁵⁹¹ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *El delito de infracción de deber*, op. cit., pág. 41.

⁵⁹² SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *El delito de infracción de deber*, op. cit., págs. 41-42.

⁵⁹³ POLAINO-ORTS, Miguel, «Imputación», op. cit., pág. 18.

de vehículo orientador de las relaciones entre ciudadanos, entre los integrantes de la estructura social. El triángulo “norma-persona-Sociedad” es algo más que un hallazgo feliz por parte de la dogmática funcionalista. Constituye un trípode de trascendental importancia en la explicación de la dinámica de funcionamiento de los contactos sociales. Sin él, carece de sentido una explicación del mundo social basado en instituciones normativas y que señala a la persona como titular de derechos y deberes, esto es, se lo identifica como único interlocutor válido de la comunicación social, en otras palabras, como único receptor idóneo del mensaje normativo⁵⁹⁴.

A partir de ese punto se produce un acuerdo normativo, ello quiere decir que existe una interacción mutua entre la sociedad y sus integrantes. Las personas, a diferencia de los individuos, participan en la estructura social en tanto portadores de un rol⁵⁹⁵. Al formar parte de la estructura social las personas en Derecho -éstas- adecuan su conducta conforme a las expectativas normativas, es decir, administran responsablemente el rol que le corresponde conforme a la norma. En ese esquema interactivo -sociedad y sus integrantes-, el contenido de la norma no es, ciertamente, uno de imperativismo ni de valorativismo. La norma no se limita a fundir de mecanismo de transmisión de órdenes ni de imperativos mediante la consagración de prohibiciones, ni tampoco simplemente para valorar los bienes jurídicos de la persona o de la sociedad. El contenido normativo es algo que trasciende a ello, sobre la base de la comunicación personal: la norma viene a ser el marco en el que los ciudadanos respetuosos con el derecho pueden desempeñar con un mínimo de fiabilidad sus contactos sociales⁵⁹⁶.

Ahora bien, la posibilidad del quebrantamiento de la norma es, pues, un elemento esencial en la definición de norma jurídica. En primer lugar, antes se trata de dos cuestiones situadas en planos absolutamente distintos, el plano

⁵⁹⁴ POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límites de la vigencia*, Bosch, Barcelona, 2009, pág. 225.

⁵⁹⁵ POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit. pág. 237.

⁵⁹⁶ POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit. pág. 239.

normativo y el naturalístico, es decir, la sociedad y el ambiente. Además, la posibilidad de que la norma jurídica prohíba un hecho de la naturaleza se corrobora como dato empírico. No existe sociedad sin criminalidad, esto es, sin infracción de la norma. No existe y no es innegable, salvo en escritos de ciencia-ficción y en utópicas visiones de una sociedad deseada. Toda sociedad implica un índice de criminalidad. La sociedad moderna no es concebible sin la infracción de las normas integrantes de su sistema⁵⁹⁷.

La norma jurídica no impone una determinada conducta, aunque intenta orientar la conducta de los ciudadanos conforme a un determinado canon. Ese canon social lo constituyen las expectativas. Éstas son, pues, orientadores de sentido. Las expectativas tienen, en consecuencia, la función de orientar de modo más estable posible la comunicación social, y ello frente a la complejidad y la contingencia del mundo⁵⁹⁸. Evidentemente la contrapartida de la expectativa social es la infracción de la norma, esto es, la defraudación de la expectativa social. El sistema prevé, precisamente, dos medios o modos de vencer la defraudación de una expectativa⁵⁹⁹ tanto cognitiva como normativa. Ambas clases tienen trascendencia para el derecho. En efecto, éste se integra de expectativas normativas -conducta fiel al Derecho-, pero las expectativas normativas requieren un esfuerzo cognitivo, de una expectativa cognitiva. Es trascendental la dinámica entre expectativas cognitivas y normativas. Y la función de la norma pena se reduce, en última instancia, garantizar la integridad de las expectativas sociales, que conforman la estructura de la sociedad⁶⁰⁰.

⁵⁹⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel, «Reflexiones sobre la norma jurídico-penal: estructura, naturaleza y funciones», en AA.VV., *Dogmática y Criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo: Homenaje de los grandes tratadistas a Alonso Reyes Echandía*, Legis Editores, Bogotá, 2005, pág. 512.

⁵⁹⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, «Reflexiones sobre la norma jurídico-penal», op. cit., pág. 513.

⁵⁹⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, «Reflexiones sobre la norma jurídico-penal», op. cit., pág. 513.

⁶⁰⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel, «Reflexiones sobre la norma jurídico-penal», op. cit., pág. 514.

C) Configuración de la autoexclusión potestativa

Hasta ahora se han visto tanto los roles de las personas y las consecuencias del quebrantamiento de las expectativas normativas, y ahora cabe recalcar que estas situaciones se presentan dentro de un Derecho penal del ciudadano, pero a pesar de que la persona haya cometido un delito el Estado aún mantiene la expectativa de que la persona adecuara su conducta conforme a Derecho. Ahora bien, situación distinta pasa con los sujetos que de manera permanente se mantienen al margen de la norma, a los que se denomina “enemigos” en sentido normativo. La exclusión de estos “enemigos” es, siempre una autoexclusión; siendo el propio individuo en ejercicio de su libertad de actuación, y de decidir si deja de brindar la seguridad mínima que se espera de todo ciudadano, oponiéndose con ésta actitud frontalmente a la norma⁶⁰¹. Claro ejemplo se presenta con las organizaciones criminales y terroristas, por lo cual se tiene que aplicar un tratamiento distinto conforme al grado de peligrosidad que estos presentan para la sociedad.

Se puede mantener entonces que la conducta del enemigo es potestativa: “teniendo así libertad de actuar como quiera, pero en todo caso -de manera consciente de sus actos -responde de su actuación (el principio de libertad tiene como contrapartida la responsabilidad por la consecuencias), en ese sentido la libertad de decisión, (por ejemplo, para asociarse con un fin delictivo, conformando un grupo terrorista o una organización criminal) inexorablemente va unida a la responsabilidad por esa actuación, de manera que si la libertad es potestativamente también lo es situarse en una posición de invasión de las esferas ajenas atentando contra el más básico deber cívico de personalidad. El sujeto que se asocia con un fin terrorista, o a una organización criminal, se autoexcluye voluntariamente dejando de prestar la mínima garantía cognitiva, pero también se

⁶⁰¹ JAKOBS, Günther / POLAINO-ORTS, Miguel, *Delitos de organización: un desafío al Estado*, op. cit., p. 186.

introduce de manera voluntaria y consciente en una esfera en la que es combatido como enemigo. Subsumiendo entonces, lo potestativo es su acto, pero también su autoconfiguración como enemigo⁶⁰². En el caso del terrorismo su finalidad es la desestabilización del sistema democrático y que unos de los medios dirigidos a ese fin es el de propiciar el establecimiento de regímenes excepcionales⁶⁰³. Situación distinta a la que presenta de la organización criminal, ya que ésta tiene como fin el lucro económico.

En este punto, es necesario hacer hincapié en la aclaración que hace JAKOBS, sobre el Derecho penal del enemigo y del ciudadano, indicando que ambos son tipos ideales que difícilmente aparecerán llevados a la realidad de modo puro. En este sentido manifiesta que incluso el terrorista más alejado de la esfera ciudadana es tratado al menos formalmente como persona, al concedérsele en el proceso penal los Derechos de un acusado ciudadano⁶⁰⁴. Podemos asimilar entonces que dicha diferencia entre persona y enemigo no es tan antagónica y que pueden llegar a mezclarse cuando son extraídos a la aplicación práctica.

Como manifiesta con clara razón VAN WEEZEL, lo que ocurre -en el Derecho penal del enemigo- realmente es una “despersonalización”, es decir, se trata de una modificación del segmento del hombre que interesa al ordenamiento jurídico⁶⁰⁵. Cuando se habla de “despersonalización”, se la refiere a una parcela jurídica de la persona que es la que interesa al Derecho penal puesto que está mal

⁶⁰² POLAINO-ORTS, Miguel. *Derecho penal del enemigo*, op. cit. pág. 186. (nota al pie número 122). / Como ha señalado GARCÍA VALDÉS, “hay que decir que los pretendidos responsables de este delito han de compartir en su totalidad los principios ideológicos esenciales de la banda, asumir plenamente sus planteamientos e identificarse, de manera completa, con los objetivos íntimos y finales del grupo terrorista, apoyándolos incondicional y materialmente, elemento siempre necesario para construir el tipo penal”. *Vid.* GARCÍA VALDÉS, Carlos, «Tres temas penales de actualidad», en *REP*, nº 258, 2015, pág. 12.

⁶⁰³ MESTRE DELGADO, Esteban, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1987, pág. 86.

⁶⁰⁴ JAKOBS, Günther, *Derecho penal del enemigo*, 2ª ed., trad. Manuel Cancio Meliá, Civitas, Madrid, 2006, pág. 23.

⁶⁰⁵ VAN WEEZEL, Alex, «Persona como sujeto de imputación y dignidad humana», en CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ JARA-DÍEZ, Carlos, *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Edisofer, Madrid, 2006, pág. 1069.

administrada y en consecuencia pasa a ser heteroadministrada por el Estado el cual lo neutraliza.

Ahora bien, en el seno de la función social, las personas que se han de desempeñar -o desarrollar- en el sistema son libres de adecuar su comportamiento a la norma jurídica o rechazar el valor que ésta tiene como criterio rector de las relaciones sociales. Si se deciden por este último, es decir, si se oponen decididamente al valor simbólico (como expresión de sentido) que tienen las normas, entonces tal sujeto no sólo se decide por su autoexclusión voluntaria del sistema, sino que su propia despersonalización supone, ya, una grave alteración de las bases fundamentales del vivir comunitario: el del respeto a los demás conciudadanos como personas en Derecho⁶⁰⁶.

En este sentido, quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el estado no debe tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas⁶⁰⁷. El enemigo se define como se manifestó porque no presta seguridad cognitiva, y a esta definición se llega, según la experiencia (observación), después de que ello ocurre en los siguientes supuestos, mencionándose los supuestos en que realmente, *hic et nunc*, el sujeto es tratado normativamente como enemigo porque presenta un déficit de seguridad cognitiva⁶⁰⁸.

⁶⁰⁶ POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit. pág. 187.

⁶⁰⁷ JAKOBS, Günther, *Derecho penal del...*, op. cit., pág. 47.

⁶⁰⁸ POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit. pág. 170. / En el caso de la ley antiterrorista, MESTRE DELGADO muestra su disconformidad en relación a una flexibilización de las garantías constitucionales, indicando lo siguiente: “Debe afirmarse rotundamente que, frente a la paradoja de prescindir de la democracia con el fin de defenderla, la legislación antiterrorista del Estado democrático ha de ceñirse estrictamente al marco constitucional, suprimiendo todas las medidas que la hagan perder legitimidad democrática, ya que la democracia sólo se defiende con democracia”. *Vid.* MESTRE DELGADO, Esteban, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1987, pág. 86.

A modo de breve conclusión, podemos decir que el sujeto que desvía su conducta de manera continuada y permanente está en la libertad potestativa de tomar la decisión “consciente” de autoexcluirse del sistema -manifestando ésta voluntad con su comportamiento-, constituye una muestra clara del desconocimiento intencional y frontal que hace a la norma, derivando esta actitud, con una lógica respuesta de la norma, porque al desconocer la vigencia de la norma y desarrollarse de manera duradera al margen del sistema social, llegaría a constituir un foco de peligro latente -por la predisposición e intencionalidad manifiesta de cometer delitos, contra la paz y seguridad pública-, en contraposición para procurar la vigencia de la norma se lo considerado como enemigo en sentido normativo.

IV.- Principios de imputación en los delitos de organización criminal

La imputación penal constituye la desviación respecto de aquella expectativa que le compete al portador de un rol, más escuetamente: como la desviación de un rol. En este sentido la imputación es, precisamente, el reverso del ejercicio correcto del rol, de manera que debe su existencia precisamente por el hecho del sujeto que se desvía y no adecua su conducta al rol que se espera que desempeñe en la sociedad. La imputación objetiva es, pues, en esencia una defraudación imputable de las expectativas sociales, correlativamente con la concepción de la norma como modo de orientación de conductas y como fundamento estabilizador de expectativas sociales⁶⁰⁹.

En su momento, TORÍO LÓPEZ indicó que la nueva teoría de la imputación objetiva es menos una construcción nueva que la manifestación de un método menos nuevo, es decir, del método teleológico valorativo en el campo particular de los delitos de resultado. Pero que a su modo de ver no es -o no presenta-, sin

⁶⁰⁹ POLAINO-ORTS, Miguel, «Delitos tributarios e imputación objetiva...», op. cit., pág. 288. / Sobre el concepto de imputación objetiva, TORÍO LÓPEZ indica que dicho concepto descansa sobre la acción peligrosa, es decir, sobre sobre aquellas propiedades de esa acción que permiten considerarla como fuente de posible peligro. *Vid.* TORÍO LÓPEZ, Ángel, «Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva», en *ADPCP*, tomo 39, fasc. I, 1986.

embargo, nada distinto de la tipicidad entendida en sentido técnico, orientada en sentido teleológico y valorativo⁶¹⁰. Continúa el citado autor indicando que lo que es verdaderamente nuevo es la pretensión de elevar, mediante un proceso inductivo, ciertos principios particulares a criterio dogmático general. Ha podido así afirmarse que sólo es objetivamente imputable un resultado cuando la acción peligrosa, jurídicamente prohibida, se ha materializado realmente en tal resultado típico⁶¹¹. Además se tiene que tener en cuenta que “la acción haya creado un peligro, jurídicamente desaprobado, que se ha realizado en el resultado típico”⁶¹².

La defraudación de la expectativa social que está depositada en el titular del rol genera, pues, de ese modo, la necesidad de un reproche social en forma de imputación. En ese momento, el sujeto, aunque por lo general se considera que sigue siendo formalmente persona, se comporta como individuo y a él se le retribuye el haber gestionado su ámbito de organización de manera socialmente inadecuada⁶¹³.

Ahora bien, se tiene que tener claro que si la imputación es la desviación de un rol, entonces únicamente puede ser objeto de esa imputación el quebrantamiento o inobservancia de alguno de los deberes inherentes al rol; pero ninguno que quede al margen o fuera de ese rol, esto es, extramuros de ese ámbito de organización. Si pudieran imputarse quebrantamientos de deberes ajenos, entonces el ciudadano quedaría desprotegido y el ejercicio del rol de ciudadano quedaría absolutamente desprotegido y, en última instancia, responsabilizaría a todo mundo de lesiones producidas fuera de su ámbito de organización, es decir, al margen de su esfera de competencia, y el rol ya no sería más una garantía⁶¹⁴.

⁶¹⁰ TORÍO LÓPEZ, Ángel, «Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma», en *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 10, 1985-1986, págs. 383-384.

⁶¹¹ TORÍO LÓPEZ, Ángel, «Fin de protección y ámbito», op. cit., pág. 385.

⁶¹² TORÍO LÓPEZ, Ángel, «Naturaleza y ámbito de la teoría», op. cit., pág. 33.

⁶¹³ POLAINO-ORTS, Miguel, «Delitos tributarios e imputación objetiva», op. cit., pág. 290.

⁶¹⁴ POLAINO-ORTS, Miguel, «Las cuatro caras de la imputación penal», op. cit., pág. 78.

A) Riesgo permitido

Las sociedades modernas son sociedades de riesgo⁶¹⁵. La sociedad en su conjunto esta transida de una diversidad de riesgos que es difícil aprehenderlos todos⁶¹⁶. Las normas penales sancionadas regulan el comportamiento humano no porque sí, sino para posibilitar la vida social, que no puede existir sin la seguridad de las expectativas. Así pues, ya para mantener una oferta diferenciada de posibilidades de contacto social hay que asumir algunas defraudaciones de expectativas, resultando tanto más aceptar como un riesgo como permitido cuanto más amplíe la libertad de actuación de la propia en cada caso⁶¹⁷. Como dato originario se toma en cuenta en el riesgo permitido que la acción emprendida no está exenta intrínsecamente de peligrosidad, es decir, contiene una posibilidad no desdeñable de que determine la lesión de bienes jurídicos⁶¹⁸.

Como ha señalado JESCHECK, cuando hablamos de riesgo permitido estamos ante un principio estructural común de distintas causas de justificación cuyos elementos materiales están regulados especialmente. El armazón común de estas causas de justificación consiste en que posibilitan el desarrollo de acciones que en esencia son socialmente deseables, pero que a pesar de ellos muestran propensión hacia la creación de un riesgo. Por su utilidad estas acciones también pueden ser llevadas a efecto aún cuando el riesgo en ellas contenido se realice y malogre la utilidad perseguida⁶¹⁹. El riesgo es el patrón perceptivo e intelectual que moviliza a toda una sociedad enfrentada a la construcción de un futuro abierto, lleno de inseguridades y obstáculos, una sociedad que ya no está

⁶¹⁵ Con mayor detalle, BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós Ibérica, Barcelona, 2001, *passim*.

⁶¹⁶ POLAINO-ORTS, Miguel, «Imputación», op. cit., pág. 25.

⁶¹⁷ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general, fundamentos y teoría de la imputación objetiva*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 243.

⁶¹⁸ TORÍO LÓPEZ, Ángel, «Fin de protección y ámbito», op. cit., pág. 398.

⁶¹⁹ JESCHECK, Hans-Heirich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., trad. Miguel Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2003, pág. 430.

determinada por la religión, la tradición, o la sumisión a la naturaleza y que tampoco cree en los efectos redentores de las utopías⁶²⁰.

Por otro lado, al respecto cabe cuestionarse: ¿cuál el fundamento del riesgo permitido? Como postulado general, puede decirse que todas aquellas actividades desarrolladas dentro de lo que socialmente se considera un riesgo permitido no pueden dar lugar a reproche jurídico de ninguna naturaleza, aun en el caso que generen lesiones a particulares; por el contrario, son desaprobadas todas aquellas conductas que exceden el riesgo permitido, lo cual cobija solo aquellas actividades que han sido desplegadas a pesar de ser socialmente prohibidas, sino también las que siendo toleradas han sido observadas sin la observancia de las normas de cuidado previamente establecidas para la minimización del riesgo⁶²¹. Ello ha llevado a negar la imputación objetiva en algunos casos en que el resultado producido no era imprevisible, pero habría sido el producto de una actividad lícita, por pertenecer a un sector social peligroso pero útil⁶²².

En otros términos -pese a ello-, no se obtiene el punto óptimo para el conjunto de los bienes mediante la prescripción de la máxima seguridad para ellos, sino con la autorización adicional de interacciones con un cierto grado de riesgo, en las que se sacrifican ciertamente algunos bienes, pero que ayudan a tender que todo riesgo permitido sería el resultado de un cálculo de coste y beneficios susceptibles de comprobación. Muchos de ellos sencillamente el fruto de una recepción histórica: siempre se ha hecho así. Pero también este riesgo permitido no fundamentado de un modo racional, sino tradicional, pertenece a la identidad de la sociedad: ésta no censura aquello a lo que está acostumbrado⁶²³.

⁶²⁰ BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo. En busca de la seguridad perdida*, Paidós, Barcelona, 2007, pág. 20.

⁶²¹ REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, 3ªed., Temis, Bogotá, 2005, págs. 97-98.

⁶²² MIR PUIG, Santiago, «Significado y alcance de la imputación objetiva en el Derecho penal», en *RECPC*, 2003, pág. 9.

⁶²³ JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho penal*, trad. Manuel Cancio Meliá, Civitas, Madrid, 1997, pág. 212.

Independiente de la fundamentación dominante de esta institución, en absolutamente todas las sociedades existe un riesgo permitido, respetado en el cual la conducta no perturba y es por tanto correcta, incluso si, por una desafortunada concatenación de circunstancias, conduce a un daño. En tal caso, este daño es, en la medida en que quede excluida la atribución de terceras personas, infortunio de la víctima, pero no injusto de aquel que se comportó dentro del riesgo permitido⁶²⁴. Así los límites de lo que está dentro del riesgo permitido se pueden trazar en parte con exactitud: si la ley prohíbe una conducta como abstractamente peligrosa, tal comportamiento entraña, en condiciones normales, un riesgo no permitido. De este modo cabe distinguir con nitidez lo permitido de lo no permitido⁶²⁵.

Por otro lado, se podría establecer que lo que es socialmente adecuado, especialmente también cuando aparece en forma de la permisión de un riesgo, no queda legitimado por la referencia al Derecho, sino que se legitima de forma histórica, es decir, por su propia evolución. El Derecho termina de definir el esbozo de lo socialmente adecuado y lo perfila, es decir, tiene lugar incluso entre normas jurídicas; el Derecho, sin embargo, no desempeña más que esta función auxiliar⁶²⁶. Así pues, ya para mantener una oferta diferenciada de posibilidades de contactos social hay que asumir algunas defraudaciones de expectativas, resultando más posible aceptar un riesgo como permitido cuanto más se amplíe la libertad de actuación propia en cada caso⁶²⁷. La fundamentación del riesgo permitido esta emparentada en la medida, con la ponderación de intereses en el estado de necesidad. Paralelamente, solo podrá tener lugar cuando no sólo es evaluable la magnitud del riesgo, sino también la utilidad y el perjuicio, con arreglo a los baremos jurídicos, es decir, si se pueden definir como intereses jurídicamente reconocidos o no reconocidos. Por eso el riesgo permitido tampoco se podría obtener teniendo en cuenta solo un patrón técnico: el patrón

⁶²⁴ JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho*, op. cit., pág. 212.

⁶²⁵ JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho*, op. cit., pág. 213.

⁶²⁶ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal*, trad. Manuel Cancio Meliá, Civitas, Madrid, 1996, pág. 122.

⁶²⁷ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 243.

determina lo que es usual o también lo preferible, pero no resuelve el problema de la valoración⁶²⁸.

Sobre los riesgos permitidos no cabe realizar un saldo de coste-utilidad debido a la falta de un modelo social suficientemente concreto y a la vez vinculante -debido a la diferencia de la realidad social que existe entre las sociedades-, razón por la cual junto al riesgo permitido por ponderación del riesgo aparece un riesgo permitido por “legitimación histórica”: determinadas formas de actividad permitida por el uso históricamente y socialmente adecuadas⁶²⁹. Así, de esta manera, el Derecho penal no tiene por qué proteger un arsenal de bienes en reposo, ni únicamente maximizar los bienes, sino que tiene que estabilizar expectativas en relación con determinados modos de comportamiento. Es decir, cuando una conducta ciertamente daña bienes, pero sin embargo no defrauda expectativas, porque su aceptación se ha convertido en costumbre, esto sólo constituiría una contradicción si la seguridad de los bienes se considera “potencialmente”⁶³⁰.

Por otro lado, existe un consenso fundamental a la hora de aceptar que en el marco de la realización de actividades arriesgadas existen determinados espacios que ya desde un principio no se hallan abarcados por las normas penales de comportamiento por responder a una configuración vital que esta tolerada como general; por tanto, las conductas realizadas dentro este marco están cubiertas por un riesgo permitido⁶³¹. Puesto que una sociedad sin riesgo no es posible y nadie se plantea seriamente renunciar a la sociedad, una garantía normativa que entrañe la total ausencia de riesgos no es factible; por el contrario, el riesgo inherente a la configuración social ha de ser irremediamente tolerado, como riesgo permitido⁶³².

⁶²⁸ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 243.

⁶²⁹ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 244.

⁶³⁰ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 244.

⁶³¹ CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2011, pág. 72.

⁶³² JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva*, op. cit., pág. 118.

Ahora bien, también cabe preguntar: ¿dónde reside la línea divisoria, el tránsito de lo permitido y lo prohibido? Desde luego, no existe un límite matemático exacto al respecto. Ello quiere decir lo siguiente: que el nivel de permisibilidad -como se dijo con anterioridad- lo delimita la propia Sociedad, en función de sus expectativas sociales⁶³³. El riesgo permitido constituiría una especie de parámetros de tolerancia que existen en las sociedades actuales y a su vez varían de acuerdo a cada realidad social de cada Estado, aunque por otro lado también es cierto que existen parámetros comunes de intolerancia frente a determinados fenómenos delictivos que por su naturaleza representan un potencial de peligrosidad lesiva actual hacia el conjunto de Estados, y nos referimos propiamente a la organización criminal, que se desarrolla al margen de las normas de un Estado.

Del mismo modo que -como se ha manifestado- hay riesgos tolerables, existen también riesgos no permitidos, esto es, que sobrepasan la cota de lo normalmente permisible en cada Sociedad, en función de las expectativas de cada lugar y de cada momento. La creación o no neutralización de esos riesgos generan una responsabilidad. En consecuencia, un riesgo sobre el cual la Sociedad no conoce al sujeto la posibilidad de gestionar o neutralizar ese riesgo, puede llegar a constituir un injusto punible⁶³⁴. La determinación realizada desde el lado de lo no permitido es posible en muchos ámbitos vitales, especialmente en ámbitos genuinamente peligrosos, pues en los Estados modernos lo susceptible de regulación suele estar regulado. Ejemplo: el tráfico rodado, el tráfico aéreo, manipulación de sustancias peligrosas y alimentos, la construcción de edificios, así como muchas áreas aprehendidas jurídicamente de tal modo que cabría delimitar lo que no está permitido de lo que sí lo está con cierta claridad⁶³⁵.

⁶³³ POLAINO-ORTS, Miguel, «Imputación», op. cit., pág. 25.

⁶³⁴ POLAINO-ORTS, Miguel, «Imputación», op. cit., pág. 27.

⁶³⁵ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva*, op. cit., pág. 125-126.

Llegados a este punto y establecida brevemente la determinación del riesgo permitido en la Sociedad, encontramos en la otra cara de la moneda el riesgo no permitido, que es prohibido ya por su peligrosidad concreta o abstracta, y que se aplica a través del establecimiento de la prohibición de la puesta en peligro, el comportamiento queda excluido del ámbito de lo socialmente adecuado, y se define como perturbación de la vida social; esto acontece por la simple realización de un comportamiento así configurado sin tener en cuenta el resultado que se produce⁶³⁶. En lo que se refiere al Derecho se establecen como estándares normas contra las puestas en peligro abstractas, estas normas excluyen de manera radical del ámbito de lo socialmente adecuado un determinado tipo de comportamiento; de ahí que haya de evitar puestas en peligro abstractas⁶³⁷.

Si se considera al riesgo permitido como un vector de la imputación objetiva en el caso de la organización criminal, y si consideramos los estándares permitidos y los contrastamos con la organización criminal, rápidamente nos encontraremos frente a un riesgo no permitido que es el resultado o concreción de lo no permitido dentro de una sociedad. Pero ¿por qué la organización criminal es un riesgo no permitido? En principio porque la norma prohibiría su existencia, y su configuración o existencia cuestionaría claramente -en razón a la capacidad lesiva- las bases de un Estado, también porque su característica organizacional es paralela y casi similar a la un Estado, con la diferencia que esta direccionada a la comisión de delitos. ¿Es la creación de una organización criminal la elevación de un riesgo permitido? Por referencia normativa podríamos manifestar que es más que una simple elevación del riesgo permitido, esto debido a las características propias de la organización y lo que representa frente al Estado, es decir, que todos los elementos que lo componen la organización criminal van en clara contraposición del propio Estado al punto de constituir prácticamente un subsistema dotado de organización estructural, compuesta por miembros, con idoneidad lesiva, y que orientan sus acciones a la

⁶³⁶ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva*, op. cit., pág. 125.

⁶³⁷ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva*, op. cit., pág. 128.

comisión de delitos. Por esta razón el propio Código penal recoge esta figura delictiva y la sanciona de manera autónoma.

B) Principio de confianza

Cuando se habla del principio de confianza puede afirmarse que, a pesar de la experiencia de que otras personas cometen errores, se autoriza a confiar en su comportamiento correcto, entendiéndolo no como suceso psíquico, sino como estar permitido confiar. Este principio -conforme a JAKOBS- no es sólo un supuesto particular de riesgo permitido, sino también de la prohibición de regreso: no se trataría únicamente de que las personas, en acciones comunes o contactos anónimos, puedan ser factores perturbadores al igual que los procesos naturales imprescindibles, referidos al riesgo permitido, sino también se trata de responsabilidad de esas por sus fallos, propiamente sobre la prohibición de regreso⁶³⁸.

Se trata de uno de los vectores más sugerentes de toda la doctrina de la imputación objetiva. En este sentido las relaciones sociales encuentran uno de los más firmes apoyos o basamentos en la confianza. No se trata de una confianza individual, psicológica, sentimental. Se trata en todo caso de una confianza mediada por lo social. Uno confía razonablemente en que los demás ciudadanos se comportaran de igual manera: respetando la norma, satisfaciendo de esta manera las expectativas sociales, respetando a todos como personas en Derecho⁶³⁹.

Es así que el conjunto de interacciones personales dentro de la estructura social como se manifestó con anterioridad, se proyectan con la mediación de lo social, a su vez también consideramos que aquí entra en juego el “rol” que desempeña cada persona en sociedad, es decir, el conjunto social deriva la

⁶³⁸ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 253-254.

⁶³⁹ POLAINO-ORTS, Miguel, «Imputación», op. cit., pág. 31.

confianza en la adecuada realización de un determinado “rol” dentro de la sociedad, en este sentido mantiene una expectativa normativa sobre el sujeto.

Se refiere a que -dentro de la sociedad- existe una confianza generalizada en que las personas se comportarán de acuerdo a la norma. A su vez, también ésta se funda en el desenvolvimiento de la sociedad. Por ello, el ámbito de vigencia del principio de confianza suele conformarse por aquellas situaciones en las que interviene una pluralidad de sujetos⁶⁴⁰. El principio de confianza fundamenta el modo de desenvolvimiento de la estructura social, que supone una garantía para el ciudadano que gestione su esfera de competencia en el ejercicio de su libertad. Aunque se deriven eventualmente peligrosos, riesgos o lesiones de este ámbito, el titular o gestor puede ver excluida su responsabilidad si no infringió deber alguno, siendo este atribuido a una esfera de competencia ajena. En este caso, sería el sujeto autorresponsable quien cargaría con la imputación por la infracción finalmente producida⁶⁴¹.

El aludido principio expresa que el sujeto que realiza una actividad arriesgada, en principio lícita, puede confiar en que quienes participan junto a él en la misma se van a comportar correctamente, mientras no existan indicios de que ello no va a ser así. Dicho en palabras de STRATENWERTH: “por regla general no ha de responderse de faltas de cuidado ajenas, si no se puede confiar en que todos cumplirán con sus deberes de cuidado”. Se refiere singularmente a aquellos casos en los que el sujeto que actúa “en principio” es responsable de la situación de riesgo por él creada o que a él corresponde controlar, y, en la interacción social, le está permitido confiar en que el comportamiento de otros en esa situación será cuidadoso; al decirse que “en principio” es responsable, entonces queda claro sencillamente que se quiere decir que es una fuente de peligro cuya administración le corresponde al sujeto⁶⁴², pues en definitiva el que infringe la

⁶⁴⁰ POLAINO-ORTS, Miguel, «Imputación», op. cit., pág. 31.

⁶⁴¹ POLAINO-ORTS, Miguel, «Imputación», op. cit., pág. 32.

⁶⁴² CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas básicas de la teoría*, op. cit., pág. 76.

norma de cuidado no puede esperar que terceros arreglen la situación que él ha creado⁶⁴³.

Por otro lado, el principio de confianza extiende la posibilidad de libertad de actuación, y en este sentido se favorecen ciertos contactos sociales de carácter anónimo, se favorecen actividades o prestaciones de valor general que de otra manera sería difícil desarrollar: en todo caso, el principio de confianza posibilita una organización más de los contactos interpersonales⁶⁴⁴. En consecuencia, esta confianza socio-normativa se manifiesta de forma generalizada y sobre la que se desarrolla la sociedad, y también los diversos contactos entre sus miembros; por esta razón, el ámbito en el que tiene aplicación el principio de confianza lo constituirían aquellos contextos de interacción en que intervienen una pluralidad de sujetos y en los que existe una división jerarquizada de trabajo⁶⁴⁵.

Tal característica es propia de las actividades sociales de nuestros tiempos, en los que ya es infrecuente la intervención en solitario de un único autor. En este punto cabe preguntar: ¿qué sucede cuando la persona desvía su conducta de manera permanente? En respuesta, se podría afirmar que con ese comportamiento salta en pedazos el principio de confianza, de la mano del quebrantamiento del rol, y a su vez también la falta de deber de evitabilidad, y ello porque de manera consciente dirigiría su comportamiento -como en nuestro caso- a la conformación de una organización criminal.

Si la confianza en el desenvolvimiento de la estructura social supone una garantía para el ciudadano que gestione su esfera de competencia en el ejercicio de su libertad, aunque se deriven eventualmente peligros, riesgos o lesiones de este ámbito, el titular o gestor puede ver excluida de su responsabilidad si no infringió deber alguno, siendo éste atribuido a una esfera de competencia

⁶⁴³ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *Imputación objetiva en Derecho penal*, Grijley, Lima, 2002, pág. 310.

⁶⁴⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *Imputación objetiva*, op. cit. pág. 297.

⁶⁴⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *Imputación objetiva*, op. cit., pág. 303.

ajena⁶⁴⁶. La confianza social no se rompe si una persona actúa conforme a su rol, aunque esto implique ciertos riesgos o peligros que son aceptados por la estructura social, pero lo contrario sucede cuando un conjunto de sujetos se desenvuelven al margen de la estructura social, y la suma de sus comportamiento tiene como resultado una conducta conjunta relevante para la estructura social.

Pasar de la perspectiva individual al factor colectivo de la interacción social, resulta muy útil al momento de determinar si realmente existe un alejamiento de la norma -y con ello la defraudación del principio de confianza- por parte de los integrantes de una organización criminal, esto debido al factor colectivo con el que actúan, es decir, como un todo, debido a que la suma de sus comportamiento crea una conducta colectiva relevante por su carácter permanente, que por consiguiente traería consigo el quebrantamiento del principio de confianza -que la sociedad deposita en dicho sujetos-, al utilizar su libertad de actuación para dirigirla a la creación de un proyecto u órgano delictivo como es la organización criminal.

C) Prohibición de regreso y las conductas neutrales

Se parte indicando que, la prohibición de regreso en una teoría excluyente de la intervención delictiva plural de personas en un hecho susceptible de imputación. En los supuestos donde existe una pluralidad de intervinientes, si uno cruza la frontera de la tipicidad crea una comunidad delictiva que sólo vincula a quien la integre, y no así a quien no haya obrado sin exceder los límites de su propio rol. Dicho instituto, por tanto, rige en virtud del carácter típico de la conducta de los intervinientes delictivos únicamente es imputable a la comunidad

⁶⁴⁶ POLAINO-ORTS, Miguel, «Delitos tributarios e imputación objetiva», op. cit. págs. 296-297.

delictiva sin posibilidad alguna de regresar y alcanzar a quienes están fuera de dicha comunidad por haber obrado conforme a su rol estereotipado⁶⁴⁷.

Como casos en los que puede ser de aplicación esta institución se mencionan habitualmente supuestos en los que existe una aportación inicial subjetivamente dolosa, pero objetivamente ambivalente a un posterior desarrollo delictivo o a una autolesión: así, *v. gr.*, cuando el empleado de una gasolinera llena el depósito de combustible de un automóvil cuyas cubiertas se encuentran de modo tan evidente en mal estado que es palmario que va a producirse un accidente si se sigue circulando con el vehículo, tal aportación casual del empleado no puede dar lugar a una responsabilidad por un delito de lesión, de acuerdo a la prohibición de regreso⁶⁴⁸.

Lo que esta institución pretende, en última instancia, es enmarcar de forma sistemática la teoría de la participación dentro de la imputación objetiva. Para JAKOBS la prohibición de regreso es el reverso de la participación punible, configurando así, los límites de la responsabilidad⁶⁴⁹. También indica el mismo autor, que existe una prohibición de regresar la conducta de quien no ostente una posición de garante con respecto a las consecuencias que deriven de la propia conducta⁶⁵⁰.

Cabe mencionar que, desde la perspectiva funcionalista-normativo, la prohibición de regreso está ligada a los denominados roles especiales y roles comunes. En la primera se encuentran por ejemplo la relación de padres e hijos y entre los cónyuges, y los titulares de estos roles se constituyen en autores al momento de su quebrantamiento, en razón de que son obligados directos con las

⁶⁴⁷ CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de teoría del delito. Materiales de aplicación a la investigación y judicialización de los delitos cometidos en el ejercicio de la función pública*, Ara Editores, Lima, 2014 pág. 71.

⁶⁴⁸ CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2004, pág. 80.

⁶⁴⁹ Citado por ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito: fundamento y límite*, Marcial Pons, Madrid, 2003, pág. 92.

⁶⁵⁰ ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito*, op. cit., pág. 93.

víctimas. En la segunda -que viene a ser la que nos interesa- no presenta características especiales, y se refiere al quebrantamiento de un rol común de comportarse como persona en derecho y acorde a derecho sin lesionar a los demás⁶⁵¹.

Es posible que el quebrantamiento del rol común se dé cuando se organiza conjuntamente con otros, y no sólo de forma que dentro de un marco común cada uno lleve a cabo su propia obra, sino también de manera que todos se unan en una sola obra. En el campo de las obras que se imputan de manera negativa, se trataría de todas las constelaciones posibles, es decir, desde la mera complicidad hasta la actividad de bandas en el crimen organizado⁶⁵². La respuesta habitual a esta situación de apariencia un tanto confusa es la de afirmar que quien actúa sin realizar actos de ejecución participa en el hecho de quien lleva a cabo otros actos ejecutivos, por lo tanto se afirma que eso es lo que constituye su propio injusto. Se dice que el injusto puede ser ampliado estableciendo la punibilidad de la participación, y se amplía precisamente por el comportamiento del partícipe. En los delitos a los que ahora nos referimos a el injusto está conformado por la arrogación de una organización ajena; sin embargo, el partícipe que actúa antes del comienzo de ejecución, no se arrojaría nada. Entonces surge la cuestión: ¿por qué razón habría de constituir injusto un comportamiento de participación llevado a cabo antes del comienzo de la ejecución si ese mismo comportamiento, en caso de ser realizado por quién posteriormente realiza actos ejecutivos, no constituye injusto?⁶⁵³. Básicamente, quien participa en la fase previa no responde jurídico-penalmente por coproducir el hecho de otro, sino porque el hecho resultante también es el suyo propio⁶⁵⁴.

Lo que se presenta aquí es una accesoriedad cuantitativa según la cual la ejecución es algo propio de cada uno de los intervinientes. Esto tiene como

⁶⁵¹ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva*, op. cit., págs. 145-147.

⁶⁵² JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva*, op. cit., págs. 148-149.

⁶⁵³ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva*, op. cit., pág. 150.

⁶⁵⁴ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva*, op. cit., pág. 153.

consecuencia que, un hecho con independencia de que sea preparado y efectuado por uno o varios actores, sólo pasa una vez, del estadio de la preparación al estadio de la tentativa, como también una sola vez lo hace al estadio de la tentativa acabada; esto porque se trata de un solo injusto⁶⁵⁵. Por otro lado, también es posible un distanciamiento en tales términos de un “interviniente”, en el ámbito de la prohibición de regreso, cuando su comportamiento en el momento de su ejecución no depende en absoluto de que lo continúe la acción, que realiza el tipo, del ejecutor; pues entonces, el “interviniente” ha creado una situación que, si bien otras personas puede que continúen hasta realizar el tipo, sin embargo precisamente de él no ha recibido un sentido de realización del tipo, y no puede resultar teñida retroactivamente por dicha realización⁶⁵⁶. Entonces la prohibición de regreso no anula deberes existentes, sino que solo establece que el comportamiento actual es insuficiente *per se* para generar responsabilidad⁶⁵⁷.

De lo anterior se colige que la función de la prohibición de regreso consiste en fijar los límites generales de la imputación objetiva de la conducta, en los casos de intervención plural de personas en un hecho. Pero al fijar esos límites establece, a su vez, qué conducta dentro del colectivo de intervenciones, por haber sido practicada en el marco de un oficio cotidiano, una profesión, o una actividad estandarizada, no es punible aun cuando, en el plano de la pura facticidad, haya favorecido la realización del hecho delictivo en su conjunto⁶⁵⁸.

De acuerdo con CANCIO MELIÁ, las dificultades se presentan cuando se tratan de establecer los límites de la prohibición de regreso. Si bien hay casos en los que resulta prácticamente evidente que la conducta del primer sujeto en actuar no puede ser interpretada en ningún caso como una provocación delictiva

⁶⁵⁵ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva*, op. cit., pág. 154.

⁶⁵⁶ JAKOBS, Günther, *Derecho penal parte general*, op. cit., pág. 844.

⁶⁵⁷ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva*, op. cit., pág. 160.

⁶⁵⁸ CARO JOHN, José Antonio, «Conductas neutrales no punibles en virtud de la prohibición de regreso», en MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo / CARO JOHN, José Antonio (Ed.), *El sistema penal Normativista en el mundo contemporáneo. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, pág. 289.

de la ulterior conducta delictiva. Sin embargo, existen casos en los que no está tan clara la prohibición de regreso, como ejemplo el caso de la botella con un contenido venenoso, en que el contexto en el que se guarde la misma en la vivienda puede ser también significativo: si, por ejemplo, el autor lleva a cabo su conducta en una vivienda en la que convive con otras personas, que, por lo tanto, pueden acceder a la sustancia que fue guardada en la nevera, parece claro que esa conducta sí puede tener significado de generar un riesgo de envenenamiento⁶⁵⁹.

Que en los casos de extremos la solución no puede ser sencilla queda demostrado por lo que puede considerarse una reciente “reedición” del caso del arsénico, un caso -como indica CANCIO MELIÁ- del Tribunal Supremo Alemán, en el que el acusado, un farmacéutico, había descubierto que en su vivienda habían penetrado unos ladrones. Aparte de beber de alguna botella de licor y comer de las provisiones del acusado, habían apartado algunos aparatos electrónicos, de tal modo que daba la impresión de que pretendían volver para recogerlos y llevárselos⁶⁶⁰. La policía, alertada por el acusado, envió cuatro agentes a esperar a los ladrones. Sin embargo, el acusado, enfurecido, había colocado una botella de licor con un potente veneno, con la intención de que los ladrones bebieran de él y murieran. Al considerar que los agentes corrían peligro, les avisó⁶⁶¹.

Con razón manifiesta CANCIO MELIÁ que este caso debe ser considerado en el marco de la prohibición de regreso. No se trataría de un supuesto en el que haya que considerar la imputación al ámbito de la responsabilidad de la víctima en cuanto institución específica para la valoración de la víctima, ya que aquí lo decisivo sería comprobar, como paso previo, si existe una definición contrafáctica de la conducta del autor como inocua, sin necesidad de valorar la conducta de la víctima⁶⁶².

⁶⁵⁹ CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas básicas de la teoría*, op. cit., pág 82.

⁶⁶⁰ CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas básicas de la teoría*, op. cit., págs. 83-84.

⁶⁶¹ CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas básicas de la teoría*, op. cit., pág. 84.

⁶⁶² CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas básicas de la teoría*, op. cit., pág. 84.

Brevemente se debe manifestar que el ámbito de la prohibición de regreso queda diferenciado del correspondiente al riesgo permitido y al principio de confianza, por el hecho de que la conducta del autor, como se ha visto, queda desvinculada del posterior desarrollo lesivo con independencia de la cognoscibilidad o conocimiento por parte del autor mismo, es decir, que opera de modo completamente contrafáctico, en otras palabras, se trata de conductas ambivalentes en su significado, respecto de las cuales cabe establecer un sentido objetivo vinculante. Y, frente a la institución de imputación a la víctima, la prohibición de regreso se presenta como una especie de reverso, es decir, mientras que en la prohibición de regreso se establece que no existe un comportamiento en común, y la conducta del autor ha de ser interpretada en todo caso como una aportación inocua, por otro lado, en el ámbito de la imputación de la víctima, precisamente el hecho de que la actividad conjunta pueda ser atribuida al responsable preferente es lo que permite afirmar la falta de tipicidad de la conducta del autor⁶⁶³.

Ahora bien, la fragmentación del tipo en diferentes subtipos de autoría y participación es una cuestión posterior al establecimiento de las conductas penalmente relevantes. Partiendo de esta base podemos seguir avanzando hacia el establecimiento del límite mínimo de la intervención punible en el delito. Se trata de hallar criterios que permiten trazar los límites del tipo incluyendo cualquier forma de intervención en el hecho. En esta medida, para ROBLES PLANAS, no es prohibición de regreso lo que ha de marcar la frontera de entre intervención punible y no punible, sino la prohibición de retroceso. No se trata de hallar criterios que prohíban regresar a una responsabilidad ya fundamentada, sino de definir qué formas de conducta quedan fuera del tipo por no generar riesgo típico⁶⁶⁴.

⁶⁶³ CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas básicas de la teoría*, op. cit.,pág. 85.

⁶⁶⁴ ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito*, op. cit., pág. 276.

En este sentido, las conductas que no generan ningún riesgo típico son las denominadas conductas neutrales. Y un concepto propio de conducta neutral expresa el sentido jurídico válido que reúne una conducta que no alcanza el nivel de una intervención punible. El carácter neutro de la conducta indica que se ha practicado dentro de los márgenes de la adecuación social reconocida por el derecho, o dentro del riesgo permitido, de tal manera que la posibilidad de una imputación por intervención delictiva queda excluida de plano⁶⁶⁵.

También respecto de las conductas neutrales WOHLLEBEN hace una precisión sobre las conductas neutrales, indicando “que quien la ejecuta las hubiera realizado frente a todo el que se hallara en la situación del autor, porque él, con su acción, persigue fines propios jurídicamente no desaprobados que son independientes del hecho y del autor”⁶⁶⁶. Dichas conductas neutrales presentan dos elementos comunes como son; el carácter objetivo y subjetivo. Sobre el primero se refiere a conductas que se realizan de manera adecuada a un rol, estándar o estereotipo. Por otro lado, está el conocimiento por parte de quien las lleva a cabo de su idoneidad para, directa o indirectamente, producir un resultado delictivo.

Por lo demás, hasta ahora el problema de las conductas neutrales se ha desarrollado únicamente en el ámbito de la causación indirecta del resultado, es decir, en el ámbito de la participación y, más concretamente, en el de complicidad. Ahora cabe preguntar y valorar si este tipo de conductas neutrales solo se manifiesta en el terreno de la participación o quizá también cabría en el de la autoría⁶⁶⁷. El problema de los actos comportamientos neutros o neutrales se discute, mayoritariamente, como una cuestión de delimitación de los criterios de

⁶⁶⁵ CARO JOHN, José Antonio, «Conductas neutrales no punibles» op. cit. pág. 293.

⁶⁶⁶ Citado por ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito*, op. cit., pág. 33.

⁶⁶⁷ ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito*, op. cit., págs. 33-34.

imputación de la conducta de cooperación a un hecho delictivo principal ajeno respecto de prestaciones ajustadas aparentemente al rol laboral⁶⁶⁸.

Otro rasgo característico es que se trata de contribuciones al límite que muestran un claro desequilibrio entre lo objetivo y subjetivo del injusto a favor de este último. En otras palabras, los supuestos objetos de controversias se plantean en una fase adelantada del hecho principal y que el dato indiciario más evidente apunta intuitivamente a su posible calificación como conducta delictiva se cifra en que el eventual cómplice dispone de un conocimiento especial, respecto de que un tercero está resuelto a llevar acabo un concreto delito que, por lo general, no está en marcha, sino que está por venir⁶⁶⁹.

El estudio de estas conductas neutrales, previamente puestas en la palestra por VON BAR en el ámbito del encubrimiento, y que vinieron a denominarse *neutrale Handlungen*, empieza a proliferar a partir de entonces, como auténtico campo de pruebas de las teorías sobre el límite mínimo de participación criminal realizadas principalmente a partir del desarrollo teórico base de la imputación objetiva⁶⁷⁰. Lo cierto es que las conductas neutrales habían sido una categoría creada *ex professo* como ámbito o sector de actividad en que se ilustraba con nitidez que no basta para intergrar el tipo de complicidad con una mera elevación causal y dolosa del riesgo⁶⁷¹.

⁶⁶⁸ Contribuciones por tanto de la vida diaria, habituales en cualquier profesión y que repetidas cientos de veces, en el ámbito laboral suscitan un determinado contexto de dudas, sobre su relevancia penal a la luz de su funcionalidad para una planificación delictiva ajena. *Vid.* LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, «La complicidad en el delito y los comportamientos «estándar» en el ámbito laboral», en ECHANO BASALDUA Juan I., *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, pág. 267.

⁶⁶⁹ LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, «La complicidad en el delito», op. cit., pág. 276.

⁶⁷⁰ MIRÓ LLINARES, Fernando, *Conocimiento e imputación en la participación delictiva. Aproximación a una teoría de la intervención como partícipe en el delito*, Atelier, Barcelona, 2009, págs. 64-65. / MIRÓ LLINARES, Fernando, «Imputación ¿objetiva? Conocimientos ¿especiales? Y conductas ¿neutrales?. Análisis a partir del caso de la mujer que lavaba la ropa del secuestrado (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2005)», en MIRÓ LLINARES, Fernando (Dir.), *¿Casos difíciles o irresolubles?*, Dykinson, Madrid, 2010, págs. 265-266.

⁶⁷¹ MIRÓ LLINARES, Fernando, *Conocimiento e imputación*, op. cit., pág. 66.

De acuerdo con MIRÓ LLINARES, lo que interesa en esencia de las conductas neutrales es lo que éstas aportan al fundamento del injusto de participación, así como la relevancia del conocimiento del partícipe en dicho injusto. Por un lado, puede decirse que el análisis sobre la penalidad de las conductas neutrales no pretende desarrollar criterios de imputación distintos a los de complicidad en el resto de supuestos, sino trazar la frontera de lo objetivamente imputable a título de participación teniendo en cuenta los casos en los que ello resulta más difícil. Por otro lado, en esta temática tiene mucho que ver lo relativo a los conocimientos del partícipe y su relevancia para el injusto penal, ya que una característica importante es que los sujetos actúan de manera adecuada a su rol social, es decir, saben que están contribuyendo al delito de otro. Por último y en opinión del mismo autor, el conocimiento del sujeto, su importancia o su insignificancia juega, pues, un papel central en el desarrollo doctrinal para la resolución de los casos de conductas neutrales⁶⁷².

Otro punto de vista nos muestra también que es de máxima gravedad, pues se estaría jugando con el límite de las esferas de libertad del ciudadano, principalmente en el ámbito de desenvolvimiento de su trabajo o profesión. Se cierne el riesgo de la profesión laboral “habitual” puede resultar delictiva porque un tercero decide incorporar un plan delictivo. Aceptar, sin matices, que el conocimiento de la resolución delictiva es base suficiente de imputación accesoria equivale a instaurar una autentica posición de garante genérica⁶⁷³.

Consecuentemente, las conductas estándar o neutrales, son conductas que se insertan en contextos de interacción altamente regulados. Y como consecuencia de ello se llevan a cabo con independencia de las particularidades y preferencias tanto de la persona que las ejecuta como de la persona frente a la que se ejecutan. Los sujetos que interaccionan como no configuran, sino que se adaptan al estándar de conducta definido previamente por un conjunto de reglas,

⁶⁷² MIRÓ LLINARES, Fernando, *Conocimiento e imputación*, op. cit., pág. 66.

⁶⁷³ LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, «La complicidad en el delito», op. cit., pág. 268.

pautas, o normas de actuación que, por tanto, orientan a todo el que entre en el contexto sobre el contenido de la relación⁶⁷⁴. Como se verá el verdadero núcleo del problema reside en la oposición entre lo externo e interno de la conducta un oposición que no es exclusiva de los supuestos de participación, sino que se repite siempre que desde un punto de vista externo una conducta no este requerida de ulterior explicación social, y sin embargo, los datos sobre el lado interno de quien la ejecuta revela una situación de aparentemente relevante, desde el punto de vista jurídico-penal⁶⁷⁵.

También antes de preguntarnos si el eventual cómplice tiene voluntad de favorecer habrán de revisarse los pre-supuestos objetivos de la conducta: la pregunta clave es si al llevar a cabo la prestación el sujeto crea o incrementa un riesgo de elevación de las posibilidades de éxito de lesión del bien jurídico. Ahora bien: ¿cuáles han de ser las bases de configuración del riesgo? Con otras palabras: la abrumadora mayoría de la doctrina diagnostica que la neutralidad es un problema del tipo objetivo de la conducta del partícipe pero el disenso se inicia allí donde debe decidirse qué aspectos objetivos y sobre todo subjetivos son relevantes para decantar el juicio de peligrosidad⁶⁷⁶.

1) Teorías objetivas puras

Estas desplazan el análisis de la neutralidad desde el dolo al tipo objetivo. Considerando a éstos en particular como los presupuestos de imputación de la conducta en términos estrictamente “objetivos”. En consecuencia, se deja de lado el aspecto subjetivo, es decir, los conocimientos especiales de resolución delictiva ajena. Por tanto, los conocimientos especiales serian “subjetivismo” impropio del tipo objetivo que debería ser reconducido a un estadio sistemático

⁶⁷⁴ ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito*, op. cit., pág. 34.

⁶⁷⁵ ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito*, op. cit., págs. 38-39.

⁶⁷⁶ LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, «La complicidad en el delito», op. cit., pág. 275.

posterior⁶⁷⁷. Como dijimos, se opone como extremo a las teorías subjetivas, ya que el desplazamiento del problema adelantándolo al tipo objetivo, éste como primer filtro, y la negación de datos subjetivos en esta sede, como segundo filtro objetivo, convierte ciertamente en neutras a un buen número de conductas que no requieren ya de correctivos posteriores para ser declaradas desde un principio atípico⁶⁷⁸.

En la vertiente más firme encontramos a JAKOBS, quien indica que no se trata de que la culpabilidad de uno se transfiera al otro, y menos aún de que un partícipe arrastre al otro a la culpabilidad y le sea, por tanto, reprochada su conducta. Antes bien, se trataría de resaltar simplemente que cooperar con una persona no responsable no puede conllevar una producción de un significado común. Lo común solo puede consistir en que se aprovechen algunas de las facultades técnicas del no responsable, en todo caso afirma que el sentido jurídico penal se alcanza, en todo caso, por aquel que utiliza al otro, pero no por no responsable utilizado: en dos palabras, quien no actúa de forma culpable no defrauda expectativa normativa alguna⁶⁷⁹. El partícipe sólo puede ser responsable si se comprueba que, en alguna medida, la asignación culpable o sea la negación de la vigencia de la norma le corresponde. Con otras palabras: la ejecución, en un sentido que queda por precisar, también es ejecución propia del partícipe⁶⁸⁰.

Es el estándar del deber derivado, en el caso de JAKOBS derivado del rol, el que define el conocimiento, por lo que el conocimiento y el rol quedan

⁶⁷⁷ LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, «La complicidad en el delito y los comportamientos «estándar» en el ámbito laboral», en ECHANO BASALDUA, Juan I., *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, pág. 276.

⁶⁷⁸ LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, *La complicidad delictiva en la actividad laboral «cotidiana» (contribución al «límite mínimo» de la participación frente a los «actos neutros»)*, Comares, Granada, 2002, pág. 69.

⁶⁷⁹ JAKOBS, Günther, «Accesoriedad sobre los presupuestos de la organización en común», trad. M^a Ángeles Cuadrado Ruíz, en *Revista del Poder Judicial*, n^o 59, 3^a época, 2000, págs. 127-128. / En este sentido Jakobs utiliza un ejemplo de la reina que se hace pasar por la esposa de un vasallo para yacer con éste, y en consecuencia con posterioridad inducir a este a asesinar a su rey. *Vid.* JAKOBS, Günther, *El concepto jurídico penal de acción*, trad. Manuel Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1986, pág. 16 y sigtes.

⁶⁸⁰ JAKOBS, Günther, «Accesoriedad...», op. cit., pág. 128.

vinculados por medio del deber de no abandonar determinados estándares: “el autor es garante de asegurar que en su ámbito de organización se respeten estándares de seguridad habituales”; también cuando el sujeto ajusta su propio comportamiento de rol a sus conocimientos, y en el marco de la competencia institucional el garante no puede excluir unos determinados conocimientos de su rol como especiales⁶⁸¹. Todos estos criterios, pues, son concreciones de la idea de que lo importante no es que, desde la perspectiva del partícipe o del autor, el contribuyente ayude a otro, sino que, desde la perspectiva normativa, y para eso es necesaria la concreción de todos los demás criterios, digamos que efectivamente lo haya hecho⁶⁸².

Sobre el caso de un vendedor de cuchillos y el homicida que entra con su víctima a comprar el arma letal, indica MIRÓ LLINARES que es significativo cómo resuelve JAKOBS este problema: en un contexto normal la venta de un cuchillo a otro, aun sabiendo lo que piensa realizar con él el autor, no hace nacer la complicidad, pero si a quien vende es no sólo un comprador de cuchillos sino un homicida, entonces el conocimiento es relevante y el que vende deja de hacerlo en su rol y pasa a hacerlo como cómplice de homicidio⁶⁸³.

Sobre el partícipe cabría preguntarse, como indica JAKOBS, la pregunta a responder es cómo tendría que estar diseñado un comportamiento en el estadio previo para poder imputar la realización prohibida por otra persona como comportamiento coherente del partícipe. Se trataría de una obra compartida, en común, es decir, de una realización que pueda imputable al partícipe⁶⁸⁴. Con esto se crea un nuevo concepto de accesoriedad: un partícipe en el estadio previo no se responsabiliza penalmente porque coproduce el hecho de otra persona, sino porque el hecho producido también es su propio hecho⁶⁸⁵.

⁶⁸¹ MIRÓ LLINARES, Fernando, *Conocimiento e imputación*, op. cit., pág. 79-80.

⁶⁸² MIRÓ LLINARES, Fernando, «Imputación ¿objetiva? Conocimientos ¿especiales?», op. cit., pág. 274.

⁶⁸³ MIRÓ LLINARES, Fernando, *Conocimiento e imputación*, op. cit., pág. 80-81

⁶⁸⁴ JAKOBS, Günther, «Accesoriedad», op. cit., pág. 133.

⁶⁸⁵ JAKOBS, Günther, «Accesoriedad», op. cit., págs. 133-134.

El significado de un comportamiento no sólo depende de la forma del comportamiento en sí sino también en el contexto en el que se realiza tal comportamiento. Sobre todo un contexto claramente delictivo va a tener repercusiones en un comportamiento estereotipo socialmente adecuado -cita el ejemplo de la compra de una pala en una tienda de herramientas-⁶⁸⁶. Como conclusión, el vínculo se constituye normativamente mediante el diseño de la expectativa que se dirige a los implicados, es decir, como contenido de la obligación. Según esto, un comportamiento es accesorio si se ajusta a una realización y por tanto hay razón para la imputación de la ejecución llevada a cabo por otros; lo contrario a la imputación es la prohibición de regreso⁶⁸⁷.

En este punto el conocimiento no es relevante. ¿Cuál es entonces el criterio?: el denominado “sentido delictivo”, que sin embargo a la hora de intentar desentrañar su verdadero significado presenta un evidente déficit de contenido material. La alusión al *deliktischen Sinnebezug* no deja de ser, por tanto, una descripción objetivo-formal que se plantea más bien en términos “negativos” por cuanto se caracteriza sobre todo por negar los conocimientos especiales como datos relevantes antes de definir cuál es el aspecto clave para decantar el juicio de peligrosidad⁶⁸⁸.

En el mismo sentido, una postura más flexible indica que, cuanto más objetivada y cercana esté la realización del tipo, más difícil le será al que favorece distanciarse jurídico-penalmente de la ejecución del hecho típico principal. La preexistencia de la infracción de una norma penal hace variar el

⁶⁸⁶ Por ejemplo: está claro que la venta de una pala en una tienda de herramientas para el trabajo de jardinería no es algo dañino; pero si enfrente de la tienda hay gente que se están peleando con palos, y algunos ya heridos entran en la tienda y exigen urgentemente una pala, eso ya es otra cosa. *Vid.* JAKOBS, Günther, «Accesoriedad», op. cit., pág. 140.

⁶⁸⁷ JAKOBS, Günther, «Accesoriedad», op. cit., pág. 140.

⁶⁸⁸ LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, «La complicidad en el delito», op. cit., pág. 276.

sentido o significado normativo de las conductas que pueden favorecer las consecuencias de esa infracción⁶⁸⁹.

También FRISCH explica que ante el punto de vista de que la realización de un tipo se determina fundamentalmente conforme a lo subjetivo, ante ello afirma que es correcto afirmar que en la cuestión relativa a la creación de un peligro desaprobado no puede prescindirse completamente de los conocimientos especiales disponibles por el autor. Esto es porque en primer lugar, no interesan solo las circunstancias en las que piensa el autor en el momento del hecho. Su conducta puede estar también desaprobada si no considera circunstancias experimentadas anteriormente y que debería haber considerado en la decisión de su acción. Así también, es erróneo proceder basando el juicio de peligro en esta anticipación a los acontecimientos individuales y no en las circunstancias objetivas⁶⁹⁰. Dichas circunstancias que concurren en el momento de la acción, pero que son desconocidas para las personas que actúan, aquellas que deben ser consideradas en el juicio de la creación del peligro desaprobado de la conducta⁶⁹¹.

Ambos autores al margen de declaraciones formales, en realidad abren en mayor medida la puerta a calificar supuestos de aparente neutralidad con base en que el “conocimiento especial” de resolución delictiva ajena funge como dato que enriquece el contexto y permite concluir la relevancia de la prestación según el rol laboral. Importante es el criterio central que manejan sobre la “cercanía” a la fase ejecutiva del hecho principal como parámetro material subyacente al sentido delictivo⁶⁹².

⁶⁸⁹ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo J., *Limites de la participación criminal. ¿Existe una «prohibición de regreso» como límite general del tipo en Derecho penal?*, Comares, Granada, 1999, pág. 73.

⁶⁹⁰ FRISCH, Wolfgang, «La imputación objetiva: Estado de la cuestión», en SILVA SÁNCHEZ Jesús-María (Dir.), *Sobre el Estado de la teoría del Delito (Seminario de la Univeristat Pompeu Fabra)*, Civitas, Madrid, 2000, págs. 56-57.

⁶⁹¹ FRISCH, Wolfgang, «La imputación objetiva», op. cit., pág. 57.

⁶⁹² LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, «La complicidad en el delito», op. cit., pág. 277.

En contraste con las teorías objetivas puras, se integran decididamente como aspecto relevante a considerar ya en el propio tipo objetivo los conocimientos especiales de resolución delictiva ajena, es decir, que el sujeto cuya prestación es objeto de consideración sepa que el autor está dispuesto a delinquir valiéndose del comportamiento estándar no es un dato prescindible se trataría de un elemento más a la hora de comprender el verdadero sentido delictivo, esto es, intersubjetivo, de la luz puede perder su carácter de neutralidad o, por el contrario confirmarlo.

2) Teorías mixto-objetivas

Este conjunto de tesis se caracterizan por incluir siempre respecto de la discusión sobre comportamientos estándar los conocimientos especiales como aspecto relevante a tener en consideración para la imputación objetiva de la conducta, esto es, si el juicio de peligrosidad, el riesgo de favorecimiento, puede estar en función de que el vendedor, proveedor, asesor, etc., conozca las intenciones delictivas del autor principal destinatario de la prestación, que el dolo de favorecimiento sea directo o simplemente eventual no tiene la misma relevancia⁶⁹³. Sobre el desvalor de los delitos dolosos, PAREDES CASTAÑÓN indica que el desvalor de la intención por si solo resulta insuficiente para justificar un juicio global de la valoración negativa de la conducta; al contrario, es una condición necesaria para ello la existencia de desvalor objetivo⁶⁹⁴. Por tanto, la decisión de causar en desvalor de resultado no es condición suficiente para la declaración de antijuridicidad, puesto que ello desemboca en un “Derecho penal de la voluntad”, que, además de resultar dudosa constitucionalidad, es desde luego disfuncional en nuestro sistema jurídico social⁶⁹⁵.

⁶⁹³ LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, «La complicidad en el delito», op. cit., pág. 279.

⁶⁹⁴ PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, *El riesgo permitido en el Derecho penal (régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995, pág. 119.

⁶⁹⁵ PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, *El riesgo permitido*, op. cit., pág. 119.

Explica PAREDES CASTAÑÓN que solamente una restricción en la parte objetiva del tipo puede proporcionar un objeto adecuado para el juicio de calificación como dolosa de la conducta, dado que los otros posibles objetos del dolo no constituyen el auténtico punto de enlace entre los elementos externos e internos del tipo: solamente así se mantendría la necesaria “congruencia” entre los mismos⁶⁹⁶. Indica que también se pueden argüir razones de justicia material: en cuanto a la protección de bienes jurídicos, no parece que deba merecer reproche jurídico-penal la conducta que en absoluto pone en peligro ningún bien, sino que solo constituye una manifestación de voluntad lesiva, y no resulta racional ni justo atribuir idéntico reproche que para nada pone en peligro el bien jurídico⁶⁹⁷.

En consecuencia, se podría deducir lógicamente que aquellos casos en los que la conducta no resulte objetivamente disvaliosa, la presencia de una voluntad, contemplada objetivamente, de lesionar o poner en peligro el bien jurídico no dará lugar a la calificación de la conducta como penalmente ilícita, es decir, las conductas que creen riesgos permitidos, aunque se realicen con plena conciencia y voluntad, e incluso aunque acaben en la causación de un resultado lesivo, seguirán siendo plenamente lícitas⁶⁹⁸.

El planteamiento de las tesis mixto objetivas, aunque más flexible en el juicio de imputación, resulta en una consideración global difícilmente controlable en sus resultados hasta el extremo de favorecer una inversión de las reglas de impunidad de los comportamientos estándar que sugerían las tesis objetivas puras. Una posición doctrinal ecléctica, puente entre las tesis mixto-objetivas y mixto-subjetivas, no sólo reconoce la relevancia de los conocimientos especiales, sino que, además, eleva este dato a criterio expreso y central de un diagnóstico

⁶⁹⁶ PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, *El riesgo permitido*, op. cit., pág. 120.

⁶⁹⁷ PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, *El riesgo permitido*, op. cit., pág. 120.

⁶⁹⁸ Citando el ejemplo de un boxeador. *Vid.* PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, *El riesgo permitido*, op. cit., pág. 120.

muy ajustado de los que caracteriza a los actos neutros⁶⁹⁹. Además también sugiere criterios como la cercanía a la fase ejecutiva del hecho principal en “accesoriedad cuantitativa” o el hecho de que se produzca una transgresión del de normativa sectorial, que ejerce un cierto contrapeso a la apertura del tipo objetivo, neutralizando casi definitivamente el riesgo de excesiva y arbitraria intervención⁷⁰⁰.

3) Teorías mixto-subjetivas

Esta dirección doctrinal mayoritaria se caracteriza, no solo por elevar a criterio de imputación objetiva el conocimiento especial de resolución delictiva ajena, sino, y esto es lo más característico, por diferenciar los criterios de imputación según la modalidad de dolo concurrente. Si el conocimiento especial es un dato relevante que puede ayudar a iluminar el contexto que permita descubrir el sentido objetivo del comportamiento aparentemente neutral, también la clase de comportamiento puede aportar luz. La modalidad de dolo en su aspecto cognitivo adquiere relevancia “adelantada” en el tipo objetivo en cuanto descriptor de realidad⁷⁰¹. La asunción de una configuración mixta del injusto del partícipe lleva en línea de coherencia una conformación del tipo objetivo con criterios de imputación también mixtos: el juicio de peligrosidad como núcleo esencial del desvalor de acción depende también de la modalidad de dolo concurrente de suerte que asumiendo un grado de tendencia dependiente de la intención se perfila un ámbito de imputación más amplio con dolo directo que con dolo eventual⁷⁰².

Explica ROXIN que conviene diferenciar aquellos casos en que los actos cotidianos, neutros, son llevados a cabo con conocimiento seguro de los planes

⁶⁹⁹ LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, «La complicidad en el delito», op. cit., págs. 280-281.

⁷⁰⁰ LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, «La complicidad en el delito», op. cit., pág. 281.

⁷⁰¹ LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, «La complicidad en el delito», op. cit., p. 282.

⁷⁰² LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, «La complicidad en el delito», op. cit., págs. 282-283.

delictivos del autor principal, esto es, con dolo directo, de aquellos otros en que el favorecimiento se realiza contando con la posibilidad de que la contribución vaya a ser utilizada por el autor principal para fines delictivos, esto es, con dolo eventual⁷⁰³. En otras palabras, cuando el favorecedor tiene conocimiento seguro de los planes del autor habrá complicidad punible sólo si además la contribución tiene un “claro sentido delictivo”, esto se produce cuando la aportación del partícipe solo resulta valiosa para el autor principal desde la perspectiva del hecho delictivo planeado y el favorecedor lo sabe. Por tanto el criterio del sentido delictivo podría redefinirse como requisito que exige que la aportación del cómplice tenga un sentido “exclusivamente” delictivo desde la perspectiva del destinatario de la contribución del partícipe⁷⁰⁴.

Para RUEDA MARTÍN, lo que modifica la valoración sería precisamente el conocimiento, un dato subjetivo que está al margen de cualquier estandarización del comportamiento desde el punto de vista de la ejecución de un rol, de modo que es el dolo, es decir, la conciencia y voluntad de realizar un favorecimiento en el desarrollo de un hecho el principal elemento que atribuye un sentido social a la acción y el conocimiento integra el componente intelectual del dolo⁷⁰⁵.

Por su parte, MIR PUIG indica que el juicio de desvalor que permite la antijuridicidad penal, pese a ser objetivo en el sentido de expresar el carácter objetivamente indeseable para el Derecho penal de una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, no es posible sin tener en cuenta el aspecto subjetivo del hecho⁷⁰⁶. En el mismo sentido, el desvalor de la conducta, presupuesto del desvalor de resultado, no depende sólo de la parte objetivo externa del hecho. Ello se debe a la imposibilidad de una separación tajante entre lo interno y

⁷⁰³ LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, *La complicidad delictiva*, op. cit., pág. 78.

⁷⁰⁴ LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, *La complicidad delictiva*, op. cit., pág. 79.

⁷⁰⁵ RUEDA MARTÍN, M^a Ángeles, «Consideraciones acerca de la relevancia penal de las acciones cotidianas en la comisión de un hecho doloso», en *Revista Penal*, n^o 9, 2002, pág. 127. / *Vid.* también RUEDA MARTÍN, M^a Ángeles, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, J.M^a. Bosch, Barcelona, 2001, págs. 320 y sigtes.

⁷⁰⁶ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 7^a ed., Reppertor, Barcelona, 2005, pág. 172.

externo del hecho a la hora de captar su sentido social y jurídico⁷⁰⁷. Ciertamente defiende el aspecto objetivo pero sin dejar de lado la importancia del aspecto subjetivo.

A juicio de LANDA GOROSTIZA, la flexibilidad en que en definitiva se nutre el eclecticismo metodológico impide excesos normativistas y falsos ontologicismos en la construcción dogmática de un adecuado equilibrio entre los niveles prescriptivo y normativo, que en nuestro caso se proyecta en una concepción mixta del injusto objetivo-subjetiva, que se plasma además en una propuesta sistemática abierta flexible pero no excesiva de sub-criterios de imputación para orientar al intérprete, sin aprisionarle pero a la vez sin neutralizar los riesgos de arbitrariedad⁷⁰⁸.

De este modo, no basta con una imputación objetiva del hecho, sino que es necesaria una imputación total que tome en especial consideración el conocimiento y contenido de la voluntad de la persona que actúa para valorar su peligrosidad. Por eso, dice MÜLLER que “no existe en Derecho penal conductas per se total y absolutamente neutrales”, sino participaciones punibles o no punibles, siendo el lugar de delimitación de tal frontera no la imputación objetiva sino el dolo⁷⁰⁹.

No puede negarse que se trata una posición interesante, por partir de la comprensión de que no es posible resolver la cuestión de las conductas neutrales en sede de la imputación objetiva y sin tener en cuenta el conocimiento del sujeto, pero al acabar situando en la intención del sujeto gran parte del fundamento del injusto del partícipe se sitúa en posiciones cercanas al finalismo

⁷⁰⁷ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal*, op. cit., pág. 173.

⁷⁰⁸ LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, «La complicidad en el delito», op. cit., pág. 291.

⁷⁰⁹ Citado por MIRÓ LLINARES, Fernando, *Conocimiento e imputación*, op. cit., p. 85.

al situar en lo que el partícipe entienda qué está haciendo el significado último de actuar⁷¹⁰.

4) Puntualizaciones

De lo desarrollado sobre las conductas neutrales, y las diferentes posturas doctrinales pasando de las denominadas objetivas puras, pasando por las mixtas y llegando a las subjetivas más firmes. Lo cierto es que, en lo que se refiere a la aplicación en los casos del delito de organización criminal, como en los casos de autoría, suele ser complicado definir dicha frontera para determinar la participación, para esto el filtro ofrecido por dichas posturas doctrinales son de mucha ayuda, y nos inclinamos por las teorías objetivas, por considerarla las más adecuada de aplicar al delito de organización criminal. Si bien el conocimiento puede considerarse un elemento a tener en cuenta, lo relevante en realidad es el sentido delictivo que muestra el cooperador o cómplice, al momento de favorecer una conducta delictiva. Es decir, si con su comportamiento llega acercarse más al tipo delictivo, en consecuencia se alejaría más de la conducta neutral. No existirá por tanto reglas matemáticas que resuelvan perfectamente que comportamientos son neutrales o no, sino sólo filtros que nos permitan apreciar mejor el panorama de los aportes delictivos que han tenido lugar en el delito.

Resulta importante tener presente como se pronuncia el Tribunal Supremo sobre las conductas neutrales, para esto, citamos un par de Sentencias que resuelve dirimiendo la posible complicidad de la compañera sentimental de un terrorista, absolviéndola bajo el fundamento de que “El mero conocimiento de la comisión del delito y la pasividad ante ello, excepto en los concretos supuestos de responsabilidad derivada de la ocupación de una específica posición de garante, legalmente prevista, no alcanza a constituir una forma de participación típica en esa comisión, por lo que el sujeto ha de llevar a cabo, en todo caso,

⁷¹⁰ MIRÓ LLINARES, Fernando, «Imputación ¿objetiva? Conocimientos ¿especiales?, op. cit., pág. 287.

actos de verdadera entidad y eficacia en relación con la ejecución del delito por el autor principal »⁷¹¹.

En el mismo sentido una Sentencia posterior afirma que “La doctrina reciente estima que estos actos son comportamientos cotidianos, socialmente adecuados, que por regla general no son típicos. A estos fines, la teoría y algunas jurisprudencias europeas han elaborado diversos criterios para establecer las condiciones objetivas en las que un acto “neutral” puede constituir una acción de participación. En este sentido se atribuye relevancia penal, que justifica la punibilidad de la cooperación, a toda realización de una acción que favorezca el hecho principal en el que el autor exteriorice un fin delictivo manifiesto, o que revele una relación de sentido delictivo, o que supere los límites del papel social profesional del cooperante, de tal forma que ya no puedan ser consideradas como profesionalmente adecuadas, o que se adapte al plan delictivo del autor, o que implique un aumento del riesgo, etc.”⁷¹².

D) ¿Imputación a la víctima en los delitos de organización criminal?

No es frecuente que en marco de la reflexiones dentro de la teoría del delito la figura de la víctima, ocupe un papel destacado. Más bien ciertamente la víctima vive un papel marginal, confinada a una consideración puntual como “sujeto pasivo” o incluso como objeto material del delito⁷¹³

⁷¹¹ STS 185/2005, de 21 de febrero, (Roj: STS 1023/2005), Fundamento de Derecho (Segundo).

⁷¹² STS 34/2007, de 1 de febrero, (Roj: STS 484/2007), Fundamento de Derecho (Único).

⁷¹³ Fundamental sobre imputación a la víctima *Vid.* CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en el Derecho penal. Estudios sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, Bosch Editor, Barcelona, 2001, *passim.* / CANCIO MELIÁ, Manuel, «La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima (“imputación a la víctima”)», en CANCIO MELIÁ, Manuel / FERRANTE, Marcelo / SANCINETTI, Marcelo A., *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, pág. 77. / Trascendental sobre el estudio de la víctima. *Vid.* especialmente, al respecto, DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luís, «De la Política penal hacia una Política victimológica (¿y criminal?)», en TAMARIT SUMALLA, Josep M^a. (Coord.), *Estudios de*

De esta manera, el Derecho penal tradicional dispensó a la víctima de una atención secundaria⁷¹⁴. No obstante, en los últimos años se ha producido lo que se ha llamado el redescubrimiento de la víctima por parte de las ciencias penales, tanto por parte de la política criminal, así como en el plano de Derecho procesal⁷¹⁵.

Ahora bien, cuando hablamos de imputación a la víctima, debemos tener algunos rasgos esenciales, tales como: imputación no accesoria, imputación objetiva y organización conjunta. Pues bien, cuando el titular de un bien jurídico “víctima” emprende conjuntamente con otro “autor” una actividad que puede producir una lesión de bien jurídico, la actividad generadora del riesgo debe ser imputada al ámbito de responsabilidad preferente de la víctima en la medida en que: a) la actividad permanezca en el ámbito de lo organizado conjuntamente por autor y víctima; b) la conducta de la víctima no haya sido instrumentalizada por el autor, por carecer ésta de la responsabilidad o de la base cognitiva necesarias

Victimologia. Actas del Congreso español de Victimologia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 197-241. / BERISTAIN IPIÑA, Antonio, *Transformación del Derecho penal y la Criminología hacia la Victimología. (Dignidad ético-mística de las macrovíctimas)*, Ara Editores, 2008, *passim*. / HERRERO MORENO, Myriam, *La hora de la Víctima. Compendio de Victimologia*, Prólogo del Prof. Dr. Miguel POLAINO NAVARRETE, Edersa, Madrid, 1996, *passim*. / MIGUEL DÍAZ GARCÍA CONLLEDO, José / PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel (Coord.) / CANCIO MELIÁ, Manuel, (ed al.), *Relevancia de la actuación de la víctima para la responsabilidad penal del autor (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1999. Ponente: Sr. Bacigalupo Zapater)*, Universidad de León: Secretariado de Publicaciones y Medios Audiovisuales, 2004, *passim*.

⁷¹⁴ En este sentido se cita a SCHÜNEMANN indicando que “por vía de conclusión, que en tanto la construcción tradicional considero a la víctima como destinataria de la protección de los tipos penales, en la actualidad trata de valorarse su comportamiento para determinar la existencia de la tipicidad penal... con ello, más allá del campo propio del consentimiento, se concede fácticamente a la víctima una facultad de disposición respecto a la realización del contenido del tipo”. *Vid.* TORIO LÓPEZ, Ángel, «Significación dogmática de la “compensación de culpas” en Derecho penal», en *Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández-Albor*, Servicio de Publicacións e Intercambio Científica da Universidad de Compostela, 1989, págs. 716-717.

⁷¹⁵ CANCIO MELIÁ, Manuel, «La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima», *op. cit.*, pág. 79.

para poder ser considerada (auto-)responsable; c) el autor no tenga un deber de protección específico frente a los bienes de la víctima⁷¹⁶.

Puede haber tanto supuestos de ejecución en manos del autor en los que en caso de daño éste se impute a la víctima, como supuestos en los que, a pesar de que es la víctima quien ejecuta directamente la actividad arriesgada, el hecho se presenta como conducta típica del autor. Una vez definida la actividad conjunta de autor y víctima, el suceso debe ser imputado, en principio, al ámbito de responsabilidad de la víctima. La razón de ello está en que la esfera de autonomía de la víctima da lugar a una atribución preferente de los posibles daños a su propio ámbito de responsabilidad. Respecto a ese carácter preferente del ámbito de responsabilidad de la víctima, la atribución de los daños no puede seguir las mismas reglas que se determinan mediante la teoría de autoría y participación, es decir, cuál es el grado de responsabilidad que corresponde a los distintos intervinientes en un hecho consistente en la realización de una infracción que afecta a un tercero⁷¹⁷. Constatada la interacción existente entre el autor y la víctima a la que hay que reconducir a la actividad arriesgada, la organización conjunta no puede ser fragmentada -o imputación no accesoria- en aportaciones de mayor o menor rango, esto en atención a su relevancia en la ejecución⁷¹⁸.

Una vez definida la actividad conjunta en la que se embarca la víctima junto al autor, la imputación de esa actividad conjunta al ámbito de responsabilidad de la víctima se produce en términos objetivos. Que esto deba ser así viene determinado, no sólo por razones de índole general, sino por un rasgo característico de las constelaciones en cuestión, es decir, la interacción entre autor y víctima⁷¹⁹. Ahora bien, el horizonte relevante para considerar hasta qué

⁷¹⁶ CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, op. cit., pág. 286.

⁷¹⁷ CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, op. cit., pág. 287.

⁷¹⁸ CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, op. cit., pág. 287.

⁷¹⁹ CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, op. cit., pág. 289.

punto estas cuestiones merecen una respuesta afirmativa o negativa sólo puede hallarse en lo configurado conjuntamente, en este sentido y coincidiendo con el significado del término en el marco de la teoría de la imputación objetiva en un plano objetivo⁷²⁰.

Pues bien, partiendo de esta perspectiva, puede haber casos en los que ni siquiera exista, por parte de la víctima, conocimiento del riesgo al que se expone. Así, aunque en alguno de los supuestos de entrega de estupefacientes u otros casos la víctima desconozca la posibilidad de producir daños en su persona, el suceso debe imputarse de todos modos a su ámbito de responsabilidad. Pues las actividades citadas no pueden ser interpretadas de ningún modo sin el riesgo de esos daños⁷²¹. De lo expuesto surge un interrogante sobre un tema realcionado con la organización criminal, como es el caso del tráfico o trata de personas: ¿son las víctimas responsables de su autopuesta en peligro? En este sentido, se debería considerar en el plano de la configuración objetiva de la interacción, y en su conexión con el ámbito de la responsabilidad preferente que corresponde a la víctima, en el que deben hallarse los límites de la relevancia de la conducta de la víctima⁷²². Dichos límites han de encontrarse en la diferente configuración objetiva de la interacción entre víctima y autor, quedando en unos casos el suceso abarcado por el ámbito de responsabilidad de la víctima y en otros no⁷²³.

Otro presupuesto para la imputación a la víctima es la organización conjunta, que no debe entenderse como una actividad compartida en la que de modo paralelo a la cointeracción tanto el autor como la víctima aportaran algún elemento de cierta importancia a la ejecución de la actividad. Por el contrario, las aportaciones de autor y víctima pueden ser de muy diverso peso. Pueden ir desde

⁷²⁰ CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, op. cit., pág. 289.

⁷²¹ CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, op. cit., pág. 290.

⁷²² CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, op. cit., pág. 291.

⁷²³ CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, op. cit., pág. 292.

un mero acto comunicativo hasta llevar a cabo directamente la actividad arriesgada. Cabe destacar que lo importante es que la interacción entre víctima y autor crea un contexto común de un mismo significado objetivo. Dicho significado se determina conforme a patrones normativos: sólo aquellos aspectos de la organización son “conjuntos” que se presenten como un elemento inherente a la actividad elegida por la víctima y ello como función de su autonomía⁷²⁴.

Establecido los parámetros de la imputación a la víctima, se debe afirmar que dentro de la interacción social, la configuración de un delito compete no sólo al autor, sino también a la víctima, incluso en un doble sentido, es decir, puede que el propio comportamiento de la víctima fundante que se le impute la consecuencia lesiva y puede que la víctima se encuentre en desgraciada situación de hallarse en esa posición, ya sea por obra del destino o por infortunio. Existiría, por tanto, competencia de la víctima⁷²⁵. Mediante la imputación objetiva se estudia -mediante este instituto- el problema de hasta qué punto el consentimiento de la víctima en el riesgo que corre, y que se acaba materializando en un resultado lesivo para la misma, puede excluir la imputación objetiva de terceros que de manera imprudente, han contribuido a este resultado lesivo.

Cuando se manifiesta una competencia de la víctima, se podría asimilar como una infracción de deberes de autoprotección, constituiría el reverso de lo que en el lado del autor es un quebrantamiento no intencionado del rol, en esencial de un quebrantamiento imprudente. Al igual que el autor no puede comportarse de modo arriesgado distanciándose, simultáneamente, de manera

⁷²⁴ CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, op. cit., págs. 292-293.

⁷²⁵ JAKOBS, Günther, *Imputación objetiva...*, op. cit., pág. 109. / Sobre algunos casos de autopuesta o hereropuesta en peligro importante *Vid.* GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «Imputación objetiva y conducta de la víctima», en *ADPCP*, vol. LVIII, 2005, *passim*. / sobre la responsabilidad de la víctima *Vid.* VARGAS PINTO, Tatiana, «La “desgraciada” conducta de la víctima: un problema de imputación», en *Política Criminal: Revista de Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, n° 18, 2014, págs. 338-370.

válida de las consecuencias de su comportamiento, tampoco la víctima puede asumir un contacto social arriesgado sin aceptar como fruto de su comportamiento la consecuencia que de acuerdo a un pronóstico objetivo son previsibles⁷²⁶.

Del mismo modo que en el ámbito de la responsabilidad del autor ha de partirse no de un suceso psíquico, sino de algo normativo, del quebrantamiento del rol, también en el lado de la víctima lo decisivo está en determinar si la víctima ha desempeñado el rol de víctima o, precisamente, el rol de alguien quien configura la situación, en otras palabras, de quien actúa a propio riesgo. En su núcleo, la perspectiva normativa en el lado de la víctima constituye una noción tan asentada como lo es el punto normativo en el lado del autor⁷²⁷.

Como expusimos en el Capítulo IV, llegamos a la estimación de que el objeto de protección en el delito de organización criminal sería integrado por la simbiosis de la seguridad pública y la vigencia de la norma, ambas complementarias entre sí. En consecuencia, podríamos indicar que la propia sociedad se constituiría en la víctima. En tal sentido consideramos inviable la aplicación del instituto de la imputación a la víctima, por tratarse de un colectivo, que en ningún momento busca o se expone a la organización criminal. Pero podríamos hacer referencia al caso particular de la imputación a la víctima en casos determinados como podría ser el de trata y tráfico de personas.

⁷²⁶ A manera de ejemplo, JAKOBS cita “quien por sí mismo se zambulle en el agua o salta a un lugar donde hay que contar con la presencia de agua, no puede imputar a los demás el haberse mojado” *Vid.* JAKOBS, Günther, *Imputación objetiva*, op. cit., pág. 111.

⁷²⁷ JAKOBS, Günther, *Imputación objetiva*, op. cit., pág. 112. / *Vid.* además, sobre este instituto de la imputación objetiva, PUPPE, Ingeborg, *La imputación objetiva. Presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales*, trad. Percy García Cavero, Comares, Granada, 2001, págs. 136 sig. / GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida», en *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 431-457. / CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudios sobre los ámbitos de responsabilidad y autor en actividades arriesgadas*, J.M^a. Bosch, Zaragoza, 2001, *passim* / FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *Imputación objetiva*, op. cit. págs. 441 y sigtes. Entre muchos otros.

Dicho esto, resalta claramente que pueden existir situaciones donde la víctima pueda propiciar propia su lesión o puesta en peligro su integridad física, esto debido a una falta de deber de autoprotección. Conforme a estas puntualizaciones y trasladadas al delito de organización criminal, vienen a cuenta el delito cometido por la organización criminal como es; la trata y tráfico de personas. En este delito se podría argumentar frágilmente que algunos casos existiría un consentimiento de las víctimas -v.gr., mujeres que saben que ejercerán la prostitución o trabajadores, pero que no tienen conciencia de las condiciones en que trabajarán- cuando sean forzadas e incluso extorsionados para trabajar o ejercer excesivas horas.

Aquí se encuentra el punto central para apartar la competencia de la víctima, ya que las mismas se encuentran dentro de una especie de fraude, ya que el requisito central en el tráfico es la presencia del engaño, la coerción, de la deuda y la finalidad de explotación -ya sea laboral o sexual-. En consecuencia, el consentimiento de la víctima no excluye la responsabilidad del traficante o explotador. Podríamos afirmar entonces, que la aplicación del instituto de la imputación a la víctima en los delitos de organización criminal tienen una aplicación inviable. Por último, tal como afirmara FRISCH, es esencial tener en cuenta que la autopuesta en peligro no es una figura que pueda aplicarse a todo tipo de casos y, por ello, obtener unas consecuencias jurídico-penales. La propia víctima ha contribuido a la producción de resultados mediante su conducta⁷²⁸.

⁷²⁸ Citado por BONET ESTEVA, Margarita, *La víctima del delito (La autopuesta en peligro como causa de exclusión del tipo de injusto)*, McGraw-Hill. Monografía, Madrid, 1999, pág. 227.

CAPÍTULO V

ESTRUCTURA DEL INJUSTO Y OBJETO DE PROTECCIÓN EN EL TIPO DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL

I.- El paradigma de la organización criminal como injusto sistémico

La figura de la organización criminal constituye una categoría inicialmente criminológica, que se ha traspolado al ámbito dogmático, no sólo desde el punto de vista doctrinal, sino en el legislativo; por ello constituye una tarea dogmática irrenunciable delimitar técnico-jurídicamente esa noción, analizando las posibilidades y los límites de su empleo dogmático, así como analizar su naturaleza y la estructura de su injusto penal⁷²⁹. La organización criminal -como se ha visto hasta ahora- se define fundamentalmente como un sistema antijurídico. Desde ese punto de vista, se la conceptúa como un “sistema de injusto”, teniendo así una dimensión institucional, más concretamente, de una “institución antisocial”, que hace de ella no sólo más que la suma de sus partes integrantes, referido a los miembros de la organización, sino que también algo independiente de la suma de sus partes⁷³⁰.

⁷²⁹ JAKOBS, Günther / POLAINO-ORTS, Miguel, *Delitos de organización: Un desafío al Estado*, Grijley, Lima, 2009, pág. 87.

⁷³⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «¿“Pertenencia” o “intervención”? del delito de “pertenencia a una organización criminal” a la figura de la “participación a través de la organización” en el delito», en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio / GURDIEL SIERRA, Manuel / CORTÉS BECHIARELLI, Emilio (Coords.), *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 1075.

Sin embargo, como apunta SILVA SÁNCHEZ, con ello apenas se habría definido la organización criminal como “sistema de institución asocial” o “sistema de injusto”, pero no se habría predeterminado aún como ha de incidir la naturaleza de la organización criminal en la atribución de responsabilidad penal a sus miembros y colaboradores⁷³¹. Sobre el particular punto de la intervención delictiva se desarrollara en otro capítulo posterior.

Por otro lado, CHOCLÁN MONTALVO postula que deben concurrir algunas condiciones para constituir la organización en sentido jurídico penal: 1) la existencia de un centro de poder, donde se toman las decisiones; 2) actuación a distintos niveles jerárquicos; 3) aplicación de tecnología y logística, actuando sus componentes con estricta profesionalidad; 4) fungibilidad o intercambiabilidad de los miembros de la empresa criminal que actúan en los niveles inferiores; 5) sometimiento a las decisiones que emanan del centro de poder; 6) movilidad internacional, apariencia de legalidad y presencia en los mercados como medio de transformación de los ilícitos beneficios⁷³². A juicio del autor citado, la suma de todas las condiciones mencionadas daría como resultado una organización criminal, a tales condiciones podríamos agregar el carácter estable o permanente que permitiría el desarrollo y fungibilidad de las actividades delictivas.

A) La perspectiva del injusto sistémico de *Lampe* aplicado a la organización criminal

Como se ha podido apreciar, son variados los enfoques que se perfilan para tratar de entender e identificar lo que es el fenómeno de la organización criminal así como su naturaleza dogmática. En este sentido, existe una novedosa forma de determinar a la organización criminal, y este enfoque viene de la mano de LAMPE, quien califica este fenómeno como un “injusto sistémico”, que se

⁷³¹ POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo, Fundamentos, potencial del sentido y límites de vigencia*, Editorial Bosch S.A., Barcelona, 2009, pág. 401.

⁷³² CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *La organización criminal, tratamiento penal y procesal*, Dykinson, Madrid, 2000, pág. 9.

presenta como el resultado de su estudio basado en la teoría de los sistemas sociales de LUHMANN⁷³³. No se trata, por ello, de los delitos que se pueden cometer mediante esa empresa, mediante esa organización, sino precisamente de algo diferente: de la empresa, la organización como delito⁷³⁴. A nuestro juicio, resulta muy provechoso este aporte de calificar como un “injusto sistémico” a la organización criminal, debido a que de esta manera se puede estudiar dicho fenómeno delictivo como un ente autónomo, con idoneidad delictiva.

Por su parte, CANCIO MELIA indica que la mencionada terminología de injusto sistémico suscita la cuestión de cómo aprehender esa dimensión colectiva en el sistema de imputación jurídico-penal, planteando la siguiente interrogante: ¿Cómo puede integrarse la emergencia de la organización en el injusto de un autor? Al respecto, afirma que, cuando se adopta una perspectiva orientada con base en el significado autónomo de la organización, inmediatamente se percibe el paralelismo que puede establecerse respecto de la discusión en torno a la cuestión de la pena a imponer a las personas jurídicas u otros entes colectivos⁷³⁵.

Sobre la cuestionante planteada, debemos indicar que para aprehender la organización en el injusto del autor, no debemos partir del autor individual como tal, sino de la cara opuesta a la misma, es decir, el factor colectivo de la organización, y no sólo de un mero factor colectivo, sino de la compleja dimensión estructural y organizativa de la que son parte los sujetos intervinientes en la organización criminal. El injusto de un autor entonces se determinaría, por decirlo de alguna forma en “sentido deductivo”, es decir, de la dimensión colectiva de la organización, hacia el aporte individual -en función del rol designado- de cada sujeto. Respecto a los paralelismos de la pena a imponer

⁷³³ Fundamental sobre la teoría de los sistemas sociales, LUHMANN, Niklas, *Sistemas sociales, lineamientos para una teoría general*, Anthropos, Barcelona, 1998, *passim*.

⁷³⁴ POLAINO-ORTS, Miguel, «Imputación funcionalista», en KINDHÄUSER, Urs; POLAINO-ORTS, Miguel; CORCINO BARRUETA, Fernando, *Imputación normativa. Aspectos objetivo y subjetivo de la imputación penal*, ConTexto, Resistencia-Chaco, Argentina, 2011, pág. 36.

⁷³⁵ CANCIO MELIÁ, Manuel, / SILVA SANCHES, Jesús-Maria, *Delitos de organización*, B de F., Buenos Aires, 2008, págs. 63-64.

tanto a la persona jurídica como a la organización criminal, consideramos que debemos partir del sentido institucional del que goza la primera -aunque después se convierta en delictiva-, en contraposición de la naturaleza intrínsecamente delictiva de la segunda. Lo cierto es que este paralelismo obligaría a un estudio más profundo y riguroso. Y aventurar una respuesta precipitada carecería de toda seriedad.

Además en el aspecto empresarial ya se habla de un supra-concepto de sujetos colectivos, cuyo argumento se resume en lo siguiente: el Derecho penal no tiene porqué dirigirse exclusivamente a conciencias individuales, sino que también puede dirigirse a organizaciones colectivas suficientemente complejas. La razón de fondo es, es realidad, que las normas penales no buscan producir cambios a nivel interno, en la conciencia de los individuos, en lo que el sujeto piensa o siente respecto al Derecho; por el contrario, buscan proyectar un modelo de comportamiento externo adecuado a la expectativa, a la que el sujeto en cuestión debe adaptarse para evitar la sanción⁷³⁶.

Ahora bien, desde el punto de vista jurídico-penal, una organización delictiva es un sistema de injusto penal (*strafrechtliches Unrechtssystem*), esto es, un sistema social en el que las relaciones entre los elementos del sistema (básicamente personas) se hallan funcionalmente organizadas para obtener fines delictivos. La organización criminal, como sistema de injusto, tiene, así, una dimensión institucional -asocial-, que hace de ella algo más que la suma de sus partes, así como también algo independiente de la suma de sus partes⁷³⁷.

Los sistemas de injusto, conforme a LAMPE, son sistemas sociales que constituyen construcciones sociales en las que las relaciones de los elementos están organizadas hacia un fin asocial, específicamente orientado a un fin

⁷³⁶ CIGÜELA SOLA, Javier, *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2015, págs. 85-86.

⁷³⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «¿«Pertinencia» o «intervención»?», pág. 1075.

delictivo, en el que los elementos son individuos relacionados entre sí a través de la comunicación y la interacción. De esta manera, las comunicaciones e interacciones internas que tienen, siguen modelos relativamente constantes que generan su organización⁷³⁸.

Si vemos el fenómeno de la organización criminal como un injusto sistémico, cabe afirmar lo siguiente: “Por tanto, el injusto sistémico es en sí un estado de injusto, que puede activarse en conductas, pero no tiene necesariamente que hacerlo. Se corresponde con la disposición al injusto, propia del autor individual en el delito de acción. Ahora bien, mientras que la disposición al injusto todavía no es injusto, porque al sistema en el que se halla, al carácter personal, le falta la inmediata asocialidad, la disposición de un sistema comunitario a la comisión de hechos criminales, su «carácter es por sí mismo ya injusto»⁷³⁹.

La estructura típica de estos delitos es peculiar: constituye una anticipación de la barreras protección penal, un adelantamiento del momento en el que el Derecho penal entra en acción, de manera que ya actúan herramientas de protección en un momento anterior -peligro- que es más prematuro, sin esperar que ese -riesgo- incipiente desemboque en una lesión de mayores magnitudes⁷⁴⁰. Sea como fuere, lo cierto es que las figuras de delito anticipado responderán a lo que JAKOBS denominó hace más de dos décadas “Derecho penal del enemigo”⁷⁴¹, en el que se optimiza la protección de bienes jurídicos, a costa de la reducción de ciertas esferas de libertad de los sujetos implicados⁷⁴².

⁷³⁸ JAKOBS, Günther / POLAINO-ORTS, Miguel, *Delitos de organización*, op. cit., pág. 88.

⁷³⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «¿“Pertinencia” o “intervención”?»», op. cit., pág. 1076. Nota al pie nº 25.

⁷⁴⁰ POLAINO-ORTS, Miguel, «Imputación», op. cit., pág. 35.

⁷⁴¹ JAKOBS, Günther, *Derecho penal del enemigo*, trad. Manuel Cancio Meliá, Civitas, 2ª ed., Madrid, 2006.

⁷⁴² POLAINO-ORTS, Miguel, *Curso de Derecho penal del enemigo. Delincuencia grave y exclusión social en el Estado de Derecho*, Digital@tres, Sevilla, 2013, pág. 28-29. / POLAINO-ORTS, Miguel, «Realidad y ficción en el Derecho penal del enemigo», en *Boletín da Facultade*

En el mismo sentido se pronuncia POLAINO-ORTS, en referencia a las organizaciones criminal, al indicar que los delitos de organización comparten la lógica de la anticipación punitiva, y -por tanto- son un ejemplo paradigmático del Derecho penal del enemigo⁷⁴³, en contraposición a otros planteamientos críticos doctrinales⁷⁴⁴.

La sugerente propuesta de entender a la organización como un injusto sistémico debe ser considerada como un paso más en la tarea de poder entender y delimitar dicho fenómeno criminal, puesto que desde esta perspectiva la constitución de una organización criminal tendría ya por sí el carácter de injusto, en cuanto resultado de la suma de los sujetos integrantes, existiendo también una estructura y división de trabajo. En consecuencia, constituiría -en términos *luhmannianos*- un subsistema social, con las mismas características de los demás subsistemas que conforman los sistemas sociales, pero con la diferencia de su orientación e idoneidad delictiva.

B) Potencial lesividad de la organización criminal

La organización criminal constituye una forma de punición anticipada, pero no es únicamente eso, sino que es mucho más que eso, ya que constituye una institución criminal dinámica existente en la sociedad, y que es contraria a

de Dereito. Estudios en homenaje al Profesor Doctor Jorge De Figueiredo Dias, Editorial Coimbra, Coimbra, 2009, págs. 485-519.

⁷⁴³ POLAINO-ORTS, Miguel, «Organizaciones y grupos criminales», en POLAINO NAVARRETE, Miguel, (Dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial, adaptadas a la ley orgánica 5/2010 de Reforma del Código penal*, tomo II, Tecnos, Madrid, 2011, pág. 565.

⁷⁴⁴ MIRÓ LLINARES, Fernando, «Persona o enemigo; vigencia real o postulada de las normas; Estado de Derecho perfecto u óptimo en la práctica. Al hilo de la segunda edición del libro de Derecho penal del enemigo de Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá», en *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, vol. I, nº 1, Julio 2006, *passim*. / MIRÓ LLINARES, Fernando, «Democracias en crisis y Derecho penal del enemigo. Política criminal frente al terrorismo en los Estados democráticos antes y después del 11 de septiembre de 2001», en *Cuadernos de Política Criminal*, Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, 2ª época, núm. 87, fascículo III, Madrid, 2005, págs. 185-227.

los fines de ésta, es una institución una empresa criminal que se opone sistémicamente a la estructura social⁷⁴⁵.

La construcción de estructuras racionalmente orientadas a la planificación y comisión de delito beneficia el encubrimiento ulterior de sus miembros para evitar la persecución penal, la suma de fuerzas, la planificación y división eficaz del trabajo, así como la profesionalización de sus miembros fundamentan claramente un mayor peligro para los bienes jurídicos, que puede estimarse relevante aunque este comportamiento se encuentre lejos de ellos⁷⁴⁶.

En consecuencia, las posibilidades de éxito en la comisión de delitos llevados a cabo por una organización criminal son mayores que las de los que son llevados a cabo por un individuo, lo que las configuraría precisamente como un foco actual de desestabilización, independientemente de que los sujetos lleven a cabo en el futuro los delitos que tengan planificados, puesto que si realmente ejecutan su propósito criminal, se les imputaría por otro delito diferente⁷⁴⁷.

La argumentación de que la existencia de una organización criminal lleva consigo un carácter lesivo es objeto de un reconocimiento que no es reciente; en este sentido BERNER, con ocasión de la distinción entre figuras históricas correspondientes a conspiración y banda, resaltó con claridad la personalidad autónoma de la organización, la cual afecta de modo directo al Estado⁷⁴⁸,

⁷⁴⁵ POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., pág. 411.1

⁷⁴⁶ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, «Problemas de legitimidad de una respuesta excepcional frente a las organizaciones criminales», en CANCIO MELIÁ, Manuel / POZUELO PÉREZ, Laura (coords.), *Política criminal en vanguardia, inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Thomson-Cívitas, Cizur Menor, Navarra, 2008, págs. 454-455. / En el mismo sentido se manifiesta la Circular de 2/2011 indicando que tal estructura organizativa representa una peligrosidad superior a la que supondría la actuación individual o actuación conjunta no coordinada, pues el reparto de tareas conlleva un incremento en la eficacia de la actuación conjunta y en las posibilidades de obstaculizar su persecución y lograr la impunidad. *Vid.* Circular 2/2011, de 2 de junio, de la Fiscalía General del Estado sobre Reformas del Código penal por Ley orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, pág. 9.

⁷⁴⁷ POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., pág. 413.

⁷⁴⁸ Citado por CANCIO MELIÁ, Manuel / SILVA-SÁNCHEZ, Jesús María, *Delitos de organización*, op. cit., pág. 74.

indicando que “del mismo modo que los vicios introducen una desorganización en el microcosmos de la psique, la banda trae una desorganización a la vida de la nómada estatal” en consecuencia esta “contrainstitución” entra en colisión con la pretensión del Estado⁷⁴⁹.

En este punto de colisión la organización criminal pretende ocupar un lugar ilegítimo en la vida pública, arrogándose la organización delictiva el ejercicio de derechos pertenecientes al ámbito de la soberanía que son propia del Estado, como son la organización y la violencia. Sólo si se vincula de este modo la emergencia de la organización con el incremento fáctico de la peligrosidad que ésta supone, se percibe con claridad el específico significado de la actuación colectiva de las organizaciones criminales que pone en cuestión el monopolio de la violencia que corresponde al Estado⁷⁵⁰.

Ahora bien, el carácter lesivo se deriva de los siguientes factores: por un lado la sistematización de los ataques y el grado de eficiencia de las bandas consigue una masificación en la lesión de los bienes jurídicos protegidos; en segundo lugar, en buena parte de las actividades realizadas por estos grupos (como vimos en el capítulo I respecto a la acción) se sigue un procedimiento que en sí mismo representa un ataque a la integridad moral y a los derechos fundamentales de las personas, mediante el establecimiento de prolongadas situaciones de esclavitud; por último, porque las actividades del crimen organizado extienden su lesividad más allá de los concretos bienes que resultan afectados en un ataque específico, desestabilizando a la sociedad a través de la generación de inseguridad, poniendo en riesgo el orden económico, y, en determinados casos, facilitando la corrupción de las instituciones públicas, así como del sector privado⁷⁵¹.

⁷⁴⁹ CANCIO MELIÁ, Manuel / SILVA-SÁNCHEZ, Jesús María, *Delitos de organización*, op. cit., pág. 74.

⁷⁵⁰ CANCIO MELIÁ, Manuel, *El injusto de los delitos de organización*, op. cit., pág. 36.

⁷⁵¹ ROPERO CARRASCO, Julia, «La necesaria armonización legislativa en el tratamiento de la delincuencia organizada», en MORÁN BLANCO, Sagrario / ROPERO CARRASCO, Julia /

En último término, el crimen organizado amenaza intereses de rango estatal, como la libre competencia en el mercado y el buen funcionamiento del sistema democrático y de Derecho, y claro ejemplo de ello son las organizaciones criminales italianas. Éstas tienen la capacidad de infiltrarse en los mercados lícitos de la economía y de las finanzas, además ejercen fuerte influencia sobre procesos político-administrativos a nivel local y nacional, y también adquieren el control del territorio donde se establecen a través de prácticas de extorsión y, un fuerte vínculo asociativo. El caso italiano es absolutamente especial y ello se deriva de dos elementos: 1) las fuertes relaciones que unen las organizaciones criminales italianas con el poder político, fruto de consolidadas relaciones corruptas, y 2) el fuerte arraigo en el territorio, causa y efecto de la gestión del mercado en la protección ilegal. La autoridad pública es la única que, por definición, puede ejercer el uso legítimo de la fuerza y, en consecuencia, garantizar protección a los propios ciudadanos. Sin embargo, la debilidad del Estado italiano ha dejado «vacío» un espacio que «ha sido ocupado por las organizaciones criminales, que son presentadas como «proveedoras de protección», sea en sectores ilegales que legales de la sociedad⁷⁵².

C) Cualidad autopoiética de la organización criminal

En términos funcionalista-normativos, la cualidad autopoiética de la organización criminal constituye un plus al factor lesivo que ésta representa

GARCÍA SÁNCHEZ, Beatriz, *Instrumentos internacionales en la lucha contra la delincuencia organizada*, Dykinson, Madrid, 2011, pág. 121.

⁷⁵² El caso italiano es absolutamente especial y ello se deriva de dos elementos: 1) las fuertes relaciones que unen las organizaciones criminales italianas con el poder político, fruto de consolidadas relaciones corruptas, y 2) el fuerte arraigo en el territorio, causa y efecto de la gestión del mercado en la protección ilegal. Como señala Savona, la autoridad pública es la única que, por definición, puede ejercer el uso legítimo de la fuerza y, en consecuencia, garantizar protección a los propios ciudadanos. Sin embargo, la debilidad del Estado italiano ha dejado «vacío» un espacio que «ha sido ocupado por las organizaciones criminales, que son presentadas como «proveedoras de protección», sea en sectores ilegales que legales de la sociedad. *Vid.* CUENCA GARCÍA, M^a José, «La criminalidad organizada tras la reforma del Código español: una visión desde el Derecho italiano», en *Diario La Ley*, N^o 93, sección aplicada a la práctica, Mayo de 2012, pág. 3.

frente a la sociedad, esa capacidad de autoregenerarse y reconvertirse para adaptarse al momento actual, hace de la organización criminal un verdadero foco de peligro. En este sentido haremos una -breve- analogía entre el carácter autorreferencial y autopoietico de la sociedad, aplicado a las organizaciones criminales, desde la perspectiva de la Teoría de los sistemas sociales de LUHMANN, a fin de explicar cómo se plasma esta regeneración de la sociedad en base a la teoría de la autopoiesis, y como se describe la estructura de la sociedad moderna.

En primera instancia, el concepto de autopoiesis proviene del campo de la biología, dicho término fue acuñado por VARELA Y MATURANA, y tiene su referencia inicial en los sistemas vivos⁷⁵³. Estos sistemas -vivos- se mantienen estructuralmente acoplados a su entorno, de modo que sufren diferentes variaciones estructurales como parte de su proceso de adaptación, ese proceso de adaptación al entorno es constante y en este punto aparece el concepto denominado *ontogenia*. La *ontogenia* es la historia de los cambios estructurales de una unidad sin que ella pierda su organización⁷⁵⁴.

Posteriormente, LUHMANN incorpora a su teoría de los sistemas sociales, las formulaciones de la teoría de la autopoiesis, esto implica que tanto los sistemas vivos como los sistemas sociales, constituyen ellos mismos los elementos que los componen como unidades funcionales. Por lo mismo, en todas las relaciones entre esos elementos se hará referencia a esa autoconstitución, que se lleva a cabo constantemente⁷⁵⁵. Se trata por tanto no sólo de sistemas dotados de una organización propia y que crean y modifican sus estructuras, sino que

⁷⁵³ La autopoiesis se refiere a la organización de los sistemas vivos, es decir, a la interacción circular entre los elementos del sistema que permite la estabilidad e identidad del organismo y lo a la estructura, es decir, a las formas espaciotemporales concretas que asumen éstos. *Vid.* GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar, *El Derecho penal en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*, J.M^a. Bosch, Barcelona, 1993, pág. 77.

⁷⁵⁴ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistema de imputación, una aproximación sociológica a la función del Derecho penal*, J.M^a. Bosch Editor, Barcelona, 2005, pág. 67.

⁷⁵⁵ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistema de imputación*, op. cit., pág. 70.

además la autorreferencia se aplica también a la producción de otros componentes. Aquello que funciona como unidad en el sistema, sean elementos, procesos, estructuras, operaciones o el propio sistema, es constituido como unidad por el sistema, el sistema sería por tanto un producto de sí mismo⁷⁵⁶.

En la teoría de los sistemas sociales de LUHMANN, la sociedad es concebida como un sistema global que integrado a su vez por diversos sistemas parciales: Derecho, Economía, Religión, Política, Ciencia, Arte, etc. La interrelación de estos sistemas parciales o subsistemas, hace posible que la sociedad sea un sistema autorreferente y autopoietico que está compuesto de manifestaciones o expresiones de sentido, conocidas sintéticamente como comunicaciones. La comunicación es el mecanismo propio de autoreproducción de los sistemas sociales, la operación autopoietica mediante la cual el sistema social se crea (autocrea) y se recrea a sí misma⁷⁵⁷.

La comunicación constituye la mínima unidad, capaz de ser negada, pero para que exista tal negación es necesario que el destinatario reaccione, sólo entonces estamos frente a una verdadera comunicación⁷⁵⁸.

Esta descripción de subsistemas sociales -autopoieticos- se considera un proceso evolutivo de orientación funcional, puesto que cada uno de dichos sistemas cumple una determinada función que siempre puede reconducirse a la reducción de complejidad. Dicha complejidad, como conjunto total de

⁷⁵⁶ GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar, *El Derecho penal en la teoría*, op. cit., pág.80.

⁷⁵⁷ POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., pág. 155.

⁷⁵⁸ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistema de imputación*, op. cit., pág. 63.
/ Dicho con un ejemplo típico de la doctrina penal, aplicada a la comunicación dentro la sociedad: en el plano comunicativo la comisión de un delito no es sino una comunicación que niega la vigencia de una determinada norma. Desde los presupuestos aquí adoptados, para que haya comunicación, se requiere de una reacción por parte del destinatario, aunque ella consista en rechazar el contenido de la comunicación. Desde esta perspectiva, la imposición de una pena no consiste sino en decir «no» al contenido comunicativo del delito. Sólo en ese momento puede decirse que ha tenido lugar el hecho de la comunicación. Pero, por el contrario, si el sistema no reacciona, como ocurre cuando dicha comunicación proviene de un inimputable, simplemente no hay comunicación relevante para el sistema. *Vid.* PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, op. cit., pág. 64.

acontecimientos posibles, implica una coacción a elegir que a un tiempo la reduce y aumenta, permitiendo así la autopoiesis del sistema. En la teoría de corte *luhmanniano* los sistemas sociales están formados por comunicaciones y sus fronteras se delimitan, conforme a sentido, en cada una de sus operaciones. Estas operaciones, en virtud de la autopoiesis, coinciden con los elementos integrantes del sistema, entonces el sistema está formado, por -y sólo por- comunicaciones, que a su vez produce comunicaciones y las incorpora en un proceso recursivo de autorreproducción⁷⁵⁹.

Con lo expuesto anteriormente, nos centraremos en la aplicabilidad de la autopoiesis como cualidad de las organizaciones criminales. El punto central de la teoría autopoietica es la capacidad de adaptación que tiene ésta, y en consecuencia sufre variaciones estructurales que están condicionadas por su entorno, pero que no cambian su esencia organizativa. Aquí podemos encontrar una analogía con la organización criminal, puesto que los delitos de la criminalidad organizada del siglo pasado (cuadrillas, mafias, y rufianería) son totalmente distintos a los delitos cometidos por las organizaciones criminales actualmente ya que éstos producen nuevos tipos delictivos⁷⁶⁰, y ese proceso de adaptación de la organización criminal a la situación actual de la sociedad es señal clara de la transformación que ha sufrido este tipo delictivo pasando a un

⁷⁵⁹ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistema de imputación*, op. cit., pág. 87. / La reproducción autopoietica depende, pues, de la suficiente homogeneidad de las operaciones sistémicas, y esta última define la unidad de una determinada tipología de sistemas, los hechos se pueden resumir y observar desde otros puntos de vista; pero no se podrá observar nunca la constitución de sistemas autorreferentes si no nos atenemos a la tipología de sistemas y procesos enmarcados por dicha homogeneidad. Tomando las relaciones autorreferentes del sistema como base, es posible ampliar inmensamente los límites de la capacidad de adaptación estructural y correspondientemente alcance de la comunicación interna del sistema, el principio que guía esta ampliación puede comprenderse mejor si se parte del concepto de información, una información se produce siempre y cuando un acontecimiento selectivo (de tipo externo o interno) actúa selectivamente en el sistema, es decir, cuando puede escoger entre los estados del sistema. Esto presupone la capacidad de orientarse por diferencias que parecen estar ligadas a su vez, a un modo de operar autorreferente del sistema *Vid.* LUHMANN, Niklas, *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, Ediciones Paidós, Barcelona, 1997, págs. 104-105.

⁷⁶⁰ En este sentido podemos citar los denominados eurodelitos: la trata de seres humanos; la explotación sexual de mujeres y niños; el tráfico ilícito de drogas; el tráfico ilícito de armas; el blanqueo de capitales; la corrupción; la falsificación de medios de pago; y la delincuencia informática. Esto conforme al art. 83 de la CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES de la UNIÓN EUROPEA, Luxemburgo, 2010.

plano transnacional y expandiendo de esta manera su esencia organizativa y su programa delictivo.

En suma, la teoría *luhmanniana* de los sistemas sociales resalta que el elemento que constituye la mínima unidad, es la comunicación, y ésta propicia que el sistema social pueda crearse (autocrearse) y recrearse. Desde nuestra perspectiva, la organización criminal depende de sus características (organización, finalidad delictiva y permanencia) y su correspondiente interrelación comunicativa de las mismas para que ese proceso autopoiético pueda cristalizarse.

II.- Organización criminal y estructura delictiva

Dentro de las tendencias de la imputación objetiva se encuentra la directriz denominada; delitos de organización. Como es sabido, la construcción de la dogmática penal ha girado en torno a un paradigma muy definido; el paradigma del autor individual que, además, realiza un delito de lesión consumado, muy singularmente el delito de homicidio. Autor individual, consumación delictiva y delito de lesión y, aun, de sangre constituían el eje central sobre el cual giraba la discusión sobre la mayoría de los conceptos y construcciones jurídico penales, tales como; acción, omisión, lesión de bien jurídico, causalidad etc.⁷⁶¹.

Se denominan delitos de organización aquellos delitos en los que el injusto consiste, precisamente, en la conformación de una organización idóneamente delictiva, esto es: de una empresa idónea para cometer delitos y cuya finalidad es la comisión de futuros injustos. A estas figuras se denominan también delitos de estatus, pues en ellos se sanciona a unos sujetos por el hecho de pertenecer a la

⁷⁶¹ POLAINO-ORTS, Miguel, «Imputación», op. cit., pág. 32. / *Vid.*, sobre el paradigma del autor individual, POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., págs. 381 y sigtes.

organización, o sea: por tener estatus de ser miembro de la mencionada organización⁷⁶².

En los últimos decenios puede observarse un receso notorio de ese paradigma tradicional. Si antes se empleaba ese paradigma como banco de prueba de todos los delitos consumados de lesión realizados por un autor único genera escasos problemas teóricos y aún prácticos. La progresiva pérdida de la hegemonía de ese paradigma debe su existencia, de un lado, al auge de la “criminalidad económica”⁷⁶³ y la proliferación de tipos de “delitos de peligro abstracto”⁷⁶⁴, u, de otro, a la complejidad estructural del mundo actual, donde prácticamente no hay actividad social que se realice exclusivamente por un solo sujeto, sino donde pueden observarse una confluencia de aportes sociales de diferentes personas, aportes que lógicamente tendrán una diversa calificación penal⁷⁶⁵.

Ese conjunto de personas es el ensamblaje de la organización, la construcción de una serie de partes para un todo. En teoría de organizaciones se

⁷⁶² POLAINO-ORTS, Miguel, *Curso de Derecho penal del enemigo*, op. cit., pág. 101.

⁷⁶³ *Vid.*, entre la amplia bibliografía sobre la criminalidad económica, FOFFANI, Luigi, «Criminalidad organizada y criminalidad económica», en *Revista Penal*, n° 7, 1998, págs. 55-66. / GÓMEZ JARA-DIEZ, Carlos, *Cuestiones fundamentales de Derecho penal económico. Parte general y Especial*, B de F, Buenos Aires, 2014. / ROBLES PLANAS, Ricardo, *Estudios de Dogmática Jurídico-penal. Fundamentos, teoría del delito y Derecho penal económico*, B de F, Buenos Aires, 2014. / TRILLO NAVARRO, Jesús Pórfilo, *Delitos económicos. La respuesta penal a los rendimientos de la delincuencia económica*, Dykinson, Madrid, 2008. / CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, «Estafa por computación y criminalidad económica vinculada a la informática», en *Actualidad Penal*, N° 47/22-28 de diciembre de 1998, págs. 1069-1094. / SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de política criminal e las sociedades postindustriales*, 3ª ed., B de f., Buenos Aires, 2011., entre muchos otros.

⁷⁶⁴ Sobre esta temática, entre varios otros autores, KINDHÄUSER, Urs, «Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal», trad. Nuria Pastor Muñoz, en *InDret*, Barcelona, febrero de 2009. / VARGAS PINTO, Tatiana, *Delitos de peligro abstracto y resultado. Determinación de la incertidumbre penalmente relevante*, Aranzadi-Cizur Menor, Navarra, 2007. / MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Ministerio de Justicia – Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993. / RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *Delitos de peligro, Dolo e imprudencia*, Universidad Complutense de Madrid, Servicio de Publicaciones, 1994. / CORCOY BIDALSOLO, Mirentxu, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos-penales supraindividuales. Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos*, Tirant lo Blanch, Valencia 1997.

⁷⁶⁵ POLAINO-ORTS, Miguel, «Imputación», op. cit., pág. 33.

concede la estructura como el conjunto de reglas generales y duraderas que sirven para ordenar la distribución de funciones, coordinar las actividades comunes, encaminadas a la realización de un objetivo común⁷⁶⁶. La estructura es consecuencia de la organización y ésta la dota de autonomía, por consiguiente la existencia de una organización -criminal- requiere una estructura estable, más allá de la mera contribución personal de sus miembros. De ahí que los elementos de estabilidad y estructura sean consustanciales a la existencia de la organización criminal. De ello se desprende también la relativa fungibilidad de sus miembros. Relativa, porque la profesionalidad e algunos de sus miembros, o la capacidad de liderazgo, los puede hacer no fungibles. La estructura es el andamiaje de la organización, y puede consistir en la propia división de trabajo, los medios personales y materiales, la infraestructura y los códigos de conducta comunes⁷⁶⁷.

Desde el punto de vista de la propia configuración social del mundo bajo la división del trabajo, se pone de manifiesto que cada persona es competente para aportar algo, de manera que la suma de todo junto configura un hecho delictivo. Con ello se quiere decir que la antigua idea del paradigma tradicional ha sido más modernamente substituido por el paradigma del injusto sistémico, esto es, por el paradigma de la imputación colectiva o del injusto colectivo⁷⁶⁸.

De la misma se desprenden dos posturas distintas en la forma de concebir el delito de organización criminal, sin perjuicio de que ambas partan de una misma base y apelen al empleo de una terminología común como es la del “injusto sistémico”.

⁷⁶⁶ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, Comares, Granada, 2009, pág. 129.

⁷⁶⁷ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal*, op. cit. pág. 130.

⁷⁶⁸ POLAINO-ORTS, Miguel, «Delitos tributarios e imputación objetiva», op. cit., pág. 298. / POLAINO-ORTS, Miguel, «Imputación», op. cit., pág. 33-34.

A) La organización criminal como injusto sistémico autónomo

Para la opinión mayoritaria, el injusto sistémico de la organización criminal como un injusto autónomo e independiente, propio de los delitos concretos que pretendan cometer (y que acaben cometiendo) mediante ella. Concretamente se afirma que la mera existencia de la organización criminal, como sistema de injusto, entendido como subsistema disfuncional al sistema social constituido en Estado, lesiona la seguridad general y la paz pública⁷⁶⁹.

En otras palabras, se trata de un injusto que no precisa de ninguna manifestación externa en sí a través de acciones. 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 comportamiento. Sin embargo, mientras que la predisposición al injusto no constituye un injusto, ya que al “sistema”, y allí donde se encuentre, el carácter personal, le falta la asociabilidad inmediata, la predisposición de un sistema de comunidad a cometer delitos, su carácter “asocial” es ya un injusto⁷⁷⁰.

En conformidad con la posición sustentada por CANCIO MELIÁ, la propia organización criminal constituye el sujeto del injusto penalmente relevante, y que lo decisivo no es el peligro para los bienes jurídicos inherente a tales organizaciones, sino el significado propio de ellas. Tal significado es poner en cuestión el monopolio de violencia que corresponde al Estado, atribución que enmarca en una necesaria “repolitización” de los delitos de organización. En este

⁷⁶⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «¿“Pertenencia” o “intervención”? del delito de “pertenencia a una organización criminal” a la figura de la “participación a través de la organización” en el delito», en *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 1075.

⁷⁷⁰ LAMPE, Ernst-Joachim, *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*, trad. Carlos Gómez-Jara Díez / Guillermo Orce / Miguel Polaino-Orts, Grijley, Lima, 2003, pág. 139.

sentido, la interpretación del delito de asociación ilícita debería reducir el alcance del tipo a asociaciones que tengan fortaleza de su estructura, capacidad de desafiar al Estado, y que manifiesten dicho desafío mediante el ejercicio de la violencia *ad intra* y *ad extra*⁷⁷¹.

Respecto al individuo, éste al integrarse en la organización, pierde todo control, de modo que la actuación colectiva se convierte en actuación de cada uno de los miembros de la organización⁷⁷², es decir, pierde la capacidad de autoadministrarse.

En tal sentido, destaca JAKOBS la importancia de poder configurar el ámbito de organización que cada persona tiene, para poder ser tratado como persona, es decir, lo determinante no es la libertad en sí misma, sino la capacidad de dirigir sus actos conforme con el rol que le compete, según el ámbito de organización e institución, y cumpliendo con las expectativas que se generan en los demás respecto de la persona, para explicar esto, recurre a la parábola de los tres reyes⁷⁷³.

Para POLAINO-ORTS, lo relevante no es tanto la entidad de los hechos futuros referido a la peligrosidad hipotética, cuando la incidencia que esos hechos futuros tienen hoy, *hic et nunc*, en la seguridad de los ciudadanos, así como en el proyecto vital actual de las personas en Derecho. Por ello, el injusto de hipotéticos delitos futuros no puede agotar el contenido de injusto de un delito actual, sino que éste ha de rellenarse de un contenido autónomo, propio:

⁷⁷¹ CANCIO MELIÁ, Manuel / SILVA-SÁNCHEZ, Jesús María, *Delitos de organización*, Euros-editores, Buenos Aires, 2008, pág. 4.

⁷⁷² CANCIO MELIÁ, Manuel, «El injusto de los delitos de organización: peligro y significado», *RGDP*, nº 8, noviembre de 2007, págs. 31-34.

⁷⁷³ JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho penal*, trad. Enrique Peñaranda Ramos / Suárez Gonzáles, Carlos J. / Cancio Meliá, Manuel, Civitas, S.A., Madrid, 1997, pág. 392.

precisamente el injusto sistémico del delito de organización⁷⁷⁴. En este caso, estaríamos frente a la categoría de los denominados delitos de estatus⁷⁷⁵.

De manera crítica, SILVA SÁNCHEZ cuestiona si ese injusto sistémico de la organización constituye un injusto apto para ser imputado posteriormente por separado, es decir, a cada miembro concreto de la organización. Estma que sería cuestionable si, “partiendo de la organización criminal como sujeto-sistema que lesiona objetos de protección del Derecho penal como la paz y la seguridad pública, es posible fundamentar convincentemente la atribución de responsabilidad penal por dicha lesión a cualquier sujeto que realice una conducta funcional, entre las que se encuentra la mera adhesión a aquel sistema”⁷⁷⁶.

B) La organización como injusto derivado o anticipado

Otra opinión “minoritaria” contempla, en cambio, a la organización criminal ante todo en su dimensión de estado -institucional- de cosas favorecedor de los delitos concretos cometidos luego en su marco (como forma de intervención anticipada)⁷⁷⁷. Pero, como suele recordarse, la mera existencia de la organización clandestina no afecta a la paz pública, hasta tanto no inicie la comisión de los delitos-fin, o al menos manifieste o haga pública su amenaza⁷⁷⁸.

⁷⁷⁴ POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., pág. 407.

⁷⁷⁵ Los delitos de estatus son ampliamente desarrollado por la Prof^a. PASTOR MUÑOZ, quien considera que la manifestación de la peligrosidad subjetiva es un comportamiento perturbador para la sociedad porque lesiona la seguridad normativa, y en consecuencia suple lo que vendría a ser la peligrosidad objetiva, lo que aplicado a los delitos de estatus determina que es suficiente para la punición de la intervención en la asociación ilícita. *Vid.* PASTOR MUÑOZ, Nuria, *Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática*, Atelier, Barcelona, 2005, págs. 66 y sigtes.

⁷⁷⁶ JAKOBS, Günther / POLAINO-ORTS, Miguel, *Delitos de organización*, op. cit., pág. 102.

⁷⁷⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, « ¿«Pertenencia» o «intervención»? », op. cit., pág. 1077.

⁷⁷⁸ ASÚA BATARRITA, Adela, «El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho penal, delitos de terrorismo, “finalidades terroristas”, y conductas periféricas», en CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coord.), *Derecho penal del enemigo, el discurso penal de la exclusión*, vol. 1, Edisofer, Madrid, 2006, pág. 264.

La organización afectaría, pues, a los objetos de protección de los delitos específicos cuya comisión constituye su fin. Esta perspectiva acoge la denominada “teoría de la anticipación”, para cual la sanción de hechos vinculados a la actividad de las organizaciones criminales se explica, fundamentalmente, en clave de anticipación de protección de los bienes jurídicos afectados por los delitos-fin de la asociación delictiva⁷⁷⁹.

Este punto de vista no niega la específica dimensión institucional de la organización criminal, indicando que es posible advertir la especial peligrosidad de la organización criminal, derivada no sólo de la forma de ejecución común que le es propia, sino sobre todo la dinámica propia de las organizaciones, encaminada a la comisión de delitos, que, entre otras cosas tiene la capacidad de «alargar» el alcance de los actos de organización de sus miembros⁷⁸⁰.

Esta posición había sido sostenida por RUDOLPHI, para quien la misma en la tipificación de las organizaciones criminales desempeña un papel importante, desde el punto de vista del peligro de los hechos que se quieren realizar. La punición depende, por un lado, «del hecho de que los delitos individuales de los miembros son especialmente peligrosos por su forma de comisión conjunta», pero por otro lado, y de manera especial, depende «de que estas agrupaciones desarrollan generalmente una dinámica propia que consiste en la comisión de hechos proyectados, disminuyendo de esta manera e incluso anulando el sentimiento de responsabilidad de los miembros individuales»⁷⁸¹.

A juicio de los defensores de esta teoría, este modelo también ofrece una más convincente fundamentación de la atribución de responsabilidad penal a los

⁷⁷⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «¿‘Pertenencia’ o ‘intervención’?», op. cit., pág. 1077.

⁷⁸⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «¿‘Pertenencia’ o ‘intervención’?», op. cit., pág. 1077.

⁷⁸¹ POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., pág. 403. / RUDOLPHI, Hans-Joachim, «Verteidigerhandeln als Unterstützung einer krimineller oder terroristischen Vereinigung i. S. der §§ 129 und 129 a StGB», en *Festschrift für H.-J. Bruns zum 70. Geburtstag*, Köln 1978, págs. 317-319.

miembros y colaboradores externos de la organización criminal. Para fundamentar esto, se echa mano del argumento del principio del hecho, es decir, a los miembros y colaboradores, se les hace responsables por su propia actuación y no por «ser parte de un sistema asocial», que, en cuanto tal, afectaría a la paz pública⁷⁸². Finalmente, la responsabilidad de los miembros y colaboradores externos de las organizaciones, se fundamenta a partir de imputación de creación de riesgos para los bienes jurídicos protegidos en los que se definen los delitos-fin de la asociación delictiva, es decir, bajo el principio del hecho⁷⁸³. Una vez desarrollado la organización y la estructura como criterio de imputación pasamos a resaltar algunas puntualizaciones.

C) Toma de postura

Después de haber estudiado ambas posturas sobre la determinación de los injustos sistémicos, la segunda postura que lo entiende como “delitos-fin”, argumenta que los delitos de organización criminal, necesariamente se lo tiene que establecer como parte de la fase previa o preparatoria del *iter criminis*, postura que consideramos que no agota el carácter de la organización criminal, porque su conformación o constitución es independiente de dicha fase.

Si bien la lesión futura es una técnica propia del Derecho penal del enemigo, según POLAINO-ORTS, lo relevante para determinar la consumación del injusto sistémico es que éste se consuma incluso hasta cuando los delitos-fin parecen irreales y no llegan a realizarse nunca, y en razón de ello «lo relevante no es tanto la entidad de los hechos futuros (peligrosidad hipotética), cuando la incidencia que esos hechos futuros tienen hoy, *hic et nunc*, en la seguridad de los ciudadanos, en el proyecto vital actual de las personas en derecho. Por ello, el injusto de hipotéticos delitos futuros no puede agotar el contenido de injusto de

⁷⁸² JAKOBS, Günther / POLAINO-ORTS, Miguel, *Delitos de organización*, op. cit., pág. 105.

⁷⁸³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, « ¿‘Pertinencia’ o ‘intervención’? », op. cit., pág. 1078.

un delito actual, sino que éste ha de rellenarse de un contenido autónomo, propio: precisamente el injusto sistémico del delito de organización»⁷⁸⁴.

Ahora bien, para agotar el carácter autónomo del injusto sistémico, es necesario concretar el principio del hecho, es decir, es necesario la conformación fáctica de la organización criminal ligado a una estructura, dicha estructura está alejada totalmente de castigar los meros pensamientos, porque implica la exteriorización de un comportamiento. El factor asocial es determinante para establecer su carácter autónomo de la organización criminal, y se fundamenta en el principio del hecho ya que la autoexclusión de los individuos se plasma al romper toda neutralidad en su conducta -introyectando su filosofía, sus normas internas así como los fines delictivos de este círculo asocial-, y esto cristaliza cuando es parte integrante de la organización, la cual se desarrolla al margen de la norma, adquiriendo de esta manera un carácter disfuncional y contrario a la vigencia cognitiva de la norma.

III.- Características típicas de la criminalidad organizada

Respecto al desarrollo de las características de la criminalidad organizada, su creación a modo de empresa, en ocasiones con mentalidad de multinacional del delito, supone un plus de peligro para los Estados, amenazando intereses como la libre competencia en el mercado y el buen funcionamiento del sistema democrático y de Derecho⁷⁸⁵.

Se ha estimado que la combinación de características permite inferir tendencias tipológicas de grupos criminales -entendidos como organización criminal-, observando que en términos generales los grupos con una jerarquía más rígida son los que con mayor frecuencia tienen una sólida cohesión basada en lazos sociales o étnicos, igualmente son los más violentos y los que más

⁷⁸⁴ POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., pág. 407.

⁷⁸⁵ LÓPEZ-MUÑOZ, Julián, *Criminalidad organizada. Aspectos jurídicos y criminológicos*, Dykinson, Madrid, 2015, pág. 110.

tienden a la corrupción, los que más intervienen en economía legal y los que más relaciones transfronterizas desarrollan⁷⁸⁶.

En el plano internacional, la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional UNTOC, en su artículo 2 *inc.* a), resalta tres características básicas de la criminalidad organizada al momento de conceptualizarla, las cuales son: 1) la organización dentro la cual está la estructura, 2) la permanencia y 3) la finalidad de lucro económico; consideramos también importante agregar otra característica que actualmente cumple un papel muy importante y, es la globalización, que propicia el factor de la internacionalización de la criminalidad organizada y el uso de los adelantos tecnológicos para la comisión de sus delitos⁷⁸⁷.

A su vez, la Jurisprudencia española se ha manifestado en la Sentencia 16/2007 de 26 septiembre, señalando como rasgos definidores los siguientes: 1) la agrupación de personas para la consecución de un fin, unión que no ha de ser esporádica sino que ha de tener cierta duración en el tiempo o estabilidad; 2) que la unión esté presidida por ideas de estructura jerárquica y disciplina, entendiéndose por tal el sometimiento de sus miembros a las decisiones de otro u otros miembros que ejercen la jefatura; 3) que exista una voluntad colectiva de comisión de delitos, sin llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar; y 4) una estructura adecuada para la comisión de los fines propuestos (...) ⁷⁸⁸. La mencionada Sentencia hace referencia clara a las características que posee una organización criminal, aunque respecto a la forma o estructura de la misma se inclina por la “jerárquica”. Independientemente de ello,

⁷⁸⁶ Vid. LÓPEZ-MUÑOZ, Julián, *Criminalidad organizada*, op. cit. pág. 111.

⁷⁸⁷ El cual establece que “por grupo delictivo organizado, se entenderá un grupo estructurado de 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”. Cfr. *Organised crime in Europe: the threat of cybercrime. Situation report 2004*, op. cit., pág. 9.

⁷⁸⁸ STS 16/2007, de 26 de septiembre, (Roj: STSJ M 19255/2007), Fundamento de Derecho (Décimo).

consideramos que los mencionados elementos son indispensables para determinar cuándo estamos frente a una organización criminal.

Con las bases precedentes, pasaremos a desarrollar cada una de las características, nos referimos propiamente al “factor transnacional y tecnológico” que desde nuestro punto de vista poseen una relación intrínseca, es decir, que dependen de manera intrínseca unos de otros para poder lograr configurar esta figura que consideramos como un “cifrado asocial”, y que además constituye un actual reto para los estados democráticos contemporáneos.

A) La agrupación de tres o más personas

Una de las características principales de la criminalidad organizada, sin duda, es la **organización**. La organización, como equivalente de una estructura organizativa, constituye el denominador común de toda actividad desarrollada en el contexto de una empresa o ente colectivo, y en que las personas que intervienen en la ejecución material del delito son esencialmente intercambiables, sin que de ello dependa la subsistencia del proyecto criminal, en cuanto impulsado por un aparato capaz de proporcionar debida sustitución⁷⁸⁹. Además la organización tiene la capacidad de adaptación, para solucionar dificultades que se plantean, dando como resultado la producción de cambios que capacitan a la organización para hacer frente a las nuevas dificultades⁷⁹⁰.

Así mismo, un factor inherente en la organización es la **estructura**, la cual además puede adoptar diferentes modelos, es decir, puede organizarse de manera: jerárquica, horizontal, celular o de red. Cualquiera que sea el tipo de estructura que adopte la criminalidad organizada, siempre girará en función de la

⁷⁸⁹ CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, «Criminalidad organizada, concepto, la asociación ilícita problemas de autoría y participación», en GRANADOS PÉREZ, C. (Dir.), *La criminalidad organizada: aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, II, Madrid, 2001, pág. 244.

⁷⁹⁰ MOUZELIS P. Nicos, *Organización y burocracia*, 3ª ed., Ediciones Península, Barcelona, 1991, págs. 140-141.

multiplicidad proyectos criminales que tenga fijados, buscando de esta manera la mayor eficacia en la comisión del delito y minimizar la posibilidad de su descubrimiento.

Sobre el carácter estructural, NÚÑEZ CASTAÑO resalta que en el caso del terrorismo también se utiliza la estructura organizativa para producir terror, y dicho elemento consiste, por tanto, en una estructura jerárquica que da unidad y coherencia interna a los actos de terrorismo como forma de ejecución de un programa político contrario al del orden constitucional del Estado⁷⁹¹. La organización terrorista se vale de su cualidad lesiva -entendida como elemento cualitativo- que gira en función del “elemento estructural”⁷⁹², es decir, del nivel de organización de que dispone y “el número mínimo de miembros y la fungibilidad de los mismos”⁷⁹³, habiendo de tomarse en cuenta que por lo general estos grupos poseen una férrea estructura jerárquica, además de un “carácter permanente”⁷⁹⁴, y están basados en dogmas idealistas, religiosas o políticos. Los mencionados aspectos forman parte del aspecto cuantitativo de la organización terrorista, y en gran medida dichos elementos también están presentes en la organización criminal.

A manera de analogía, se podría decir que el delincuente organizado es un empresario, y la organización actúa como una auténtica empresa criminal, que asume modelos de estructuras propias del mundo de la industria y de los negocios. Se habla de la «industria del crimen», de «empresas criminales» y, dado actualmente su carácter transnacional, de «multinacionales del crimen»⁷⁹⁵.

⁷⁹¹ NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, *Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas. Sobre el sentido de las reformas penales en materia de terrorismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 85-86.

⁷⁹² NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, *Los delitos de colaboración con organizaciones*, op. cit., págs. 98-100.

⁷⁹³ NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, *Los delitos de colaboración con organizaciones*, op. cit., pág. 100-102.

⁷⁹⁴ NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, *Los delitos de colaboración con organizaciones*, op. cit., pág. 102.

⁷⁹⁵ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, *La criminalidad organizada, aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 40.

La **división del trabajo** es otro elemento que se encuentra dentro de la organización, lo cual supone una distribución de roles, dentro de la organización. Y por ende la concurrencia de varios miembros o subsistemas. En la escala organizacional se derivan determinados roles por la especialización de sus miembros, lo cual conduce a cierto grado de profesionalización⁷⁹⁶.

En toda estructura organizada el trabajo se divide entre los miembros, habitualmente siguiendo órdenes e instrucciones de los dirigentes, para la consecución de un fin u objetivo común. Ese tipo determina la estructura de la organización, esto es, el conjunto de reglas que permiten ordenar la distribución de funciones y coordinar las actividades en orden a la consecución del fin pretendido. El grado de complejidad que se ha de exigir a esa estructura depende en buena medida del tipo de actividad delictiva que la organización pretende emprender⁷⁹⁷.

Uno de los últimos factores que actualmente contribuyen a la internacionalización de la criminalidad organizada, es sin duda la globalización. Las consecuencias de la misma, son muy trascendentales y afectan prácticamente a todos los aspectos del mundo social. Sin embargo, como éste es un proceso abierto e internamente contradictorio, tiene consecuencias difíciles de predecir y de controlar. Otra de las formas de abordar esta dinámica es mediante la idea de riesgo. Muchos de los cambios ocasionados por la globalización nos plantean nuevas formas de riesgo, que se apartan considerablemente de las que existían en épocas anteriores. A diferencia de los riesgos del pasado, que tenían causas y

⁷⁹⁶ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal, contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, Comares S.L., Granada, 2009, pág. 129.

⁷⁹⁷ FARALDO CABANA, Patricia, «Sobre los conceptos de organización criminal y asociación ilícita», en VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, (coord.), *La delincuencia organizada: un reto a la Política criminal actual*, Aranzadi Cizur-Menor, Navarra, 2013, pág. 53.

efectos conocidos, los de hoy tienen un origen incierto y sus consecuencias no pueden determinarse⁷⁹⁸.

La STS 505/2016 afirma: 1º) Para la lucha contra la delincuencia organizada transnacional, caracterizada por su profesionalización, tecnificación e integración en estructuras legales ya sean económicas, sociales e institucionales, para lo cual se diseña como figura específica la Organización criminal⁷⁹⁹. Asimismo se pronuncian en similar sentido otras Sentencias del Tribunal Supremo: entre ellas, STS 855/2013⁸⁰⁰, STS 950/2013⁸⁰¹ y STS 1035/ 2013⁸⁰².

La Fiscalía General de España no es ajena a esta realidad, y en la Memoria de 2010 dedica un apartado al delito de organización criminal, resaltando el carácter internacionalidad que ha adquirido este fenómeno delictivo, afirmando: “En virtud de dicha trascendencia -además del carácter- supranacional y del exponencial incremento que la criminalidad organizada ha experimentado en las últimas décadas, llegando a socavar -en algunos casos- la estabilidad política en algunos Estados, se ha puesto de manifiesto que una respuesta adecuada por parte de los mismos, requiere de una serie de elementos basados en la prevención del fenómeno y la cooperación entre ellos”⁸⁰³.

⁷⁹⁸ GUIDDENS, Anthony, *Sociología*, 4ª ed., Alianza, Madrid, 2001, pág. 103 / En las últimas cuatro décadas, las interacciones transnacionales se han intensificado formidablemente, y de ello son ejemplos la globalización de los sistemas productivos y transacciones financieras, la diseminación de información e imágenes a través de los medios de comunicación masivos y las tecnologías de la comunicación o el desplazamiento masivo de personas. La variedad y el alcance extraordinario de estas interacciones transnacionales han llevado a algunos autores a ver en ellas una separación cualitativa de formas previas de relaciones mundiales, un fenómeno denominado globalización. Cfr. DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *Sociología jurídica crítica, para un nuevo sentido común en el Derecho*, Trotta, Bogotá, 2009, pág. 293.

⁷⁹⁹ STS 505/2016, de 9 de junio, (Roj: STS 2774/2016), Fundamento de Derecho (Décimo Primero).

⁸⁰⁰ STS 855/2013, de 11 de noviembre, (Roj: STS 5580/2013), Fundamento de Derecho (Vigésimo Tercero).

⁸⁰¹ STS 950/2013, de 5 de diciembre, (Roj: STS 6211/2013), Fundamento de Derecho (Sexto).

⁸⁰² STS 1035/2013, de 9 de enero, (Roj: STS 220/2014), Fundamento de Derecho (Tercero).

⁸⁰³ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2010*, pág. 1181.

De la mano de factor transnacional otra nota característica es el uso de la tecnología y la logística actual, actuando sus componentes con estricta profesionalidad; la organización cuenta con medios poderosos, así como poder económico, influencias en las administraciones públicas y con poder corruptor. Los medios tecnológicos en vanguardia, constituyen campo de abono para el desarrollo de las organizaciones criminales⁸⁰⁴. Los avances tecnológicos en los sistemas de comunicación de transmisión de información y de transporte han sido fundamentales para determinadas actividades del crimen organizado. Sólo a manera de ejemplo, el desarrollo de la tecnología que permite encriptar las comunicaciones a través de faxes, teléfonos móviles y correos electrónicos o interceptar las señales de vigilancia electrónica y por radar, etc⁸⁰⁵.

De esta manera se va abriendo camino a lo que actualmente se viene a denominar la ciberdelincuencia⁸⁰⁶ a través de manifestaciones delictivas como: 1) interceptación ilegal de telecomunicaciones, que hace que las escuchas ilegales sean más fáciles, 2) la vulnerabilidad ante el vandalismo electrónico y y el terrorismo, 3) el aumento de la posibilidad de los delitos relacionados con la

⁸⁰⁴ CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, «Criminalidad organizada, concepto, la asociación ilícita problemas...», op. cit., pág. 245.

⁸⁰⁵ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, «Perfil criminológico de la delincuencia transnacional...», op. cit., pág. 666.

⁸⁰⁶ *Vid.*, sobre esta tipología delictiva, de manera detallada, MIRÓ LLINARES, Fernando, *El cibercrimen: fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, Marcial Pons, Madrid, 2012, *passim*. / MATA Y MARTÍN, Ricardo M., *Delincuencia informática y derecho penal*, Edisofer, Madrid, 2001, pág. 17 y sigtes. / MORÓN LERNA, Esther, *Internet y Derecho penal: hacking y otras conductas ilícitas en la red*, Aranzadi, Navarra, 2002, págs. 25-26. / SIEBER, Ulrich, «Criminalidad informática: peligro y prevención», en MIR PUIG, Santiago, *Delincuencia informática*, Promociones y Publicaciones, S. A., Barcelona, 1992, pág. 13 y sigtes. / DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel, *Manual de derecho informático*, 7ª ed., Aranzadi, Navarra, 2005, págs. 371-372. / BUENO ARUS, Francisco, *El Derecho penal de 1995, parte especial*, Centro de Estudios Jurídicos y de Formación Especializada, Cataluña, 1996, pág. 177 y sigtes. / MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria, «Algunas notas sobre las formas de delincuencia informática en el Código penal», en DIEGO DÍAZ-SANTOS, Mª Rosario / SÁNCHEZ LÓPEZ, Virginia (coords.), *Hacia un derecho penal sin fronteras*, Colex, Madrid, 2000, págs. 129-130. / MILITELLO, Vincenzo, «Iniciativas supranacionales en la lucha contra la criminalidad organizada y el blanqueo en el ámbito de las nuevas tecnologías», en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura / MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina / DIEGO DÍAZ-SANTOS Mª Rosario (coords.), *Derecho penal, sociedad y nuevas tecnologías*, Colex, Madrid, 2001, págs. 177-186. / TIEDEMANN, Klaus, *Poder económico y delito*, Ariel S. A. Barcelona, 1985, págs. 121- 137.

transferencia electrónica de fondos y 4) el blanqueo de dinero electrónico, así como también las conspiraciones criminales⁸⁰⁷.

La ciberdelincuencia se puede entender como las actividades delictivas realizadas con la ayuda de redes de comunicaciones y sistemas de información electrónicos o contra tales redes o sistemas⁸⁰⁸. En la zona europea se han identificado tres tipos de actividades delictivas: el **primero** comprende formas tradicionales de delincuencia, como el fraude, usurpación de la identidad, estafas por internet (*phishing*, que es el intento de obtener por ejemplo, información confidencial como ser; contraseñas y datos de tarjetas de crédito), también los códigos malévolos que pueden servir para cometer fraudes a gran escala; el **segundo** está referido a los contenidos ilegales, en esta categoría están la difusión de imágenes de abuso sexual de menores, los actos que incitan a cometer atentados terroristas o hacen apología de la violencia, el terrorismo, el racismo y la xenofobia, siendo la acción coercitiva contra ellos muy difícil; el **tercero** son los delitos específicos de las redes electrónicas, por ejemplo ataques contra sistemas informáticos, la denegación de servicio y la piratería (a través de las llamadas redes *zombis* o *botnet* es una red de ordenadores controlados de modo remoto por un pirata informático para la ejecución de diversos programas), agravándose este fenómeno por la función las tecnologías y la interconexión acelerada de los sistemas informáticos, que han hecho más vulnerables dichos sistemas⁸⁰⁹.

También el grado de perfeccionamiento logístico del grupo criminal constituye la nota más variable para establecer las diferencias entre las mismas, en función a las actividades que desarrollen, adquiriendo una naturaleza fluida y

⁸⁰⁷ GUIDDENS, Anthony, op. cit., pág. 308.

⁸⁰⁸ COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO AL CONSEJO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES, *Hacia una política general de lucha contra la ciberdelincuencia*, Comisión de la Comunidades Europeas, 2007, pág. 2.

⁸⁰⁹ COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO AL CONSEJO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES, *Hacia una política general de lucha contra la ciberdelincuencia*, Comisión de las comunidades Europeas, 2007, pág. 3.

heterogénea que hace difícil desarrollar una imagen clara de estas empresas criminales⁸¹⁰.

Por tal razón es importante entender la sofisticación de la compleja criminalidad organizada, que además no resulta indiferente al sector capitalista financiero, sino que al contrario se vale de él en beneficio propio produciendo daño económico y la integración en el mercado legal de los enormes beneficios procedentes de las actividades ilícitas de las organizaciones criminales⁸¹¹. También el proceso de liberalización del comercio a nivel mundial, especialmente en la Unión Europea, hace vulnerables las fronteras para la internacionalización de los grupos criminales⁸¹².

B) El carácter estable o el tiempo indefinido

Se ha matizado que uno de los rasgos, que definen a la criminalidad organizada, es el alto nivel de organización que tienen sus miembros, debido a la presencia de una estructura -jerárquica u horizontal, celular o de red-, de la cual son parte un número de miembros determinados, que tienen la voluntad de mantener una permanencia dentro de la organización que trascienda más allá de lo puramente circunstancial.

Sobre la permanencia, es conveniente manifestar que -en el caso de grupo criminal- hay que tener en cuenta que también se castiga la integración en organizaciones o asociaciones transitorias, esto es, aquellas que no tienen vocación de permanencia en el tiempo, lo que obliga a una cierta relativización de esta característica. Así, no se debe entender estabilidad como duración

⁸¹⁰ IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel, «La criminalidad organizada», op. cit., pág. 1469. / en este sentido un ejemplo claro es lo que sucede en Gran Bretaña, la complejidad de la criminalidad organizada es tan sofisticada que blanquean dinero a través de los bancos de compensación, evadiendo los procedimientos implantados para frustrar tales movimientos, utilizando además esos fondos limpios entre comillas, para invertir en operaciones legales. Vid. GUIDDENS, Anthony, op. cit., pág. 307.

⁸¹¹ DELGADO MARTÍN, Joaquín, *Criminalidad*, op. cit., pág. 25.

⁸¹² DELGADO MARTÍN, Joaquín, *Criminalidad*, op. cit., pág. 28.

indefinida, aunque incluya esta posibilidad, sino como capacidad de mantenerse en el tiempo mientras dure la voluntad de los asociados⁸¹³.

El carácter permanente en todo caso es inherente a la asociación misma, en tanto constituye el reflejo del vínculo que se une a los integrantes y que va más allá del agruparse para la comisión de un hecho concreto⁸¹⁴. En este sentido, el grupo tiene la vocación de perdurar, esto con el objetivo de cometer varios delitos. Además de la sola existencia de ese plan de cometer varios delitos surge no ya un mayor peligro de la acción conjunta de una pluralidad de agentes, sino antes bien un peligro de latencia, que consiste en la disposición constante de la asociación para la comisión de delitos, sin que cada vez deba renovarse el acuerdo entre los miembros. La permanencia, por lo tanto, se refleja en la subsistencia de la amenaza derivada de la expresión activa de la disposición de la voluntad de sus integrantes de colaborar en los hechos delictivos cada vez que la asociación lo requiera, y frente a cuya manifestación ya no existe razón para confiar en que sus integrantes habrán de atenerse a la norma⁸¹⁵.

Precisamente el elemento distintivo de la organización criminal, que la delimita respecto de la coautoría y los actos preparatorios, es la vocación de la agrupación de mantener su estructura concreta, aun después de la realización de un delito⁸¹⁶. Los miembros relacionados con la delincuencia organizada deben tener vocación de continuidad, de perdurabilidad, es decir, deben ser capaces de sobrevivir más allá de la muerte o desaparición de su líder o jefe. La criminalidad organizada no es propia de individuos que se asocian, en exclusiva, sólo para cometer determinadas infracciones criminales, disolviéndose tras la perpetración, aunque esta actividad haya requerido la previa elaboración de un plan de acción,

⁸¹³ FARALDO CABANA, Patricia, «Sobre los conceptos de organización criminal, op. cit., pág. 60.

⁸¹⁴ ZIFFER, Patricia S., *El delito de asociación ilícita*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, pág. 74.

⁸¹⁵ ZIFFER, Patricia S., *El delito de asociación*, op. cit., págs. 74-75.

⁸¹⁶ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal*, op. cit., pág. 130.

atribución de funciones y posterior dispersión, relacionada con sus componentes⁸¹⁷.

C) La finalidad delictiva

Lo que convierte en delictiva una asociación u organización es su objetivo, el estar orientada a la comisión de delitos dolosos, sin que la ley haga distinción alguna con relación a la calidad o gravedad de tales hechos; quedan incluidos también no solo los delitos contra la seguridad pública, sino cualquier otro delito -que consideramos tendría que ser grave-⁸¹⁸. Por lo tanto, la comisión tiene que ser el fin propio de la asociación u organización, aun cuando el objeto final no necesariamente debe ser la comisión de delitos, sino que éstos pueden aparecer como un instrumento para lograr el objetivo final⁸¹⁹.

En lo que respecta a la diferencia entre terrorismo y criminalidad organizada, lo que marca dicha diferencia es la finalidad de lucro que tiene la criminalidad organizada, aunque también por su parte el terrorismo en cierto momento puede adoptar esta finalidad que puede ser calificada como “intermedia” -que llegaría a ser sólo un medio- para financiar su verdadero proyecto criminal que conlleva una connotación ideológica ya sea política o religiosa.

Sobre la finalidad delictiva, cabe mencionar que el Tribunal Supremo, en el caso de una asociación ilícita, ha manifestado: Mas el delito de asociación ilícita no viene consumado porque en ese desenvolvimiento societario se cometieran determinadas infracciones (delito fiscal, falsedades o apropiaciones indebidas), sino porque, desde el principio, los cuatro acusados buscaban, como

⁸¹⁷ HERRERO HERRERO, César, *Criminología, parte general y especial*, op cit., 2007, pág. 612.

⁸¹⁸ ZIFFER, Patricia S., *El delito de asociación*, op. cit., pág. 79.

⁸¹⁹ ZIFFER, Patricia S., *El delito de asociación*, op. cit., pág. 79.

se ha apuntado, una finalidad, ya inicialmente delictiva⁸²⁰. El Tribunal entendía a la asociación ilícita como una verdadera organización criminal, y en función de ello razonaba al momento de fundamentar sobre dicho tipo delictivo. Y en otra Sentencia posterior el TS afirma: el delito de asociación no se consuma cuando se cometen infracciones penales concretas, sino desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva⁸²¹. Acompañado de la finalidad de lucro, se encuentra también la orientación a la comisión de delitos graves, entonces se debería entender que no estamos frente a una banda de carteristas, o dedicada a cometer pequeños timos, sino, que estamos frente a una verdadera empresa criminal, que para lograr sus fines últimos utilizan por lo común medios delictivos graves como la violencia, la intimidación o la corrupción en sentido amplio⁸²². Todos los medios mencionados son utilizados para obtener un beneficio económico.

Por último, algunas definiciones doctrinales limitan la finalidad de las organizaciones criminales orientado a fines lucrativos, apartados expresamente la persecución de fines ideológicos⁸²³. Entonces se puede afirmar que la búsqueda del beneficio económico es lo que mueve fundamentalmente a la criminalidad organizada. Es el fin último de la criminalidad organizada estricta y toda su estructura, división de trabajo, toma de decisiones están funcionarizadas y giran en torno a la obtención del lucro económico⁸²⁴. Al llegar a obtener un beneficio económico lo siguiente es empezar a ganar poder, corrompiendo a funcionarios y posicionándose de manera efectiva en la sociedad, produciendo daño económico al Estado.

⁸²⁰ STS 1/1997, de 28 de octubre, (Roj: STS 6410/1997), Fundamento de Derecho (Vigésimo).

⁸²¹ STS 16/2007, de 26 de septiembre, (Roj: STSJ M 19255/2007), fundamento de Derecho (Décimo).

⁸²² SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, *La criminalidad organizada, aspectos penales*, op. cit., pág. 40.

⁸²³ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, «Perfil criminológico de la delincuencia transnacional», op. cit., pág. 636.

⁸²⁴ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal*, op. cit., pág. 133; HERRERO HERRERO, César, *Criminología, parte general y especial*, op. cit., 2007, pág. 613.

IV.- La organización criminal como tipo de delito subjetivamente configurado

A) Elementos subjetivos del injusto

En principio, la teoría de los elementos subjetivos del injusto debe su formulación a Hans Albrecht FISCHER, por lo que cualquier referencia al origen de dicha teoría, en cuanto tal doctrina, ha de conectarse con este autor⁸²⁵. El punto de arranque es el área de la antijuridicidad objetiva en la que reconoce la relevancia dogmática de determinados elementos subjetivos del injusto, así como de las causas de justificación, previstos por la descripción legal de numerosos tipos de delito.

En efecto, él concretó, en un primer intento de aproximación, los límites propios del alcance y significado de determinados elementos de índole subjetiva en el ámbito total de la antijuridicidad, a través de la aportación que, en 1911, representó su obra *Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts*⁸²⁶. Una investigación posterior, profundizando en la relevancia de dichos elementos subjetivos en el ámbito de la intervención delictiva para determinar la cualidad de autor, aparece después en HEGLER en 1914⁸²⁷.

En los supuestos a que se alude, no se halla prohibido o permitido jurídicamente un puro acontecimiento objetivo, sino que éste es permitido o prohibido según el espíritu -actitud subjetiva determinante del comportamiento- con el que ha actuado el sujeto. En consecuencia, se entiende que el ánimo

⁸²⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Los elementos subjetivos del injusto en el Código penal español*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1972, pág. 89.

⁸²⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Los elementos subjetivos del injusto*, op. cit., pág. 89.

⁸²⁷ Afirmaba que el daño social objetivo de la conducta puede ser dependiente, en el caso concreto, de momentos subjetivos. Uno de tales momentos subjetivos del injusto lo ve HEGLER, ante todo, en la llamada “tendencia interna trascendente”. *Vid.* MEZGER, Edmundo, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 288.

reprochable del autor tiñe un tipo incoloro o, viceversa, fundamenta el ejercicio de un derecho, más exactamente el carácter jurídico de un comportamiento; de tal forma que en los tipos subjetivamente configurados el acto es juridicopenalmente desaprobado en virtud del propósito del autor⁸²⁸.

Así mismo, de la unidad del ordenamiento jurídico deriva la uniformidad conceptual de la antijuridicidad: no sólo el injusto penal, sino también el civil, es actuar “contrario a la norma” y a la voluntad del Estado. A su vez, asienta su concepción esencialmente objetiva del Derecho en el carácter valorativo y ordenador de conductas que reconoce a las normas jurídicas⁸²⁹.

La esencia de la antijuridicidad reside en el juicio de desaprobación edeterminadas conductas contrarias a la norma, es decir, toda antijuridicidad es portadora de un juicio desvalorativo derivado del Derecho. Dicha afirmación pone de relieve la circunstancia de que, cuando se habla de intención antijurídica, se está empleando la adjetiva expresión de modo incorrecto. En ningún caso es dado hablar de intención antijurídica en una aislada consideración de la misma, sino exclusivamente con un carácter accesorio según el cual la intención ha de hallarse dirigida a un comportamiento externo valorado como antijurídico⁸³⁰.

Uno de los supuestos esenciales en orden a la fundamentación subjetiva de la antijuridicidad es el constituido -según FISCHER- por la prohibición del ejercicio de un derecho con el ánimo exclusivo de perjudicar a los demás, de forma que no es lícito el ejercicio de un derecho cuando el autor actúa animado sólo por una finalidad reprochable, que convierte el objetivo ejercicio de un derecho en abuso del derecho, concretado en actos de amulación⁸³¹.

⁸²⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Los elementos subjetivos del injusto*, op. cit., pág. 90. / Cfr., sobre la aceptación en la doctrina alemana en el caso de Hegler, Mayer y Mezger, POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, *Los elementos subjetivos del tipo penal*, B de F, Buenos Aires, 2008, págs 3 y sigtes.

⁸²⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Los elementos subjetivos del injusto*, op. cit., pág. 91.

⁸³⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Los elementos subjetivos del injusto*, op. cit., pág. 91.

⁸³¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Los elementos subjetivos del injusto*, op. cit., pág. 92.

De dicha formulación ofrece tres diversas alternativas de actuación en relación con el ordenamiento positivo: a) “El que lesiona la propiedad ajena” actúa antijurídicamente; b) “El que lesiona la propiedad ajena en ejercicio de un derecho” no actúa antijurídicamente; c) “el que lesiona la propiedad ajena en el ejercicio de un derecho que sólo tiene por fin perjuicios a otro” actúa antijurídicamente⁸³².

B) Su diferencia con el dolo

Los denominados elementos subjetivos del injusto operan, psicológica y dogmáticamente, en el plano de la antijuridicidad, determinando el carácter antijurídico de la conducta típica que voluntariamente realiza el sujeto con las singulares condiciones anímicas exigidas en el tipo respectivo. En efecto: por una parte, reclaman *de lege lata* el pronunciamiento del juicio de culpabilidad a título de dolo, pero simultáneamente, por otro lado, para sustentar tal juicio de reproche se han de tener en cuenta las propias características estructurales y dogmáticas de culpabilidad, para cuya formulación se exige en todo caso las condiciones de capacidad penal por parte del sujeto⁸³³.

De este modo, al estimarse que toda conducta que concreta un tipo portador de elementos subjetivos del injusto es dolosa, y al tenerse presente que, ello no obstante, el juicio de reproche de la culpabilidad a título de dolo no es atribuible al sujeto que no reúne las condiciones personales de capacidad penal, se destacan, en síntesis, dos aspectos de un mismo concepto que se manifiestan en dos caracteres distintos del delito. Los elementos subjetivos del injusto, en definitiva, son valorados de diferente modo y reciben tratamiento diverso en los

⁸³² POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Los elementos subjetivos del injusto*, op. cit., págs. 92-93.

⁸³³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Los elementos subjetivos del injusto*, op. cit., pág. 322.

planos de la antijuridicidad y de la culpabilidad, en los que se desempeñan respectivamente⁸³⁴.

Cuando se habla de tentativa existe unanimidad en la consideración de que en la tentativa tiene lugar un adelantamiento de la protección jurídica, a través de un juicio desvalorativo que se hace recaer sobre los actos ejecutivos, por incipientes que éstos sean. Pues bien, en tal grado ejecutivo la “resolución” de delinquir, unida a la puesta en ejecución, fundamentan la antijuridicidad del comportamiento⁸³⁵. En este aspecto, el elemento intencional sirve de fundamento, pues, en este estadio de realización a la antijuridicidad típica. De este modo, el título de incriminación se decidirá según el propósito que mueva al autor *v.gr.*, el dar muerte a su enemigo, lesionarle, o en otro supuesto ocasionar determinados perjuicios materiales. En definitiva, el elemento intencional será en el estadio de la tentativa decisivo del carácter antijurídico de la conducta típica por la que el autor responderá⁸³⁶.

Al reconocerse que el dolo fundamenta en la tentativa la antijuridicidad típica de la conducta, se le está configurando como un general elemento subjetivo del injusto, conforme a la dogmática del sistema finalista. Hasta aquí, ninguna objeción dogmática parece que pueda oponerse a tal modo de razonar, ya que por el mero comportamiento objetivo no puede determinarse el tipo cuya concreción pretende el autor, y se requiere el dolo para la fundamentación del injusto⁸³⁷. Ante lo expuesto, se pueden seguir una de las siguientes posiciones: 1) reconocer como cierto incondicionalmente este postulado, es decir, que el dolo es un

⁸³⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Los elementos subjetivos del injusto*, op. cit., págs. 322-323.

⁸³⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Los elementos subjetivos del injusto*, op. cit., pág. 324.

⁸³⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Los elementos subjetivos del injusto*, op. cit., pág. 324.

⁸³⁷ Ello es visto de este modo con toda precisión por la teoría finalista, que se sirve de este entendimiento para argumentar que, si el dolo en la tentativa constituye un elemento subjetivo del injusto, de igual modo ha de reconocerse como perteneciente al injusto en la consumación si no se quiere incurrir en un absurdo lógico y en un inadmisibles defecto dogmático (...) *Vid.* POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Los elementos subjetivos del injusto*, op. cit., pág. 324.

elemento subjetivo del injusto en todo momento ejecutivo y con referencia a todo tipo de delito, o 2) tratar de esclarecer la auténtica eficacia del dolo en los distintos tipos legales⁸³⁸. Ahora bien, se someterá a prueba la primera posición, esto es, si el dolo fundamenta en realidad el injusto de la totalidad de los tipos penales en el grado de la tentativa. A este respecto POLAINO NAVARRETE distingue tres grupos de supuestos típicos⁸³⁹:

a) aquellos supuestos en que no se puede ni siquiera determinarse a qué comportamiento típico se dirige la resolución de delinquir y el comienzo de ejecución, ha de admitirse que el dolo desempeña, ante todo, una función finalmente selectiva en orden a la concreción típica, en el sentido de indicar el tipo a cuyo cumplimiento se orienta el ánimo del autor, y, al mismo tiempo una función fundamentadora de la antijuridicidad de la conducta típica en el grado ejecutivo imperfecto. En este caso, se alude a hipótesis de tipos que no requieren ningún singular elemento subjetivo específicamente determinado por la norma, y para cuya concreción es suficiente el dolo, supuesta la perspectiva de la conducta típica

b) En los casos en que los actos ejecutivos por su propia naturaleza, ponen inequívocamente de relieve el tipo que el autor pretende realizar, tratándose también de tipos que no contienen elemento subjetivo alguno, el dolo cumple sólo la segunda, que es la de fundamentar el injusto.

c) Por último, en los tipos portadores de elementos subjetivos del injusto, “v. gr., ánimo de lucro en el hurto” el dolo no es suficiente para colmar ninguno de los cometidos señalados.

De este modo, toda vez que se exige jurídico-positivamente la presencia de un momento anímico trascendente respecto del dolo, la mera constatación de éste no permite delimitar el tipo que pretende concretar el autor, ni fundamentar la antijuridicidad de la conducta⁸⁴⁰.

En suma, la consideración de que el dolo en la tentativa cumple una función fundamentadora de la antijuridicidad de los tipos sin elementos

⁸³⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Los elementos subjetivos del injusto*, op. cit., pág. 325.

⁸³⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Los elementos subjetivos del injusto*, op. cit., pág. 325.

⁸⁴⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Los elementos subjetivos del injusto*, op. cit., pág. 325.

subjetivos del injusto, debe entenderse, que constituye, sin lugar a dudas, un elemento subjetivo del injusto, pero un elemento impropio, en contraposición a las específicas características anímicas contenidas en una amplia gama de injusto típicos -como el caso de la organización criminal-, y habida cuenta de que se asume tal cometido en defecto de la realización objetiva suficiente⁸⁴¹. En palabras de GALLAS: “si la antijuridicidad en el grado de tentativa puede fundamentarse sólo con el auxilio de la finalidad del dolo del delito, no se llega a comprender por qué motivo, en virtud de la consumación del hecho, ha de modificarse cosa alguna en relación de dolo y tipo del injusto”⁸⁴².

Por tanto, en los tipos portadores de elementos subjetivos del injusto, el dolo es inoperante respecto de uno y otros contenidos dogmáticos indicados, dentro de la teoría de la antijuridicidad: ni sirve de indicio para precisar el tipo de injusto ni, determinado éste, fundamenta por sí solo la antijuridicidad de la acción⁸⁴³. Por último, el unilateral momento subjetivo que representa el dolo carece de relevancia para la fundamentación del injusto, en los tipos portadores de especiales características anímicas de la antijuridicidad, no sólo en el grado de consumación sino también en el de la tentativa, pues a través de él podría constatarse, a los sumo la determinación de la conducta que, sin el concurso del específico momento psíquico singularmente exigido, no cumpliría en su totalidad el tipo subjetivo⁸⁴⁴.

C) Categoría típica de los delitos de intención

Los elementos subjetivos del injusto constituyen, componentes de corte anímico, cognitivo o tendencial, que fundamentan el injusto típico de

⁸⁴¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Los elementos subjetivos del injusto*, op. cit., pág. 326.

⁸⁴² GALLAS, Wilhelm, *La teoría del delito en su momento actual*, trad. Juan Cordoba Roda, Bosch, Barcelona, 1959, pág. 49.

⁸⁴³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Los elementos subjetivos del injusto*, op. cit., pág. 327.

⁸⁴⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Los elementos subjetivos del injusto*, op. cit., pág. 327.

determinados supuestos delictivos. Esta conformación es llevada a cabo por el propio legislador en la descripción típica que realiza en las concretas figuras del delito⁸⁴⁵. Es de observar que todo Derecho penal reconoce, en elevado número de supuestos típicos, la presencia de una especial condicionamiento psíquico del autor, de diversa índole, al que confiere un valor esencial en el ámbito de una extensa problemática jurídico-penal, y, en concreto, en el propio de las doctrinas del injusto y de la culpabilidad⁸⁴⁶. Cuando se habla de delitos de intención, históricamente se ha hecho referencia a delitos de tendencia interna transcendente en los que el autor persigue intencionalmente un resultado que se toma en consideración para la realización del tipo pero en realidad no necesita ser alcanzado⁸⁴⁷.

Esto significa que, por lo general, se trata de elementos normativos o positivos, en el sentido de que han de ser incorporados expresamente en la misma configuración típica del delito. Mas ¿es esto rigurosamente cierto?, es decir, ¿hay algunos elementos subjetivos del injusto no reconocidos expresamente en la descripción típica del delito en cuestión? La respuesta tiene tendencia afirmativa aunque se incline a la normativización de tales elementos⁸⁴⁸. Sucede que a veces el singular elemento subjetivo que fundamenta el injusto del delito en cuestión no se menciona expresamente en el tipo, sino que todo lo más se infiere implícitamente del mismo⁸⁴⁹. A juicio de POLAINO NAVARRETE, dicho reconocimiento implícito de ciertos condicionantes de corte subjetivo ha de guiarse por un criterio estricto restrictivo, porque de lo contrario podría

⁸⁴⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El injusto típico en la Teoría del delito*, Mave Editor, Corrientes, Argentina, 2000, pág. 242.

⁸⁴⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Los elementos subjetivos del injusto*, op. cit., pág. 248.

⁸⁴⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., trad. Miguel Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2003, 342.

⁸⁴⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El injusto típico en la Teoría del delito*, op. cit., pág. 242.

⁸⁴⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El injusto típico en la Teoría del delito*, op. cit., pág. 242.

comprometer la vigencia del principio de legalidad y del principio de tipicidad; de ahí que sea loable esa tendencia normativista a la que se acaba de aludir⁸⁵⁰.

Ahora bien, es probable que el empleo de un puro criterio lingüístico sea adecuado para la delimitación de determinados tipos descritos en sentido final, habida cuenta de la existencia de una serie de verbos que son inequívocamente indicativos de tal carácter como inherente a la propia a la propia naturaleza de la acción que describen⁸⁵¹. En este sentido, adecuando tal afirmación a nuestro tema de estudio, clamente hace referencia al sentido de una singular “finalidad” que es propia de una organización criminal, tal como dispone el art. 570 *bis* del CP:

(...) A los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones **con el fin de cometer delitos** (...)

En este punto, es importante partir de la separación de dos órdenes de cosas claramente delimitadas entre sí: por un lado, la presencia de verbos portadores de un sentido impersonal-final de acción, de una lado, y la configuración subjetiva de tipos que contienen determinados momentos de carácter psíquico que fundamentan *in concreto* el injusto de otro. Sobre la base de dicha distinción, se advierte la insuficiencia, en orden a la constatación de los elementos subjetivos del injusto, del criterio de examen del sentido que encierra, en sí, el verbo básicamente utilizado para la descripción de cualquier comportamiento típico, sin perjuicio de que en casos dados pueda concretarse, a través de él, una característica subjetiva determinante de la antijuridicidad⁸⁵².

⁸⁵⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El injusto típico en la Teoría del delito*, op. cit., págs. 242-243

⁸⁵¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Los elementos subjetivos del injusto*, op. cit., pág. 250.

⁸⁵² POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Los elementos subjetivos del injusto*, op. cit., pág. 250.

Ahora bien, nos interesa establecer brevemente una constatación orgánico-estructural en el Código penal de algunos supuestos típicos portadores de momentos subjetivos que, son más representativos u ofrecen mayor relevancia para nuestro análisis de estudio⁸⁵³, tal como es el caso de los delitos de intención. De este modo, la determinación de los casos en los que existen elementos subjetivos del injusto en los tipos fundadores del mismo en el Derecho positivo exige siempre una especial demostración. Si se comprueba que un elemento del tipo es sin duda un elemento subjetivo, es decir, situado en el alma del agente, procederá a su vez la demostración de su carácter de elemento del injusto, con arreglo a una valoración normativa⁸⁵⁴.

Pues bien, los delitos de intencionales incorporan en su descripción típica un elemento subjetivo del injusto de corte teleológico finalista pero con un inequívoco sentido normativo acorde a las exigencias político-criminales del tipo legal. Esta tendencia intencional del autor es independiente del dolo del mismo. Ello no obsta para que el dolo constituya un auténtico presupuesto del singular elemento subjetivo, el cual trasciende más allá del ámbito propio del dolo, que constituye el conocer y el querer realizar los elementos objetivos del injusto⁸⁵⁵. De este modo, por tales delitos de intención se entiende aquella serie de tipos que presuponen la orientación hacia una genuina finalidad excedente del dolo, en cuanto conciencia y voluntad de los elementos objetivos del tipo, en su sentido más simple⁸⁵⁶. A su vez, dentro de los delitos de intención, son de apreciar dos categorías fundamentales, representadas respectivamente por los delitos mutilados de dos actos y los delitos de resultado cortado y que a continuación pasamos a desarrollar⁸⁵⁷.

⁸⁵³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Los elementos subjetivos del injusto*, op. cit., pág. 250-251.

⁸⁵⁴ MEZGER, Edmundo, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 294-295.

⁸⁵⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El injusto típico en la Teoría del delito*, op. cit., pág. 243.

⁸⁵⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Los elementos subjetivos del injusto*, op. cit., pág. 251.

⁸⁵⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Los elementos subjetivos del injusto*, op. cit., pág. 251.

1) Delitos intencionales de resultado cortado

Los delitos de resultado cortado son tipos subjetivamente configurados en los que, conforme a la naturaleza de los delitos de intención, el injusto de la acción se fundamenta en una finalidad que el sujeto pretende conseguir con la mera realización de la conducta que ejecuta, necesariamente inspirada en esta finalidad intencional⁸⁵⁸. Así pues, la acción típica es completada por la persecución de un resultado externo que va más allá del tipo objetivo y que debe acontecer por sí mismo, esto es, sin la intervención del autor⁸⁵⁹.

La finalidad que subjetivamente el autor aspira conseguir no consiste en un propio hacer ulterior del sujeto, como sucede en los delitos mutilados de dos actos, sino que en los delitos de resultado cortado, tal finalidad es constituida por una mera meta de alcanzar ajena a cualquier comportamiento ulterior del sujeto⁸⁶⁰. Mientras que en los delitos mutilados de dos actos un acto posterior del propio sujeto integra la intención pretendida finalmente, en los delitos intencionales de resultado cortado el fin a que se aspira no constituye ni constituye un nuevo acto del sujeto, sino sólo una meta u objetivo que el autor pretende conseguir mediante la realización de la conducta inspirada en tal finalidad⁸⁶¹.

En este sentido nos adscribimos a las categorías propuestas por POLAINO NAVARRETE en los delitos de resultado cortado que son las siguientes: a) intención o ánimo de “lucro”, “provecho”, “favorecimiento” o “beneficio” para el propio sujeto activo o para un tercero; b) intención o ánimo de “perjuicio” o

⁸⁵⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El injusto típico en la Teoría del delito*, op. cit., pág. 158. / También *Vid.* POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Los elementos subjetivos del injusto*, op. cit., pág. 254.

⁸⁵⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 342.

⁸⁶⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El injusto típico en la Teoría del delito*, op. cit., pág. 158.

⁸⁶¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El injusto típico en la Teoría*, op. cit., pág. 158.

“defraudación”; c) intención, finalidad o animo de “lucro y perjuicio” al propio tiempo correlativos; d) hipótesis delictivas que incorporan otros diversos “fines específicos” del autor⁸⁶².

2) Delitos intencionales mutilados de dos actos

Se parte indicando que la esencia de los delitos mutilados de dos actos, de acuerdo con la terminología establecida por BINDING, reside en la voluntad por parte de un sujeto de una determinada actuación en cuanto medio subjetivo para una ulterior actuación del propio sujeto, constitutiva precisamente de la finalidad por él perseguida⁸⁶³. En este caso, para la realización del tipo, el autor debe querer causar con su propia conducta el resultado que va más allá del tipo objetivo⁸⁶⁴.

Es importante señalar que el tipo de delito mutilado de dos actos se consuma con la práctica de la acción básica descrita en la norma, siempre que el acto sea ejecutado con la finalidad subjetiva exigida en la norma, consistente en el propósito de realizar un ulterior comportamiento del propio autor. La concreción del tipo y la perfecta consumación en dichos delitos es independiente de la ejecución o no de la conducta posterior, la cual no se tiene en absoluto que producir, de forma que, si se realiza y es de carácter delictivo, dará lugar a concurso de delitos⁸⁶⁵.

Por tanto, el dolo del acto básico es presupuesto de la finalidad ulterior. La finalidad, en los delitos intencionales mutilados de dos actos, trasciende del

⁸⁶² Vid., con mayor detalle sobre las mencionadas categorías, POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El injusto típico en la Teoría del delito*, op. cit., pág. 158-181.

⁸⁶³ Citado por POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Los elementos subjetivos del injusto*, op. cit., pág. 252. / También Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El injusto típico en la Teoría del delito*, op. cit., pág. 138.

⁸⁶⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 342.

⁸⁶⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El injusto típico en la Teoría del delito*, op. cit., pág. 138.

ámbito del dolo, en otras palabras, donde termina el objeto del dolo, comienza el elemento subjetivo del injusto⁸⁶⁶.

Ahora bien, son numerosos los supuestos típicos que sustentan en la legislación española la configuración de delitos intencionales mutilados de dos actos, cuya estructura se caracteriza por exigir dos componentes de comportamiento típico, de los que el primero de ellos requiere ser realizado objetivamente, en tanto que el segundo es de índole finalista y solo ha de ser aspirado finalmente por el sujeto, siendo suficiente la intención del autor de la consecución del mismo para la concreción del tipo⁸⁶⁷.

D) Toma de posición personal

Se pudo observar que los elementos subjetivos del injusto son aquellos elementos de corte psíquico o anímico, que definen la tipicidad de una acción delictiva y fundamentan la antijuridicidad de la misma, pero valga la puntualización de que dichos elementos no influyen de manera directa en la determinación de la culpabilidad. También dicha intencionalidad del autor -como se dijo- es independiente del dolo, porque trasciende las fronteras de este último.

De las categorías expuesta sobre delitos de intención, es decir, de los delitos intencionales mutilados de dos actos y los delitos intencionales de resultado cortado, la categoría más acorde con nuestro tema de estudio es sin duda la de los delitos mutilados de dos actos. Esto en razón a que, como se indicó, en estos casos, basta que se realice la acción básica, que tendrá que ser realizada con la expresa intención de una ulterior comisión delictiva, en otras palabras: el sujeto o los sujetos utilizan como medio la acción básica del tipo, con la intención de cometer o consolidar un delito posterior.

⁸⁶⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El injusto típico en la Teoría del delito*, op. cit., pág. 138.

⁸⁶⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El injusto típico en la Teoría del delito*, op. cit., pág. 139.

En un ejemplo análogo a la organización criminal, el prof. POLAINO NAVARRETE incardina a las asociaciones ilícitas en la categoría de los delitos intencionales mutilados de dos actos, haciendo alusión al art. 515.1 del CP en que se indica el criterio de determinación de la ilicitud de las asociaciones constitutivas de delito: “Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración: 1º Las que *tengan por objeto* cometer algún delito⁸⁶⁸”.

Si revisamos el art. 570 *bis* del CP, encontraremos ambos momentos que se manifiestan en los delitos intencionales mutilados de dos actos, es decir, la acción básica y el ánimo finalístico que describe el tipo penal. De esta manera, el art. 570 *bis* establece: “Se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos”. Como se puede observar, cuando el Código penal hace referencia a la organización criminal, parte conceptualizando la misma y dotándola de características propias. Pero además de la descripción típica de dicho delito, existe un elemento intencional posterior al concepto, nos referimos concretamente: “el fin de cometer delitos”. El núcleo de este delito se encuentra, por tanto, en la pluralidad de personas que se encuentran estructuradas y organizadas, además de mantener un carácter permanente o estable, a todo lo cual se agrega un singular elemento intencional cual es el de la finalidad de cometer delitos.

⁸⁶⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El injusto típico en la Teoría del delito*, op. cit., pág. 152.

V.- Delimitación del objeto de protección

A) Determinaciones previas

Una declaración básica tradicional indica que el Derecho penal protege bienes jurídicos. Este principio -de ofensividad- ha sido un dogma incuestionable desde tiempo secular. En su reconocimiento se resume la opinión mayoritaria en la Dogmática penal durante largo tiempo, esto es, algo en lo que no había voz discrepante, a saber: que el Derecho penal cumple una función social, cifrada en la protección de bienes jurídicos, denominación técnica que alude a aquellos bienes y valores, personales o sociales, imprescindibles para el desarrollo de la vida comunitaria del ser humano en sociedad⁸⁶⁹. Es así que la tutela de los bienes jurídicos marca la pauta para poder tipificar determinadas conductas como delictivas.

⁸⁶⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, «Protección de bienes jurídicos y confirmación de la vigencia de la norma: ¿dos funciones excluyentes?», en JAKOBS, Günther / POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, *Bien jurídico, vigencia de la norma y daño social*, Ara Editores, Lima, 2010, pág. 35. / También ROXIN se manifiesta indicando que “el objetivo del Derecho penal reside en la protección de los bienes jurídicos. Como bien jurídico entiende todos los hechos que son necesarios para la convivencia pacífica y libre de los ciudadanos bajo la protección de los Derechos Humanos. Esto vale para bienes jurídicos individuales como la vida, la salud o la propiedad, pero también para bienes jurídicos colectivos como la organización estatal o la justicia, ya que una convivencia pacífica y libre requiere del funcionamiento del aparato estatal y de la justicia”. Resaltando que la protección de bienes jurídicos tienen un carácter subsidiario. Vid. ROXIN, Claus, «Fundamentos político-criminales y dogmáticos del Derecho penal», trad. María Laura Böhm, Escuela de Verano Göttingen, 2013, págs. 1-2. / También en ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, tomo I, trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, Thomsom-Civitas, Madrid, 2008, pág. 52. / “El acento en la protección de bienes jurídicos como misión preferente del Derecho penal es una característica de la concepción *liberal* del Estado” Vid. JESCHECK, Hans-Heirich, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, trad. Miguel Olmedo Cardenete, 5ª ed., Comares, Granada, 2002, págs. 8-9. / STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general, el hecho punible*, trad. Manuel Cancio Meliá y Marcelo A., Sancinetti, Aranzadi-Cizur Menor, Navarra, 2005, pág. 55. / Los intereses sociales que por su importancia pueden merecer protección del Derecho se denominan «bienes jurídicos». Vid. MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 9ª ed., Editorial Reppertor, Barcelona, 2011, págs. 119 y 161. / OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, «Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos», en *ADPCP*, tomo XLIII, fasc. I, 1990, pág. 5-6.

Como indica JESCHECK, el punto de partida y la idea rectora de la formación del tipo es el bien jurídico. Los bienes jurídicos son intereses de la comunidad cuya protección garantiza el Derecho penal. La protección a través del Derecho penal significa que mediante las normas jurídicas son prohibidas, bajo amenaza de una pena, aquellas acciones que son idóneas para menoscabar estos intereses de un modo especialmente peligroso⁸⁷⁰. Habiendo asignado la dogmática penal funciones importantes al “bien jurídico”⁸⁷¹, consustanciales al ordenamiento punitivo, previamente a la determinación del mismo se requiere una exigencia metodológica que ha de preceder al examen de interpretación del tipo penal objeto de nuestra investigación⁸⁷². La delimitación del bien jurídico tutelado es un problema inseparable de los respectivos tipos penales. En tal sentido, es importante precisar el objeto penal de protección en el caso de organizaciones criminales presenta dificultades específicas en el Derecho positivo español, por el contenido heterogéneo⁸⁷³.

Se ha indicado que debería hacerse una distinción entre bien jurídico y bien jurídico-penal, pues el bien jurídico cumple una función limitadora del *Ius*

⁸⁷⁰ JESCHECK, Hans-Heirich, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 274.

⁸⁷¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El bien jurídico en el Derecho penal*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1974, *passim*. / WELZEL, Hans, *Derecho penal. Parte general*, trad. Carlos Fontán Balestra, Roque Depalma, Buenos Aires, 1956, págs. 5-6. / ROXIN, Claus, *Derecho penal parte general, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. Diego-Manuel Luzón Peña y otros, tomo I, Civitas, Madrid, 1997, pág. 52. / Por su parte, JAKOBS se muestra discrepante con esta forma de entender el bien jurídico, situando “la vigencia cognitiva de la norma” como el *bien jurídico-penal*, aunque sin apartarse de la necesidad de reconocer un objeto de protección del Derecho penal. *Vid.* JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte General, fundamentos y teoría de la imputación*, trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 44-47. / KINDHÄUSER manifiesta que “los bienes jurídicos son, por su función de servir como medio al libre desarrollo del individuo, valiosos y están jurídico-penalmente protegidos. Su valor disminuye sin duda cuando su sustancia es modificada en tales términos que se menoscaba su función de medio. Es lo que ocurre en la lesión de un bien jurídico”. *Vid.* KINDHÄUSER, Urs, «Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal», trad. Nuria Pastor Muñoz, en *InDret*, Barcelona, febrero de 2009, pág. 13. / También LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, «Bien jurídico y objeto protegible», en *ADPCP*, vol. LX, 2007, pág. 126. / Para Morillas Cueva, “el Derecho penal cumple una función de protección de los bienes jurídicos que se manifiestan, pues, como valores esenciales del individuo y de la sociedad”. *Vid.* MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Sistema de Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Dykinson, Madrid, 2016, pág. 89.

⁸⁷² GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas en el Código penal*, Bosch S.A., Barcelona 1978, pág. 120.

⁸⁷³ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas*, op., cit., pág. 121.

puniendi, pero dicho concepto no basta para decidir cuándo es necesaria su protección por el Derecho penal, por cuanto no todo bien jurídico requiere tutela penal, es decir, no todo bien jurídico -general- ha de convertirse en un bien jurídico-penal⁸⁷⁴ -con relevancia típica-. Para que un bien pueda considerarse bien jurídico-penal, se requiere la “importancia social” y “la necesidad de protección por el Derecho penal”. Reclamar una particular importancia social para los bienes jurídico-penales significa, por lo pronto, postular la autonomía de la valoración jurídico-penal de aquellos bienes. También significa erigir en criterio básico de dicha valoración específica el que tales bienes puedan considerarse fundamentales para la vida social⁸⁷⁵.

Aunque la Constitución reconozca un determinado bien, sería evidentemente contrario al principio de proporcionalidad protegerlo penalmente de todo ataque, incluso ínfimo, es decir, sin requerir un mínimo de afectación del bien. Precisamente en la práctica el problema suele darse sobre si el grado de afectación de un determinado interés es suficiente para hacerlo objeto de protección de tutela jurídico-penal⁸⁷⁶.

Por otro lado, el Derecho penal contemporáneo se destaca por una tendencia político-criminal clara a la anticipación de la intervención penal en momentos anteriores a la respuesta en peligro concreto o la lesión de un bien jurídico⁸⁷⁷. En este sentido existe práctica unanimidad en el Derecho penal conforme a la distinción entre delitos de lesión y delitos de peligro, en atención a la forma de ataque al bien jurídico protegido: en los primeros (lesión) el tipo requiere la efectiva destrucción o menoscabo del bien jurídico para su consumación; en los segundos, es suficiente el peligro para el bien jurídico

⁸⁷⁴ Pone en relevancia la importancia de distinguir entre bien jurídico y bien jurídico-penal MIR PUIG, Santiago, «Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*», en *Estudios criminológicos XIV*, Santiago de Compostela, 1989-1990, pág. 205.

⁸⁷⁵ MIR PUIG, Santiago, «Bien jurídico y bien jurídico-penal», op. cit., pág. 209.

⁸⁷⁶ MIR PUIG, Santiago, «Bien jurídico y bien jurídico-penal», op. cit., pág. 211.

⁸⁷⁷ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M^a Isabel, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Valladolid, 1999, pág. 35.

protegido con la amenaza del mismo⁸⁷⁸. En el caso que nos ocupa preliminarmente diremos que la organización criminal tradicionalmente se ha caracterizado como una dinámica productora de peligros, en la que se ha producido un aumento en su capacidad lesiva en los tiempos contemporáneos en razón a la complejidad organizativa y su carácter permanente y estable, así como la práctica o finalidad de una serie de delitos indeterminados.

La sola mención de la protección de bienes jurídicos como *ratio* de los tipos penales se ha demostrado, sin embargo, insuficiente para frenar la expansión del Derecho penal mediante esta técnica. Precisamente ha destacado la doctrina como uno de los rasgos del Derecho penal moderno la transformación de la protección de bienes jurídicos de un principio negativo a uno positivo de criminalización⁸⁷⁹.

A pesar de que la existencia del problema -en el caso de los delitos de peligro abstracto- no es negada radicalmente por nadie, ni siquiera por los partidarios más firmes de la utilización generalizada de este modelo de tipificación delictiva, con cierta frecuencia se minimizan las dificultades, argumentando el carácter irrenunciable del recurso al mismo por parte del legislador para la tutela preventiva de bienes que, por su configuración, no podrían ser lesionados ni concretamente puestos en peligro por lo que la única técnica de tipificación posible sería del delito de peligro abstracto⁸⁸⁰.

Independientemente de las posiciones que tratan de justificar los delitos de peligro abstracto, ya sean de delitos de peligro presunto o peligrosidad general, lo cierto es que ambas convergen un mismo punto común que es la “no” concreción o consolidación del delito (en sentido estrictamente material) y su base de punición es la peligrosidad. Ahora bien, delimitar la amplitud aplicabilidad de

⁸⁷⁸ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Servicio Publicaciones de la Facultad Derecho, Madrid, 1994, pág. 13.

⁸⁷⁹ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M^a Isabel, *El moderno Derecho penal*, op. cit., pág. 43.

⁸⁸⁰ MENDOZA BUERGO, Blanca, *Limites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Editorial Comares, Granada, 2001, pág. 5.

dichos delitos de peligro abstracto en términos generales no constituye tarea de nuestra investigación, pero sí poner una pequeña sutura en lo que concierne a su posible aplicabilidad o no en los delitos de organización criminal como fundamento de su sanción.

Si un delito es de peligro abstracto, su objeto de protección estaría dirigido a un bien jurídico colectivo y, ya dentro esta la opción de un bien jurídico único, la diversidad de pareceres es notable, pues aunque existe cierta coincidencia en que se tutela un bien jurídico colectivo, se discrepa acerca de cuál es realmente el objeto de protección de este bien jurídico colectivo, *v.gr.*, el correcto ejercicio del derecho de asociación, el orden público, la seguridad ciudadana, la seguridad pública o la seguridad interior del Estado, por mencionar únicamente las alternativas más empleadas. Esas mismas alternativas existen en relación con el bien jurídico protegido en los delitos de organización criminal⁸⁸¹. Por tanto, es tarea procedente si alguna de las presentes opciones constituye el fundamento para la sanción penal de las organizaciones criminales.

B) El abuso del derecho de asociación

El tratamiento de la comisión de los delitos a través de una pluralidad de personas concertadas para ello de modo no ocasional, sino al menos con cierta estabilidad ha sido objeto de una profunda reorganización por la LO 5/2010, de 22 de junio. Anteriormente el CP español contemplaba la figura típica de la denominada “asociación ilícita” en el art. 515, que se situaba -siguiendo la tradición del Código de 1870- bajo la rúbrica de los delitos contra la Constitución, y enumeraba las asociaciones que se tenían por tales y todas ellas constituían formas de asociación orientadas a la comisión de delitos⁸⁸².

⁸⁸¹ FARALDO CABANA, Patricia, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 201.

⁸⁸² SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, «De las organizaciones y grupos criminales», en GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.), *Comentarios al Código penal*, 2ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2011, pág. 1794.

Ya sobre el delito de “asociación ilícita” se manifestó GROIZARD en su momento, al tiempo de diferenciar entre las reuniones y lo que es la asociación, indicando que la reunión tiene un carácter transitorio, y enfocado a la deliberación de un determinado objeto, sin necesidad de organización ni permanencia. Por el contrario, la asociación persigue un objeto más importante, necesitando organización y tiempo, y una ley interna formada y aceptada por todos que la constituyan. Ya que el derecho de asociación es un derecho fundamental en la concepción de GROIZARD, este derecho presentaba grandes desventajas que podían seguirse de su abuso⁸⁸³. Con similar posicionamiento se manifestó asimismo QUINTANO RIPOLLÉS, indicando de forma muy expresiva y precisa que “no hay que perder de vista que la verdadera característica de los delitos que aquí se trata estriba, no tanto en el ataque de un determinado derecho, como en el ejercicio abusivo de él”⁸⁸⁴.

A juicio de GARCÍA-PABLOS, la supuesta tutela del recto ejercicio del derecho de asociación no explica satisfactoriamente el bien jurídico que protege. Por lo tanto, la *communis opinio*, lejos de resolver el problema, no hace sino aplazarlo; incurriendo en un evidente círculo vicioso y formalismo ocultando la explicación coherente de la naturaleza del objeto penal⁸⁸⁵. No parece correcto afirmar, por ejemplo, que una asociación que tiene por objeto cometer estafas es ilícito porque sus miembros abusan del derecho de asociación; la asociación es ilícita porque persigue la comisión de delitos y no a la inversa. Por tanto, no puede hablarse *a priori* del ejercicio lícito o ilícito de un derecho, sino en

⁸⁸³ GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código penal de 1870 comentado y concordado*, tomo III, Timoteo Arnaiz, Burgos, 1874, pág. 265. / La asociación, por lo mismo que tanto vale y puede para el bien, vale y puede también mucho para el mal. Auxiliar poderoso de los Gobiernos, cuando encierra sus aspiraciones dentro de la legalidad, es su más peligroso enemigo cuando resuelve contra ellos. Por eso, si no hay más Derecho constitucional más digno de respeto, no hay ninguno tampoco que deba ser más vigilado y enérgicamente encauzado. La misión del Estado es hacer coexistir todas las libertades bajo la ley general del derecho o, lo que es lo mismo, limitándolas, solo en aquello que garantiza la libertad respectiva de todos, mediante la defensa de los atributos esenciales del poder público. *Vid.* GROIZARD, D. Alejandro y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código penal de 1870*, op. cit., pág. 266.

⁸⁸⁴ Citado por GARCÍA-PABLOS en GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas*, op., cit., pág. 125.

⁸⁸⁵ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas*, op., cit., pág. 126.

referencia a unas normas jurídicas que exigen el respeto de determinados intereses y valores; son estos en “bienes jurídicos”, los que deciden la licitud o ilicitud del ejercicio de los derechos⁸⁸⁶. En efecto, resulta como mínimo sorprendente afirmar que quien se asocia para delinquir abusa del derecho de asociación. Quienes así actúan no se extralimitan en el ejercicio de su derecho de asociación, sino que actúan -ya de hecho- fuera del ordenamiento jurídico, al margen de todo Derecho⁸⁸⁷. En ese sentido, GARCÍA-PABLOS se suma al sector doctrinal que defiende la “autotutela del poder del Estado”, y manifiesta que la asociación criminal, contemplada desde la totalidad del ordenamiento jurídico, es algo más que la mera suma de personas físicas que persiguen ciertos objetivos: es una institución, una realidad viva⁸⁸⁸.

Por otro lado, la ubicación sistemática de los delitos de asociación se ha formado de acuerdo al proceso “histórico” de los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas. Dicha ubicación se corresponde con la ubicación histórica de este delito, que en su momento fue utilizado políticamente por regímenes autoritarios para limitar el derecho fundamental de asociación, cuyo libre ejercicio, junto con el de reunión, representan la garantía esencial del respeto a las libertades públicas en una sociedad democrática⁸⁸⁹. La opción contraria a la configuración del bien jurídico en torno al derecho de asociación ha recibido un fuerte impulso en las declaraciones del legislador en el preámbulo de la LO 5/2010, donde señala que «la configuración de dicho delito (el de asociación ilícita) como manifestación del ejercicio abusivo, desviado o patológico del derecho de asociación, que consagra el art. 22 de la Constitución, no responde ni a la letra ni al espíritu de esta norma»⁸⁹⁰.

⁸⁸⁶ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas*, op., cit., pág. 127.

⁸⁸⁷ FARALDO CABANA, Patricia, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., pág. 205.

⁸⁸⁸ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas*, op., cit., pág.143.

⁸⁸⁹ ROPERO CARRASCO, Julia, «¿Es necesaria una reforma penal para resolver los problemas de atribución de responsabilidad y “justo” castigo de la delincuencia organizada?», *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXVII, Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela, 2007, pág. 292.

⁸⁹⁰ *Vid.* FARALDO CABANA, Patricia, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., pág. 205.

C) Aproximación al orden público

POLAINO NAVARRETE destaca que los delitos contra el orden público integran diversas figuras de delito un tanto heterogéneas y que son diversas entre sí, y además comparten una característica en común: la falta de adecuación a la rúbrica legal bajo la que son ubicadas. La inadecuación de la rúbrica de los delitos contra el orden público es paralela en su impresión normativa a la de los delitos contra la Constitución, en la que se confunde la norma con el objeto de protección penal. La inadecuación de la rúbrica del orden público rememora la del principio de autoridad que merece ser denostada en el ámbito de la protección penal⁸⁹¹.

El problema de la indeterminación del orden público -desde una óptica constitucional- se ha venido alimentando en buena medida por la gran dispersión de criterios que ha regido el acercamiento hermenéutico a es clausula. Por otro lado, el concepto de orden público más utilizado por la doctrina, ha suscitado un problema de límites respecto de los derechos que acompaña; al final, inevitablemente, lo que ha sucedido es que el análisis se ha centrado en concepto de orden público como si se tratase de un límite que se encuentra fuera del propio derecho al que limita, como si se tratase de un añadido al margen del propio texto constitucional, cuyo sentido y función se puede encontrar a través de la especulación⁸⁹².

El problema deriva fundamentalmente de la multiplicidad de los procedimientos hermenéuticos heterogéneos que se han propuesto para la

⁸⁹¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, «Introducción a los delitos contra el Orden Público. Sedición. Atentado, Resistencia, Desobediencia. Desórdenes públicos», en POLAINO NAVARRETE, Miguel (Dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial, adaptadas a la ley orgánica 5/2010 de Reforma del Código penal*, tomo II, Tecnos, Madrid, 2011, pág. 529.

⁸⁹² DE BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos, *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, Madrid, 2002, págs. 42-43.

correcta interpretación y aplicación de los preceptos constitucionales. La mayoría de estos procedimientos, por su alto grado de indeterminación, ha terminado por derivar, del carácter *sui generis* de la constitución como norma jurídica, unos principios de interpretación no reglados y asentados en una total apertura de criterios subjetivos, que han terminado por compartirse; ello se ha denominado por la doctrina consenso volitivo; y ha venido a significar que la constitución puede tener tantos sentidos como operadores jurídicos se enfrentan a la labor de interpretar la norma y a consensuar su significado⁸⁹³. El orden público se desliga necesariamente de las connotaciones derivadas del mantenimiento de determinada normalidad de la paz social para relacionarse directamente con la garantía de los derechos y libertades fundamentales que la Constitución reconoce a todos los ciudadanos que nacen libres y son iguales ante la Ley. No cabe ya sostener en el Estado Constitucional que el orden público es un título genérico de intervención de los poderes públicos, pues éstos han de actuar con arreglo a la Ley desde el punto y hora que el principio de legalidad es la nueva cláusula regia del Estado que se titula de Derecho⁸⁹⁴.

El Derecho del Estado constitucional sigue considerado válidos y valiosos los conceptos jurídicos indeterminados, y entre ellos el de orden público. La Constitución es siempre una obra incompleta e inacabada pero con aspiración y vocación de permanencia, por lo que además de renunciar a la exhaustividad debe dejar abierta la espita para el cambio y adaptación en su aplicación a lo largo del tiempo. Para ello usa estos conceptos normativos abiertos o entreabiertos. En conclusión, el Estado constitucional sigue aferrándose a esta noción aunque persiste la dificultad de aprisionarla. Se puede entonces entender por una parte que el orden público se resume en los principios o valores identificadores del alma de la comunidad, para la que son irrenunciables, y desde

⁸⁹³ DE BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos, *El orden público como límite*, op. cit., pág. 44.

⁸⁹⁴ ARNALDO ALCUBILLA, Enrique, «Vigencia de los conceptos de orden público y seguridad ciudadana», *Diario La Ley*, Madrid, 2011, pág. 5.

un segundo sentido se identifica con la idea de que el respeto a la libertad no es factible si no hay imperio de la Ley y garantía de la pacífica convivencia⁸⁹⁵.

1) Determinación del “orden”

A pesar de ser un concepto complejo “orden público”, y de estar sin duda alejado del sentido de los términos que lo componen (orden y público), nos parece recomendable el análisis de estas dos palabras por separado, para posteriormente tratar de encontrar un posible concepto que se aproxime. En tal sentido conviene realizar un breve recorrido por la multiplicidad de sentidos que se ha dado a la palabra “orden” y al concepto “público”. Ambos son, sin duda, según la semántica de la lengua española, conceptos polisémicos, esto es, tienen un significante o varios significados o semas, en este caso muy dispares en cuanto a un sentido o contenido por la multitud de ámbitos heterogéneos en los que se utilizan⁸⁹⁶.

Así, en la Real Academia Española se pueden encontrar más de veinte acepciones distintas sobre la voz «orden»; todas ellas relacionadas con los ámbitos y disciplinas más diversas que podríamos imaginar. como ejemplo citaremos algunos supuestos. La palabra “orden” deriva del término latino *ordo-ordinis*, y según su primera acepción significa “colocación de las cosas en el lugar que le corresponde”, desde esta acepción el orden se identificaría con un espacio ideal para cada cosa. De acuerdo a la segunda acepción, significa “concierto, buena disposición de las cosas entre sí”, vendría a identificarse con el concepto de “sistema”, a su vez en su segunda acepción sería, “conjunto de cosas ordenadamente relacionadas entre sí contribuyen a determinado objeto”. Resulta importante mencionar que la única diferencia entre orden y sistema radica en que el último requiere una unidad distinta que conforma el resultado de esa ordenación, mientras que el orden no necesariamente debe constituir una entidad

⁸⁹⁵ ARNALDO ALCUBILLA, Enrique, «Vigencia de los conceptos», op. cit., pág. 5-6.

⁸⁹⁶ DE BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos, *El orden público como límite*, op. cit., pág. 86.

diferente mayor que sea el producto de la interrelación de las cosas ordenadas según cualquier criterio⁸⁹⁷.

Por ello, si nos centramos en la sociedad, a la que va destinada el Derecho para su “ordenación” (en las relaciones inter-individuales y con el Estado, se entiende), deberíamos decir que el orden social es aquel estado de la sociedad en el que una norma en virtud de la cual ésta se encuentra organizada, de tal modo que las causas y efectos de la interacción, ya pública ya privada, descansan mayoritariamente en los supuestos de hecho de este régimen preestablecido. Y si hablamos por primera vez de norma, es precisamente porque sólo ésta supone una condición necesaria para el establecimiento de cualquier orden (así, su acción, normalizar, significa en su primera acepción “regularizar o poner en orden lo que no lo estaba”), por tanto se constituye por definición en presupuesto de orden. Por supuesto sin entrar en la forma que pueda adquirir la norma⁸⁹⁸.

Haciéndose una relación entre el orden social y el orden público, se ha venido a decir que tan importante como la vida individual es, para la existencia del Estado, la conservación del orden social, en el que deben distinguirse el orden moral y el orden jurídico, y que sólo éste último afecta a las relaciones entre los hombres. Desde su enfoque, además, en el orden jurídico, a su vez, deben distinguirse el orden privado, que afecta a las relaciones entre los individuos, sin gran transcendencia al modo de ser y vivir de la sociedad política, y el orden público, de cuya conservación depende la vida y perfeccionamiento social⁸⁹⁹.

⁸⁹⁷ DE BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos, *El orden público como límite*, op. cit., pág. 86.

⁸⁹⁸ DE BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos, *El orden público como límite*, op. cit., pág. 87.

⁸⁹⁹ *Vid.* DE BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos, *El orden público como límite*, op. cit., pág. 88. / En similar sentido se manifiesta SÁNCHEZ FERRIZ, al expresar sobre las notas características de un Estado social que «en primer lugar, a diferencia de cuanto acontecía en la etapa anterior, Estado y sociedad ya no van a ser realidades separadas ni opuestas, de modo que aquél no podía ni debía modificar el orden social natural y espontáneo, dotado de racionalidad, cuyo equilibrio se sostenía con el sólo reconocimiento de la libertad y la igualdad. Por el contrario, el Estado social parte de que la sociedad dejada a sus mecanismos autorreguladores, conduce a la pura irracionalidad y de que sólo la acción del Estado puede neutralizar los efectos

2) Determinación de lo “público”

El concepto de “público”, al igual que el concepto de “orden”, es también un concepto polisémico. Tiene su origen etimológico en el adjetivo latino *publicus*, y en este caso conviene prestar especial atención a las acepciones que dotan de contenido al término, por ser bastante homogéneas en cuanto a su contenido y alcance. En efecto: la primera acepción se refiere a algo “notorio, patente manifiesto, visto o sabido por todos”; la segunda orientada a algo “vulgar, común y notado de todos”; la tercera indica: “aplícase a la potestad, jurisdicción y autoridad para hacer una cosa, como contrapuesto a privado”; la cuarta “perteneciente a todo el pueblo”; una quinta acepción está referida a la administración pública afirmando “acción del gobierno al dictar y aplicar las disposiciones necesarias para el cumplimiento de las leyes y para conservación y fomento de los intereses públicos, y al resolver las reclamaciones a que dé lugar lo mandado”⁹⁰⁰.

Así también se pueden extraer dos sentidos o significados: 1) en primer lugar, el que haría referencia a la sociedad, ya tomada en sentido genérico o algún sector concreto de la misma; 2) el segundo sentido conectaría con la idea de autoridad, de administración, de estado, en su sentido más general; y es que a menudo se utiliza como calificativo que une el sustantivo con el Estado, como por ejemplo: interés público, bien público, etc⁹⁰¹. Una vez determinados ambos conceptos por separado, pasamos a desarrollar el sentido que conllevan ambas palabras entendida como unidad conceptual, es decir, determinar que se entiende por orden público.

disfuncionales de un desarrollo económico y social no controlado». Vid. SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, *Introducción al Estado constitucional*, Ariel S.A., Barcelona, 1993, págs. 144-145.

⁹⁰⁰ DE BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos, *El orden público como límite*, op. cit., pág. 90.

⁹⁰¹ DE BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos, *El orden público como límite*, op. cit., pág. 90.

3) Concepto de orden público

Previamente cabe resaltar que, según JIMÉNEZ DÍAZ, son de evocar tres momentos en la evolución del concepto de orden público en España. Un primer momento lo sitúa con la “Ley de Orden Público” de 23 de abril de 1870; indicando que su aplicación tenía carácter marcadamente excepcional y se concebía un orden público de revueltas, asonadas, motines y levantamientos populares. El segundo se da con la “Ley de Orden Público” de 28 de julio de 1933 -época republicana- que se promulga como una ley orientada a situaciones excepcionales, pero el orden público disminuyen en rigor y seriedad debido a que se incluyen en ella unas facultades gubernativas ordinarias que pueden hacer que la misma puede ser utilizada en cualquier momento y en cualquiera circunstancias. Un tercer momento se da con la derogación de la ley de orden público, derogada precisamente por la Ley Sobre Protección de Seguridad Ciudadana, de 30 de julio de 1959 -como consecuencia de la dictadura-, en la que se amplía de forma considerable el abanico de actos contrarios al orden público; utiliza de forma arbitraria la noción del mismo, con la voluntad necesaria prácticamente todo podía ser calificado como infracción contra el orden público⁹⁰².

Posteriormente la Constitución de 1978 excluye el término de orden público en los artículos que hacen referencia a las fuerzas y cuerpos de seguridad y mantiene apenas una referencia residual que lo deja «circunscrito a un mero límite material del ejercicio de los derechos y libertades consagrados en los artículos 16.1 y 21.2 de la CE, y siempre que para ello se cumplan determinados requisitos establecidos por la propia Constitución y especificados en la ley, que

⁹⁰² JIMÉNEZ DÍAZ, María José, «Reuniones, manifestaciones y establecimientos públicos», en COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.), *Comentarios a la Legislación penal*, Tomo XV, vol. I, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1994, pág. 93. (Nota al pie 29). / *Vid.*, con mayor detalle sobre la evolución del concepto de orden público, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo Martín, *La cláusula de orden público como límite -impreciso y creciente- al ejercicio de los derechos*, Civitas, Madrid, 1975, págs. 34-55.

sobre la base del respeto al libre y pacífico ejercicio de estos derechos, se resumen en la ausencia de perturbaciones en el *orden exterior* de la calle o de la tranquilidad material»⁹⁰³.

Ahora bien, el problema de inicio que se tiene al momento de intentar buscar definiciones del orden público es que bajo la misma expresión se esconden dos significados diferentes, se puede decir que en realidad, has dos conceptos diferentes de orden público, adoleciendo de esta manera de ambigüedad⁹⁰⁴. Quizás sea por ello por lo que el término se preste a un habitual confusión tanto en los textos normativos como en la doctrina⁹⁰⁵. Por ello se desarrollara ambos sentidos y nos permitirá obtener una mejor visión sobre el concepto de orden público.

Concepto en sentido restrictivo, por una parte, representaría una situación de orden exterior o tranquilidad en una comunidad; es decir, el mero orden en la calle, con ausencia de agresiones violentas, motines, revueltas, etc.⁹⁰⁶. Estaría referido a la situación de orden exterior o tranquilidad en la comunidad, como manifiesta GARCÍA DE ENTERRÍA indicando que se trata del «simple orden

⁹⁰³ El uso abusivo y autoritario que hizo la dictadura franquista del concepto de orden público impidió mantener esta expresión, que había adquirido tonos de infamia represiva y que estaba totalmente deslegitimada. *Vid.* RECASENS I BRUNET, Amadeu, *La seguridad y sus políticas*, Atelier, Barcelona, 2007, pág. 136.

⁹⁰⁴ IZU BELLOSO, Miguel José, «Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978», en *REDA*, nº 58, abril-junio, 1988, pág. 2. / La mayor parte de la doctrina ha entendido que el concepto de orden público a que se hace referencia en el art. 16 CE. es un sinónimo de orden jurídico de Estado, o de «principios básicos del ordenamiento jurídico», entre los cuales se encuentran los derechos y libertades reconocidos en la Constitución. Esta interpretación tropieza no obstante, con algunos inconvenientes: en primer lugar, la expresión «mandamiento del orden público» parece que hace referencia más que a los principios inspiradores del ordenamiento, a una noción de tipo clásico policial, o al orden público como resultado material «el orden de calle». *Vid.* TAMARIT SUMALLA, Josep M^a., *La libertad ideológica en el Derecho penal*, Publicaciones del Instituto de Criminología de Barcelona, Barcelona, 1989, pág. 58. / POLAINO NAVARRETE, Miguel, «Delitos contra el orden público (III). Desordenes públicos», en COBO DEL ROSAL, Manuel, *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, tomo II, Marcial Pons, Madrid 1997, pág. 870.

⁹⁰⁵ ACEDO PENCO, Ángel, «Orden público actual como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y la jurisprudencia», en *Anuario de la Facultad de Derecho (Extremadura)*, nº 14-15, 1996, pág. 327.

⁹⁰⁶ IZU BELLOSO, Miguel José, «Los conceptos de orden público», *op. cit.*, pág. 2.

externo de la calle, en cuanto condición elemental de la vida colectiva, donde los derechos y libertades deben desarrollarse»⁹⁰⁷.

La definición más clásica sobre el concepto -en este sentido- de orden público es la de HAURIOU, el cual afirmaba que el orden público es el estado de hecho opuesto al estado de hecho que es el desorden. Es decir, una situación exterior de paz y tranquilidad pública⁹⁰⁸. La concepción estricta del orden público, se manifiesta, generalmente, como límite de a la voluntad de los particulares y suele ser una cláusula de cierre del ordenamiento jurídico en manos de los jueces⁹⁰⁹.

Concepto en sentido amplio, contrario al sentido restringido, expresa un concepto de orden público (desde la óptica penal) que debe rehuir toda vocación autoritaria. No puede identificarse con la noción de orden público que tenga y trate de imponer el gobernante o el legislador penal, por más que se autoproclame democrático. El “orden público” como bien jurídico protegido ha de venir de una valoración social asentada en el reconocimiento del juego democrático de las instituciones estatales y de los derechos del ciudadano⁹¹⁰.

En el caso de orden público -en el sentido ahora tratado- en algunos autores prima la idea de “estado o situación”, y así se manifiesta SMITH al definir el orden público como «un *status* social establecido y condicionado por la voluntad formal de una comunidad jurídica, en función de su tradición histórica, sus convicciones éticas más arraigadas, sus costumbres y convencionalismos más generalizados, sus necesidades y exigencias más sentidas»⁹¹¹. Por su parte, VIRGA, siguiendo a TUREGG, afirma que “el orden público no se identifica con el Ordenamiento jurídico, esto es, con el sistema normativo institucional propio en

⁹⁰⁷ Citado por JIMÉNEZ DÍAZ, María José, «Reuniones, manifestaciones», op. cit., pág. 91. (Nota al pie 19).

⁹⁰⁸ IZU BELLOSO, Miguel José, «Los conceptos de orden público», op. cit., pág. 6.

⁹⁰⁹ ACEDO PENCO, Ángel, «Orden público actual como límite», op. cit., pág. 328.

⁹¹⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel, «Delitos contra el orden público», op. cit., pág. 870.

⁹¹¹ IZU BELLOSO, Miguel José, «Los conceptos de orden público», op. cit., pág. 3.

un determinado Estado”, sino que “se dirige a tutelar bienes y principios que son tomados en consideración en modo específico por la norma jurídica, pero son considerados esenciales para el vivir civil de un determinado momento histórico”⁹¹².

La noción de orden público hace referencia a unas reglas mínimas de convivencia esenciales para el desarrollo armónico, en el orden material y espiritual, de una comunidad⁹¹³. Asimismo se ha sostenido que “la noción de orden público expresa un principio general del Derecho que puede estar o no recogido en las normas expresas” y “no parece que constituya una característica del orden público la de no hallarse recogido en las normas escritas, puede estarlo o no estarlo”⁹¹⁴. En todo caso el orden público en sentido formal habría de ser identificado con el orden general de la sociedad, se trataría en definitiva, del conjunto de principios jurídicos, ya sea público y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en una (sociedad) en una época determinada⁹¹⁵.

En el caso de nuestro objeto de investigación, el legislador realiza la ubicación sistemática de del delito de organización criminal en los “delitos contra el orden público”, y con esto parece manifestar que el objeto de protección en los delitos de organización criminal estaría constituido por el orden público entendido en sentido amplio. Dicha afirmación actualmente cobra fuerza porque el propio legislador justifica -en el Preámbulo de la Reforma de 2010 en el apartado XXVIII- tal ubicación sistemática con la siguiente referencia: «a sabiendas, precisamente, de la polémica doctrinal surgida en torno a la ubicación sistemática de estos tipos penales, se ha optado finalmente, en el propósito de

⁹¹² VIRGA, Prieto, *La potestà di polizia*, Dott. Antonio Giufrè, Milano, 1954, pág. 19.

⁹¹³ SAINZ MORENO, Fernando, «Orden público económico y restricciones de la competencia», en *RAP*, nº 84, Septiembre-Diciembre, 1977, págs. 603-604.

⁹¹⁴ SAINZ MORENO, Fernando, «Orden público económico», op. cit., pág. 604. (Nota al pie 16).

⁹¹⁵ JIMÉNEZ DÍAZ, María José, «Reuniones, manifestaciones», op. cit., pág. 91.

alterar lo menos posible la estructura del vigente Código Penal, por situarlos dentro del Título XXII del Libro II, es decir, en el marco de los delitos contra el orden público».

En su caso, pues, el legislador -conforme el Preámbulo de la Reforma citada- opta por el orden público como bien jurídico protegido en los delitos de organización criminal. Entiende el concepto de orden público en un sentido amplio que acaba identificando con la propia calidad de la democracia: el orden público abarcaría, así, el libre ejercicio de derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto relacionado con los anteriores, esta posición está siendo asumida⁹¹⁶. Cabe resaltar que en sentido amplio el orden público podría llegar a confundirse con el concepto de seguridad pública, que -como veremos más adelante- abarca las instancias públicas y cuyo objetivo es establecer, mantener y, en su caso, restablecer la tranquilidad del estado de convivencia.

Realizar un concepto de orden público -en sentido amplio- llega a ser complicado, debido a que parte de ser un concepto polisémico por su dinamismo y continua necesidad de adaptación a la sociedad que es una realidad esencialmente cambiante. En consecuencia, cualquier intento de definición sobre el orden público resultaría inútil debido a su fundamental dinamismo; tal como hemos visto, utilizando el mismo símil, sería una especie de fotografía que retrataría el orden público de hoy, pero sin duda no el de mañana⁹¹⁷.

⁹¹⁶ GARCÍA DEL BLANCO, Victoria, «Criminalidad organizada: organizaciones y grupos criminales», en *Memento experto. Reforma penal 2010*, ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (coord), Ediciones Francis Lefebvre, Santiago de Compostela, 2010, págs.555-556 / SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, «De las organizaciones y grupos criminales», en GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.), *Comentarios al Código penal*, 2ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2011, pág. 1923.

⁹¹⁷ DE BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos, *El orden público como límite*, op. cit., pág. 93.

Siguiendo el sentido amplio del concepto, el orden (público) sería una de las condiciones necesarias e indispensables para la vida de los individuos en las naciones y para la existencia de toda agrupación. Sin orden público no puede darse la paz, la tranquilidad, ni la estabilidad en la posesión de las cosas, en una palabra, no puede haber seguridad⁹¹⁸. De lo manifestado se inferiría que el concepto de orden público, doctrinalmente considerado, sería un concepto amplio. Incluso la normativa legal, nos daría pie a considerar al orden público como una expresión de amplio y complejo contenido. Ahora bien, si analizamos el concepto -orden público- y lo comparamos con la seguridad ciudadana, no cabe duda que éste último reviste menor amplitud. Por tal razón la seguridad ciudadana sería una consecuencia de la existencia del orden público. Existirá seguridad para los ciudadanos en sus personas, en sus derechos y en sus bienes si a los poderes públicos les es posible guardar un orden⁹¹⁹.

Esta concepción de orden público en un sentido “formal” e “institucional” -es decir, en sentido amplio- quedó superada tras la aprobación de la Constitución, hace más de treinta años, y pertenece al ideario de la dictadura, se concibió el orden público como orden “institucional”. Por el contrario, con razón indica GARCÍA RIVAS que el concepto democrático de orden público hay que situarlo en un plano “material”, referido a la “seguridad”, -en sentido restringido- y paz en las manifestaciones de la vida ciudadana o, si se prefiere, con la seguridad ciudadana⁹²⁰.

Si se entiende tal concepto de orden público un concepto ya superado, ha de seguirse uno restringido, en el que se ha de pasar al examen delimitador de los conceptos de seguridad ciudadana y seguridad pública como posible objetos de protección penal en los delitos de organización criminal.

⁹¹⁸ LÓPEZ-NIETO Y MALLO, Francisco, *La seguridad ciudadana y su normativa legal*, El Consultorio de los Ayuntamientos y de los Juzgados, S.A., Madrid, 1982, pág. 23.

⁹¹⁹ LÓPEZ-NIETO Y MALLO, Francisco, *La seguridad ciudadana*, op. cit. pág. 24.

⁹²⁰ GARCÍA RIVAS, Nicolás, «Organizaciones y grupos criminales», en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier / GONZÁLEZ CUSSAC, José Luís, *Comentarios a la Reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pág. 506.

D) La seguridad pública y la seguridad ciudadana

1) Sobre el concepto de seguridad

Consideramos apropiado partir de la aproximación al concepto de seguridad para poder establecer las pautas que definen la seguridad tanto pública como ciudadana, y por este motivo en primera instancia empezamos por el plano internacional como es el caso de la Unión Europea, que hace hincapié en el tema de seguridad en su art. 3.2 del Tratado de la Unión Europea, indicando que «La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia». En el mismo plano internacionales pronuncia también la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que hace también especial referencia al tema de seguridad estableciendo en el Título II, art. 6: «Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad».

Por otro lado, en el ámbito interno, la seguridad puede entenderse como función de la intervención estatal, administrativa y de policía, además de la penal. Como función policial y penal, cabe identificar la seguridad con la actuación de prevención anticipada de formas de peligrosidad individual y su neutralización, lo que supone una reelaboración de la teoría de la prevención general negativa⁹²¹.

También se puede entender la seguridad como “el derecho de todos los ciudadanos a la pacífica y democrática convivencia conforme a un orden jurídico, económico y social justo” y, por su parte, la seguridad pública de ámbito más restringido como “aquella situación social que se caracteriza por un

⁹²¹ FARALDO CABANA, Patricia, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., pág. 214.

clima de paz, de convivencia y de confianza mutua que permite y facilita a los ciudadanos el libre y pacífico ejercicio de sus derechos individuales, políticos y sociales, así como el normal funcionamiento de las instituciones ya públicas o privadas”⁹²². Sobre este particular ampliaremos en los posteriores apartados.

Por su parte, el Tribunal Constitucional de España se ha manifestado sobre este tema estableciendo lo siguiente: “La Constitución utiliza la palabra «seguridad» con la misma acepción medular pero con distintos matices según el adjetivo que le sirva de pareja. Ésta, a su vez, aparece conectada a la tercera especie, la seguridad pública (art. 149.1.29 C.E.) también llamada ciudadana, como equivalente a la tranquilidad en la calle. En definitiva, tal seguridad se bautizó ya en el pasado siglo con la rúbrica del «orden público», que era concebido como la situación de normalidad en que se mantiene y vive un Estado, cuando se desarrollan las diversas actividades colectivas sin que se produzcan perturbaciones o conflictos”⁹²³.

Cuando se analiza el término “seguridad”, surge la dicotomía conflictiva que representa entre “seguridad vs libertad”, los partidarios de la seguridad y la libertad como intereses contrapuestos, son los que componen la llamada escuela de Frankfurt, en la que se incluye a HASSEMER, quienes sostienen que todo Derecho penal debe girar en torno a la persona y los que no se encuentre circunscrito a la protección de los bienes jurídicos de naturaleza estrictamente personal constituirá una intromisión ilegítima del Estado en la esfera de individualidad del individuo⁹²⁴.

También se ha advertido que, si el conflicto entre seguridad y libertad individual ha de resolverse en favor de la segunda, se incurriría en un error al no

⁹²² RECASENS I BRUNET, Amadeu, *La seguridad*, op. cit., pág. 133.

⁹²³ STC 325/1994, de 12 de diciembre, Fundamento Jurídico (Segundo).

⁹²⁴ GÓMEZ MARTÍN, Víctor, «La seguridad ¿mata o garantiza la libertad? teorización», en *RCSP*, nº 13, 2003, pág 47 y sigtes.

advertir que no es posible garantizar la libertad individual de los ciudadanos sin garantizar, al mismo tiempo, su seguridad⁹²⁵.

En suma, la idea de libertad se utilizaría de manera muy hueca, porque la libertad no se puede ejercer realmente si no se tiene una cierta seguridad, es decir, si no se puede confiar en que no existirán injerencias extrañas en la esfera personal⁹²⁶. Esto implicaría el adelantamiento de las barreras de protección, en razón de determinados delitos graves como el que nos ocupa -organización criminal-, línea de la cual somos partidarios.

La seguridad al igual que la libertad simboliza toda una concepción dicotómica en las interrelaciones de persona-sociedad e individuo-Estado. Si el individuo no puede comportarse como tal persona, sin el reconocimiento de un índice de libertad personal, el Estado no puede garantizar, en ningún sistema jurídico, los bienes personales estimados por la sociedad si no es mediante el establecimiento de un mínimo de «seguridad»⁹²⁷.

En tal sentido se puede incluso afirmar que la seguridad es aquí el equivalente al estado de normalidad mínima, en sentido material o real, que es precisa para la efectividad de los derechos y libertades de las personas⁹²⁸.

Ahora bien, si sumamos los adjetivos “público y ciudadano” al concepto de seguridad, veremos que llegan a constituir sendos conceptos diferentes, nutridos de un correlativo sentido propio un tanto más específico.

⁹²⁵ Citada por GÓMEZ MARTÍN, Víctor, «La seguridad ¿mata o garantiza la libertad?..., », op. cit., pág. 51.

⁹²⁶ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 193.

⁹²⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel, «Delitos contra la libertad y seguridad», en COBO DEL ROSAL, Manuel, (Dir.), *Manual de Derecho penal, Parte especial*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1993, pág. 420.

⁹²⁸ PAREJO ALFONSO, Luciano, *Seguridad pública y policía administrativa de seguridad: Problemas de siempre y de ahora para el deslinde, la decantación y la eficacia de una responsabilidad nuclear del Estado administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 31.

2) Seguridad ciudadana

Comenzando con el término de seguridad ciudadana, previa advertencia relativa a la confusión terminológica entre seguridad pública, ciudadana y orden público, al respecto indica VILLAGÓMEZ CEBRIÁN: “la indistinta y ambivalente utilización de los conceptos de orden público, de la seguridad pública y de la seguridad ciudadana, genera una confusión terminológica de considerables efectos, que puede llegar hasta la desnaturalización de la regulación establecida por la Constitución”. En tal sentido “es necesario, por tanto, intentar una interpretación sobre el concepto de seguridad ciudadana que la identifique y diferencie de las otras nociones, a partir de las coordenadas que dibujan en el texto constitucional”⁹²⁹.

Por esa razón, dicho autor propone un concepto de seguridad ciudadana como condición necesaria para el libre ejercicio de los derechos y libertades, entendiendo que “las actividades objeto de la seguridad ciudadana son, por tanto, las de prevención, protección o reparación de las condiciones que permiten a los ciudadanos ejercitar, con garantías y en libertad, la calidad participativa de los mismos en las distintas formas que ésta pueda adoptar, ya sean políticas, económicas o culturales. Sin embargo, de ello no puede desprenderse que la seguridad ciudadana constituya una cláusula abierta”. En consecuencia, el contenido de la seguridad ciudadana como fin de la actividad de la policía de seguridad se puede resumir en la responsabilidad pública de conseguir un estado de normalidad cívica presidido por la sensación objetivable en los ciudadanos de ausencia de riesgos y peligros⁹³⁰.

⁹²⁹ VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, Alfonso J., *Las fuerzas y cuerpos de seguridad: del orden público a la seguridad ciudadana*, Ara Solis - Xunta de Galicia, A Coruña, 1997, pág. 142.

⁹³⁰ VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, Alfonso J., *Las fuerzas y cuerpos de seguridad*, op. cit., pág. 151.

Así mismo, la idea de seguridad ciudadana evoca como prioridad la garantía de la integridad y el legítimo disfrute y posesión de sus bienes para todos los ciudadanos, como parte efectiva de sus derechos y libertades. La misión policial en este, caso, consistiría en proteger la seguridad con el objetivo de mejorar la calidad de vida⁹³¹. En consecuencia, ésta existe cuando una persona o un grupo social se sienten seguros porque se dan un conjunto de requisitos reales y concretos que les permiten albergar una expectativa razonable de no verse afectados en su integridad ni en el legítimo disfrute y posesión de los bienes, y en consecuencia de poder ejercer y disfrutar sus derechos y libertades en una situación de convivencia social determinada, aceptada y/o asumida y garantizada por los poderes públicos⁹³².

Por otro lado, se ha entendido que, en estricta aplicación literal, esta noción sólo puede referirse a la protección de personas y bienes de acuerdo con el ordenamiento jurídico; protección que naturalmente ha de conectarse con la naturaleza misma de las fuerzas y cuerpos de seguridad, lo que hace que dicha protección se lleve a cabo en el ámbito que le es propio, esto es, frente a acciones violentas o agresiones, situaciones de peligro o calamidades públicas. En este sentido, manifiesta el autor que el concepto de seguridad ciudadana quedaría oponible al concepto de orden público en sentido estricto, identificado de acuerdo con el art. 140.1º, con la protección de derechos fundamentales por la policía de seguridad⁹³³.

3) Seguridad pública

La seguridad pública es una actividad dirigida a la protección de personas y bienes. Ahora bien, lo que singulariza a esta actividad respecto a otras reside en el hecho de que la protección tiene como finalidad aun más específica la de evitar

⁹³¹ RECASENS I BRUNET, Amadeu, *La seguridad*, op. cit., pág. 138.

⁹³² RECASENS I BRUNET, Amadeu, *La seguridad*, op. cit., pág. 143.

⁹³³ CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, «Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública», en *RVAP*, nº 27, mayo-agosto, 1990, pág. 12-13.

graves riesgos potenciales de alteración del orden ciudadano y de la tranquilidad pública -dando a entender a primera vista que están incluidos en él el orden público y la seguridad ciudadana-. En consecuencia, para evitar dichos riesgos se habilita la realización de una serie de medidas que inciden en el ámbito de derechos y libertades de los ciudadanos y que permiten incluso el uso de la fuerza por partes de las fuerzas y cuerpos de seguridad. Por tanto, la prevención de estos riesgos delimita el ámbito de actuación de la seguridad pública, constituyendo el presupuesto que habilita la adopción de medidas y al mismo tiempo un límite a su ejercicio. El factor riesgo como presupuesto habilitante de la seguridad supone una situación extraordinaria que justifica la intervención⁹³⁴.

En el caso de la organización criminal, consideramos que el mismo llega a ser excepcional, y no habitual, porque si no estaríamos frente a una degeneración normativa, y está claro que la gravedad del peligro efectivo (o inminente) es el límite de actuación para la represión anticipada contra este tipo delictivo. De esta manera, la seguridad pública constituye -como se ha visto- un concepto amplio que comprendería otros dos más estrictos, como son: el orden público y la seguridad ciudadana.

A su vez, se ha indicado que la seguridad pública no permite definiciones con el rigor y presión exigibles en otras materias y ello es así porque la normas reguladoras de la seguridad pública no contemplan realidades físicas tangibles, sino eventos meramente previstos para el futuro, respecto a los cuales se ignora el momento, el lugar, la importancia y, en general las circunstancias y condiciones de aparición⁹³⁵.

Asimismo se cuestiona duramente la legitimidad de la seguridad (pública), alegando que se funda en el discurso del miedo y está destinado a producir

⁹³⁴ Vid. AGUADO I CUDOLÀ, Vincenç, *Derecho de la seguridad pública y privada*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007, pág. 49.

⁹³⁵ PALLARÉS MORENO, Manuel, «Seguridad ciudadana y competencias del Estado», en COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.), *Comentarios a la Legislación penal*, tomo XV, vol. I, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1994, pág. 9.

obediencia, o en otros casos una simple cortina de humo, respecto a los desaciertos de los poderes públicos, por tanto ni la libertad ni la seguridad, como la paz auténtica son posibles desde el miedo⁹³⁶. En consecuencia la opinión pública quiere ver resultados rápidos, y frente a ello los políticos reaccionan debilitando las garantías relativas a la seguridad jurídica e introduciendo medidas legislativas simbólicas, esta es la tendencia seguida en el campo de la criminalidad clásica, donde la cultura penal ha sabido transmitir su sentido de frustración al sistema social, que en este tema, hoy políticamente candente, pone en escena una política criminal puramente demostrativa, de estabilización social de las necesidades de seguridad a través del aumento simbólico de los marcos de la pena y del endurecimiento del régimen penitenciario. Para compensar aparece un sistema penal reelaborado para la ocasión, que se trata de una especie de microsistema paralelo debidamente desviado hacia vías periféricas de la red de las garantías, pero claramente dirigido hacia la efectividad a cualquier precio⁹³⁷.

Por nuestra parte, consideramos que el hecho de afirmar que se aplican medidas legislativas de carácter simbólico, es errado, ya que como indicamos la gravedad de la peligrosidad efectiva de este tipo delictivo es real, y su sola existencia en base a sus características -que desarrollamos en el capítulo II- cuestiona de manera frontal al propio Estado y por ende a la seguridad pública, razón por la cual somos partícipes de la idea de necesidad de un adelantamiento de la punibilidad en estos excepcionales casos.

Por otro lado, la seguridad pública constituye un concepto más amplio que el de seguridad ciudadana y el de orden público en sentido material -como un concepto restringido- y, además, se sitúa en unas coordenadas completamente diferentes. Esto en razón a que la misma implica actividad, de hecho es una actividad, es un ámbito competencial. En cambio la seguridad ciudadana como el orden público material son situaciones o estados que se pretenden alcanzar a

⁹³⁶ PÉREZ CEPEDA, Isabel, *La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho penal postmoderno*, Iustel, Madrid, 2007, págs. 50-51.

⁹³⁷ PÉREZ CEPEDA, Isabel, *La seguridad como fundamento*, op. cit., pág. 51.

través del recto y adecuado ejercicio de aquella⁹³⁸. En definitiva, la seguridad pública ha de ser concebida como el medio para lograr llegar hasta unos fines, que son, mantener el orden público y alcanzar la seguridad ciudadana. Cabría afirmar entonces que la seguridad pública se la define como un conjunto de políticas y acciones coherentes y articuladas que tienden a garantizar la paz pública a través de la prevención y represión de los delitos. Este tipo de definición se engarza con la necesidad de conocer, profundizar y medir la inseguridad⁹³⁹.

Partiendo de estas consideraciones, podemos establecer una definición de la seguridad pública como; una competencia de las instancias públicas cuyo objetivo consiste en establecer, mantener y eventualmente restaurar las condiciones de un estado de convivencia que permita el efectivo ejercicio de derechos y libertades. Se trata entonces de una situación, de un estado de convivencia que viene relacionado con la condiciones que cada sociedad establece -creemos que conforme a su realidad-. Como estado de convivencia, constituye una situación prolongada en el tiempo, en que los ciudadanos de una determinada sociedad, regida por unas mismas instancias públicas, actúan con expectativa razonable de que las condiciones de convivencia no se van a ver alteradas, o que si tal cosa llega a suceder, las instituciones acudirán en su ayuda⁹⁴⁰.

4) Recapitulación

En base a lo desarrollado con anterioridad, estimamos que no deben confundirse los conceptos orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública. En este entendido el primero implica sencillamente orden en la calle, es

⁹³⁸ JIMÉNEZ DÍAZ, María José, «Reuniones, manifestaciones», op. cit., págs. 101-102.

⁹³⁹ JIMÉNEZ ORNELAS, René, «Seguridad pública», GARCÍA RAMÍREZ, Sergio / ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga / VARGAS CASILLAS, Leticia A., (coord.), *Temas de Derecho penal, seguridad pública y criminalística. Cuartas jornadas sobre Derecho penal*, Universidad Autónoma de México, México D.F., 2005, pág. 171.

⁹⁴⁰ RECASENS I BRUNET, Amadeu, *La seguridad*, op. cit., págs. 133-134.

un estado de cosas; por otro lado, la seguridad ciudadana, en su vertiente real que es la que podría dar lugar a alguna clase de confusión, significa mucho más que el simple orden externo, es decir, supondría ese orden externo y además la existencia de todas aquellas condiciones que posibilitan el ejercicio libre y responsable de derechos. Se trata de que la persona, inmersa en unas condiciones favorables, que obviamente van a ser propiciadas cuando exista orden público material, es decir, se sienta protegida y amparada para ejercitar los derechos y libertades que tiene reconocido el texto constitucional. El orden público material -sentido restringido- es un simple paso, un presupuesto, en definitiva es uno de los medios necesarios para alcanzar la seguridad ciudadana como estado material y, por supuesto, también como estado personal o sensación de seguridad del individuo⁹⁴¹. No se trata, en consecuencia, de que el orden público sea más amplio o estricto que la seguridad ciudadana, sino simplemente de que aquél es necesario para que pueda llegarse hasta ésta.

Planteado lo anterior en referencia al orden público y la seguridad ciudadana, hemos ahora de ocuparnos de la seguridad pública, la cual desborda e incluye a la seguridad ciudadana -dentro de su campo de protección- e incorpora elementos de seguridad en general al ámbito del Estado social⁹⁴². Por tanto, existe seguridad ciudadana cuando, dentro del ámbito competencial de la seguridad pública, se dan las condiciones para el libre ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la constitución. Por tal razón, la seguridad ciudadana se ciñe a lo policial mientras que la seguridad pública va un poco más allá y desborda lo policial, esto es, la seguridad pública es un ámbito competencial que debe ser concebido como medio para el mantenimiento del orden público y la seguridad ciudadana, siendo la seguridad ciudadana un estado o situación⁹⁴³.

⁹⁴¹ JIMÉNEZ DÍAZ, María José, «Reuniones, manifestaciones», op. cit., págs. 102.

⁹⁴² RECASENS I BRUNET, Amadeu, *La seguridad*, op. cit., pág. 135. / Asimismo en este sentido se manifiesta AGUADO I CUDOLÀ, indicando que “la noción de seguridad pública sería más amplia que el de seguridad ciudadana”. Vid. AGUADO I CUDOLÀ, Vincenç, *Derecho de la seguridad pública*, op. cit., pág. 50.

⁹⁴³ FARALDO CABANA, Patricia, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., pág. 226.

Perfilar a la seguridad pública como objeto de protección en los delitos de organización criminal es la opción por la que nos inclinamos, la misión es complicada porque choca con el Derecho penal individual, ya que para éste es incomprensible un objeto de protección como la seguridad pública por ser intangible o inmaterial, y al tener dichas características no podría producirse una lesión material, como exige el Derecho penal nuclear, por nuestra parte consideramos que imposibilidad de materializar el estado de seguridad pública no implica que su existencia sea negada o descartada, menos aún su funcionalidad como tal, que propicia un estado colectivo de tranquilidad. Por consiguiente, la fractura de ese estado colectivo, se produciría con la existencia de la organización criminal, el cual tiene como efecto directo una (in)seguridad cognitiva. Cabe matizar también que no siempre es necesaria la visibilidad de la organización criminal, porque en su gran mayoría no pretenden hacer visible su existencia.

Una postura relativamente similar, alejada del paradigma del Derecho penal individual, es la asumida por GARCÍA-PABLOS, quien indica que el objeto de protección penal no se agota en la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos singulares y concretos: de los intereses amenazados por el programa criminal. La organización constituida para cometer delitos contra la vida o la propiedad amenaza algo más que la vida o la propiedad misma⁹⁴⁴, por lo que, si la organización tiene por objeto “cometer algún delito”, será ilícita, con independencia de que fuese o no conocida, de que pudiese haber despertado la inseguridad, alarma. Los estados de ánimo de la colectividad son, a estos efectos, irrelevantes: la organización será ilícita por más que reforzare eventualmente el sentimiento de seguridad de los ciudadanos, si tenía por objeto delinquir⁹⁴⁵. La asociación ilícita, ahora entendida como “organización criminal”, es un tipo penal que protege un bien jurídico propio y autónomo: un bien jurídico

⁹⁴⁴ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., pág. 137.

⁹⁴⁵ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., pág. 139.

independiente de los bienes jurídicos singulares y concretos, tutelados por cada una de las figuras de delitos que puedan integrar su programa⁹⁴⁶.

VI.- La (in)seguridad cognitiva

La inseguridad para un bien jurídico existe cuando es altamente probable que el estado de cosas valioso que constituye su sustrato se vea alterado y, con ello, devaluado; entonces la seguridad no es nunca un evento efectivamente producido y, en cuanto tal, cognoscible mediante pruebas empíricas incontrovertibles; al contrario, es siempre un juicio de probabilidad, una predicción (probabilística) del futuro. Por ello, la seguridad no existe nunca como evento empíricamente verificable (salvo, por supuesto, *a posteriori*), sino como juicio humano acerca de posibles eventos futuros. Y, como todo juicio humano, especialmente si se apoya en conocimientos meramente probabilísticos, está sujeto por necesidad no sólo a la posibilidad de que el futuro desmienta las predicciones, sino, además, al riesgo de que ya en el presente el juicio esté condicionado por eventuales sesgos cognitivos; de que no sea puramente racional, en suma⁹⁴⁷.

En nuestro caso, se vería altamente probable que la seguridad se sea devaluada o alterada al constatar la sola existencia de la organización criminal que produce una alteración en la tranquilidad colectiva, debido a su *ratio essendi*, es decir, que lleva implícita un desvalor en sí mismo. Por tanto, la constitución de una organización criminal no se integra por meros actos probabilísticos ya que su creación responde a un proyecto criminal real y concreto, que altera y devalúa la seguridad pública en razón de su propia existencia como delito autónomo.

Actualmente se ha hecho común apuntar que uno de los rasgos más significativos de las sociedades occidentales es la sensación subjetiva de

⁹⁴⁶ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., pág. 141.

⁹⁴⁷ PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, *La seguridad como objetivo político criminal del sistema penal*, Eguzkilore, nº 20, San Sebastián, Diciembre 2006, pág. 132.

inseguridad que está vinculada a su transformación en sociedad del riesgo⁹⁴⁸. La dimensión subjetiva del modelo de configuración social podría ser más importante. Desde esta última perspectiva, nuestra sociedad puede definirse todavía mejor como la sociedad de la «inseguridad sentida». En efecto, uno de los rasgos más significativos de las sociedades de la era postindustrial es la sensación general de inseguridad o, esto es, la aparición de una forma especialmente aguda de vivir el riesgo⁹⁴⁹.

Esto ha traído consigo el establecer una ecuación de igualdad –a nuestro juicio errada- entre el sentimiento de inseguridad ante los nuevos riesgos masivos que desencadena el proceso tecnológico, y el sentimiento de inseguridad callejera ligado al miedo de sufrir un delito en el desempeño de las actividades cotidianas⁹⁵⁰. Consideramos que ambas situaciones no se deben mezclar, puesto que la primera se refiere a la inseguridad (fáctica) de carácter colectivo que puede sufrir una sociedad, que responde a la existencia de la organización criminal y, por otro lado, la segunda sólo se refiere a un miedo de sufrir algún delito de carácter individual.

Ahora bien, si trasladamos el concepto de “inseguridad cognitiva” al plano del Derecho penal del enemigo en sentido funcionalista, estaríamos frente a la creación real y efectiva de una situación de inseguridad, y no así frente a una mera sensación de inseguridad social o de pánico moral -individual-. En el primer caso, la inseguridad es real, y en el segundo, es irreal. De esa manera, una cosa es que exista una sensación más o menos generalizada de inseguridad, y otra

⁹⁴⁸ FARALDO CABANA, Patricia, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., pág. 215. / La sociedad actual aparece caracterizada, básicamente, por un marco económico rápidamente cambiante y por la aparición de avances tecnológicos sin parangón en toda la historia de la humanidad. El extraordinario desarrollo de la técnica ha tenido y sigue teniendo, obviamente, repercusiones directas en un incremento del bienestar individual *Vid.* SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal, aspectos de la Política criminal en las sociedades post-industriales*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2001, pág. 27.

⁹⁴⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal*, op. cit., pág. 32.

⁹⁵⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, «De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado», en AA.VV. *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, pág. 277.

muy distinta es que esa inseguridad haya hecho mella en las personas, hasta el extremo de verse impedidas en el ejercicio de sus derechos dentro de un parámetro mínimo de normalidad⁹⁵¹.

De manera disidente se ha entendido que en el contexto de una sociedad dominada por el sentimiento de inseguridad se plantea la necesidad de luchar contra formas de delincuencia, reforzando la tendencia a la expansión limitada de la represión penal y a la demolición del conjunto de garantías materiales y formales, concluyendo que las normas penales son cada vez más particularizadas y rigurosas, estructurándose un Derecho penal sin resultado, apenas con los segmentos formales y simbólicos, elevados a la categoría de objetos de protección⁹⁵². Desde este punto de vista, habría una especie de manipulación de la inseguridad para propiciar la represión penal y demoler garantías. Postura de la que discrepamos, puesto que en el caso de delitos graves como el que nos ocupa, no sólo es un sentimiento de inseguridad que puede producir la organización criminal, sino también -como se ha indicado anteriormente- un peligro real y efectivo, que se materializa a partir del momento de su creación o existencia.

Por otro lado, desde la perspectiva de la seguridad como estado de convivencia, la inseguridad vendría a representar la quiebra de las expectativas razonables de las condiciones de dicho estado. Dichas expectativas están situadas en un ámbito tan amplio como el de la seguridad pública, lo que significaría la existencia de un nivel de desconfianza de tal índole en las instituciones que difícilmente podría sostenerse por mucho tiempo⁹⁵³. La inseguridad constituye entonces una situación sobre la que no cabe establecer equilibrio alguno, y que no puede ser general ni duradera. Tendremos que hablar entonces de inseguridad como una situación real limitada en el tiempo y/o espacio de una sociedad determinada. Si la misma se mantiene en unos parámetros de aceptabilidad o de

⁹⁵¹ POLAINO-ORTS, Miguel, *Funcionalismo normativo. Bases dogmáticas para el nuevo sistema de justicia penal*, tomo I, CESCIJUC, México D.F., 2014, pág. 80.

⁹⁵² PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, *La seguridad como fundamento*, op. cit., pág. 57.

⁹⁵³ RECASENS I BRUNET, Amadeu, *La seguridad*, op. cit., pág. 141.

tolerancia social, el conflicto permanecerá latente pero no producirá crisis⁹⁵⁴. En cierta medida estaríamos frente a una especie de tolerancia a la inseguridad que, a nuestro juicio, calificaríamos como leve.

Por último, la (in)seguridad -cognitiva- puede ser cualquier negación de las condiciones de normalidad de una estructura social que permita una convivencia ordenada⁹⁵⁵. Medida por la gravedad del delitos, podríamos hablar entonces de parámetros de tolerancia respecto a la inseguridad, por un lado, en relación a delitos que son comunes y, por otro lado, de una necesidad de reacción frente a delitos especialmente graves que son merecedores de una respuesta anticipada, es decir, el adelantamiento de la punibilidad en razón a su peligrosidad al generar una efectiva inseguridad cognitiva en la colectividad, algo distinto o alejado de lo que puede denominarse la generación de alarma social.

Sobre la alarma social, es conveniente marcar la diferencia que sustenta con la (in)seguridad. A pesar de la maleabilidad de la alarma social, ya hace tiempo se ha instalado como una referencia fundamental a la hora de interpretar la realidad social y de valorarla jurídicamente. Es indudable que se trata de un concepto de difícil precisión. Ésta nos sugiere en un clima de opinión caracterizado por la inquietud, el desasosiego o el sobresalto que genera la percepción de algún tipo de amenaza⁹⁵⁶. Por lo tanto, la sensación de inseguridad o el miedo al crimen no guarda relación directa con el riesgo real y llegaría a ser más producto de una percepción generada y amplificadas por los medios de comunicación. Ello no quiere decir en ningún caso que el miedo generado por los medios sea un mero espejismo, es decir, no es una invención ni es únicamente el

⁹⁵⁴ RECASENS I BRUNET, Amadeu, *La seguridad*, op. cit., pág. 143.

⁹⁵⁵ RUIDÍAZ GARCÍA, Carmen, *Justicia y seguridad ciudadana*, Edersa, Madrid, 1997, pág. 68.

⁹⁵⁶ CÁCERES VILLANUEVA, María Luisa / GARCÍA INDA, Andrés, «La decisión judicial, la prisión provisional y la alarma social», en BERNUZ BENEITEZ, María José / PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, (coord.), *La tensión entre libertad y seguridad: una aproximación socio-jurídica*, Universidad de la Rioja - Servicio de Publicaciones, 2006, pág. 181.

producto del riesgo real, sino ambas a la vez⁹⁵⁷. Sobre esta línea, el rol que desempeñan los medios de comunicación tiene una influencia ambivalente sobre la sociedad, es decir, quien no está en contacto con ellos muestra menos miedo que quien sí lo está; si el suceso delictivo se encuadra en noticias locales, suscita más miedo que si pertenece a noticias nacionales o internacionales⁹⁵⁸.

La alarma social es una noción ajena a la tradición legal española y, sin embargo, ha ido adquiriendo patente de corso en el ámbito judicial para orientar el contenido de las resoluciones judiciales en uno u otro sentido. Resulta evidente que el juez no tiene modo de saber cuál es el sentir general de la sociedad si no es por los medios de comunicación. Y aquí es donde se revela lo espurio del concepto: quien se alarma no es, a menudo, la sociedad entera, sino el medio de comunicación que en su línea editorial manifiesta dicha alarma, frecuentemente después de haberla alimentado a través de su tratamiento de la noticia⁹⁵⁹.

En suma, la (in)seguridad cognitiva en una sociedad se hace efectiva cuando se cristaliza la creación de una organización criminal, la existencia de dicha organización ya de por sí altera y devalúa la seguridad del conjunto social, por esta razón, la inseguridad no es una simple sensación, sino el resultado de la materialización de un fenómeno criminal grave que cuestiona la normal convivencia de la colectividad en un determinado tiempo y lugar. Por otro lado, se puede afirmar que la alarma social es un sentimiento de miedo que es alimentado por el sobre bombardeo informativo de los medios de comunicación, y que nada tienen que ver con lo que es la inseguridad cognitiva que presentamos en este apartado.

⁹⁵⁷ CÁCERES VILLANUEVA, María Luisa / GARCÍA INDA, Andrés, «La decisión judicial, la prisión provisional», op. cit., pág. 182. / también se da una directa relación entre actitudes punitivas elevadas y el contacto con los medios de comunicación que prestan especial atención a la delincuencia, en especial si realizan un trato sensacionalista de ella y preconizan la dureza frente al crimen. *Vid.* DíEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La racionalidad de la leyes penales*, Editorial Trotta, Madrid, 2003, pág. 25.

⁹⁵⁸ DíEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La racionalidad*, op. cit. 26.

⁹⁵⁹ ACOSTA GALLO, Pablo, «Las nuevas amenazas a la seguridad y el concepto de orden público en democracia», en *RGDA*, nº 11, marzo 2006. (Iustel: RI §405002).

VII.- ¿Es la organización criminal un peligro o un riesgo?

Es fundamental para el objeto de este apartado tomar como punto de partida la configuración del concepto de peligro en cuanto a su estructura y requisitos, en la medida en que del contenido asignado al mismo va a depender de la amplitud o restricción de la tutela asignada a los distintos bienes jurídicos y del éxito en el establecimiento de los requisitos necesarios para verificar la subsistencia o no del peligro, va depender la efectividad de esta técnica⁹⁶⁰.

Como señala KINDHÄUSER, el concepto de peligro es normativo en dos sentidos. Por una parte, se refiere a una posibilidad de un acontecimiento lesivo cuya producción no es deseada. Por otra parte, el concepto de peligro implica la incapacidad física, psíquica o cognitiva de poder evitar intencionadamente la producción de un daño cuando se ejecuta un comportamiento. Y finaliza indicando que al concepto de peligro pertenece esencialmente el elemento de la inseguridad⁹⁶¹.

Por otro lado, sobre el concepto de riesgo, LUHMANN indica que es una tarea que se torna compleja, porque pretender consolidar una definición determinada nos llevaría a variadas conceptualizaciones esto de acuerdo a la Ciencia desde cual se observe, ya sea económica, social, filosófica, psicológica, antropológica o sociológica. Esto es debido a que en la actualidad el concepto de riesgo se impone en las especialidades científicas más diversas e, inclusive, en las Ciencias más variadas, teniendo cada una de ellas diversas características⁹⁶².

⁹⁶⁰ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Ministerio de Justicia–Universidad Complutense, Madrid, 1993, pág. 51.

⁹⁶¹ KINDHÄUSER, Urs, «Los delitos de peligro», en KINDHÄUSER, Urs / POLAINO-ORTS, Miguel, *Normativismo en el Derecho penal. Estudios de dogmática jurídico-penal*, ConTexto, Resistencia-Chaco, Argentina, 2011, pág. 248.

⁹⁶² LUHMANN, Niklas, «El concepto de riesgo», en GIDDENS, Anthony / BAUMAN, Zygmunt / LUHMANN, Niklas, / BECK, Ulrich, *Las consecuencias perversas de la modernidad*, trad. Celso Sanchez Capdequi, Anthropos, Barcelona, 1996, pág. 123-127. / Sobre los riesgos actuales intrínsecos a las sociedades modernas Vid. BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo. Hacia*

Desestimada una conceptualización uniforme del concepto de riesgo, cabría buscar dicha conceptualización desde el punto de vista histórico, o de evolución histórica. Las antiguas civilizaciones desarrollaron para problemas análogos unas técnicas muy dispares. Naturalmente no necesitaron de la palabra riesgo, tal y como nosotros entendemos. Por supuesto que elaboraron diversos mecanismos culturales que dotaban de certidumbre a la existencia futura. En este sentido se confió mayormente en la práctica de la adivinación, si bien ésta no garantizaba una seguridad plena respecto a los acontecimientos venideros⁹⁶³. En la antigüedad el riesgo era entendido un evento de desgracia, producto de la ira de los dioses, en respuesta a una decisión tomada por el sujeto. Ya en el antiguo comercio marítimo oriental existía conciencia de riesgo con los correspondientes ordenamientos jurídicos, en este sentido dicha noción estaría ligada al lucro económico o ganancias. Posteriormente con la división jurídica entre el patrón y el navegante, se establecieron aun más claramente sistemas de seguro, que ya en la Edad Media influyeron en el comercio marítimo y en los seguros marítimos. Sobre el origen de la palabra riesgo, aunque se desconoce su procedencia, se extiende en primer lugar con la llegada de la imprenta, especialmente en Italia y España⁹⁶⁴.

Ahora bien, actualmente deberíamos preguntarnos ¿quién o qué determina qué es un riesgo o que ha de entenderse por riesgo? En este sentido, la Sociología es una Ciencia que ha fijado su atención en el problema del riesgo, o, al menos, ha reclamado para sí la citada categoría. De esta manera, la Ciencia de la Sociología busca una nueva oportunidad para completar un nuevo contenido de su viejo rol, el de alarmar a la sociedad. Esto ocurre de momento de manera

una nueva modernidad, trad. Jorge Navarro / Daniel Jiménez / M^a Rosa Borrás, Paidós, Barcelona, 2001, *passim* / BECK, Ulrich, «Teoría de la sociedad del riesgo», en GIDDENS, Anthony / BAUMAN, Zygmunt / LUHMANN, Niklas, / BECK, Ulrich, *Las consecuencias perversas de la modernidad*, trad. Celso Sanchez Capdequi, Anthropos, Barcelona, 1996, págs. 201-222. / BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo global*, trad. Jesus alborés Rey, Siglo XXI de España, Madrid, 2006, *passim*.

⁹⁶³ LUHMANN, Niklas, «El concepto de riesgo», op. cit., pág. 130.

⁹⁶⁴ LUHMANN, Niklas, «El concepto de riesgo», op. cit., pág. 131.

irreflexiva en referencia a su propio rol. Pero si la Sociología sabe que los riesgos se seleccionan: ¿por qué y cómo lo hace consciente de ella misma? Una reflexión de amplio alcance teórico debería reconocer el componente “autológico” que siempre emerge cuando los observadores observan a los observadores⁹⁶⁵. En otras palabras, no puede observarse a la sociedad desde fuera, puesto que opera en su interior, cosa que debería saber.

Asimismo, la Sociología entrega temas de máxima actualidad, apoya movimientos de protesta, describe dimensiones de la peligrosidad de la tecnología moderna o previene ante los irreparables daños sufridos por el medio ambiente. Pero de todo esto ya hay quien se encarga. Por ello indica LUHMANN que se debería añadir una teoría de la selectividad de estas operaciones sociales y así mismo las estructuras que determinan estas operaciones. El tema de riesgo correspondería a la Sociología en el marco de una teoría de la sociedad moderna, teoría que se encargaría de acuñar un aparato categorial específico⁹⁶⁶. A menudo, el concepto de riesgo se define como “unidad de medida”, pero si se tratara únicamente de un problema de medición, no se ve el motivo por el que se le concede tanta importancia. Pues bien, los problemas de medición son problemas de convención y, en todo caso, los riesgos de la medida son algo muy distinto de lo que es medido como riesgo⁹⁶⁷.

Entonces, ¿cómo podría entenderse el proceso de determinación del riesgo? y además ¿cómo acentúa la comunicación dicha conciencia sobre el riesgo en el sujeto o la sociedad? El Estado y la sociedad toman conciencia de determinados riesgos, y en este sentido objetivan determinadas conductas riesgosas o que consideran lesivas para los individuos de una sociedad en su conjunto. De este modo, el Estado así como la Sociedad instan a establecer como riesgosos ciertos actos.

⁹⁶⁵ LUHMANN, Niklas, «El concepto de riesgo», op. cit., pág. 127-128.

⁹⁶⁶ LUHMANN, Niklas, «El concepto de riesgo», op. cit., pág. 128.

⁹⁶⁷ LUHMANN, Niklas, «El concepto de riesgo», op. cit., pág. 129.

Es una idea muy extendida que el concepto de riesgo funge como contrapunto categorial de la seguridad. Lo cual conduce automáticamente a la idea de que la seguridad es un anhelo, si bien se dan situaciones en el mundo en las que hay que asumir ciertos riesgos. Una versión más sofisticada de este concepto es empleada por los expertos en seguridad, los cuales afirman que la seguridad absoluta es inalcanzable ya que siempre puede ocurrir algo inesperado⁹⁶⁸. Por consiguiente, si la seguridad constituye una categoría contraria al riesgo, o funge como contrapunto, debe entenderse entonces que esta constelación es un concepto vacío y que tan sólo funge como un concepto de reflexión reflexivo. O también como categoría que sirve de válvula de escape para exigencias sociales, que en función del nivel de pretensión variable se abre un paso en el cálculo de riesgo⁹⁶⁹. En consecuencia, con el par riesgo/seguridad se tiene también un esquema de observación que posibilita en principio calcular todas las decisiones bajo el punto de vista de su riesgo. Estas reflexiones nos conducen ante una cuestión de si puede darse situaciones en las que se pueda o, incluso, se tenga que elegir entre alternativas de riesgo y de seguridad. Tal pregunta nos obliga, por otra parte, a buscar un mayor rigor en el tratamiento del término⁹⁷⁰.

En este cometido, nos encaminamos a determinar qué se entiende por peligro y riesgo, para esto se debe partir de la base de una perspectiva social, delimitadora de los factores por los que se generan con motivo de la industrialización; confluyen de manera inevitable figuras paralelas como lo son riesgos y peligros, que surgen de las tecnologías modernas que amenazan a la propia humanidad; en cuanto al peligro, se diferencia en atención a que éste escapa a la esfera de domino, pues un peligro no puede ser controlable, mientras

⁹⁶⁸ LUHMANN, Niklas, «El concepto de riesgo», op. cit., pág. 141.

⁹⁶⁹ LUHMANN, Niklas, «El concepto de riesgo», op. cit., pág.142.

⁹⁷⁰ LUHMANN, Niklas, «El concepto de riesgo», op. cit., pág.142.

que el riesgo proviene de actuaciones que en cierta medida se pueden prever y controlar⁹⁷¹.

El denominado Derecho penal del riesgo es el modelo de Derecho penal sostenido por un discurso político-criminal que propugna que uno de los principales objetivos del Derecho penal en las sociedades desarrolladas contemporáneas ha de ser el control de las consecuencias perversas producidas por el desarrollo social; más concretamente, de los riesgos derivados del desarrollo tecnológico y de los riesgos derivados de la creciente complejidad de la estructura social (pluralismo, heterogeneidad, fragmentación cultural e ideológica, especialización de subsistemas)⁹⁷². De ahí que se invoque infaliblemente al Derecho penal cuando hay que asegurar mediante sanciones la observancia de los valores límite para los riesgos socialmente tolerados⁹⁷³.

Así también, se da por supuesto que hay inseguridad en relación a posibles daños futuros y que se aspira a la seguridad. Este es el punto de partida. Se presentan entonces dos posibilidades: la primera es que el posible daño se atribuye a una decisión, se considera una secuencia de una decisión, y estaríamos hablando de riesgo en sentido estricto; la segunda posibilidad es que el posible daño se atribuye al entorno del sistema, se considera provocado externamente, y hablaríamos entonces de peligro. Dicho desde una perspectiva sistémica, en suma, la diferencia entre “riesgo y peligro” se manifiesta en sí misma estrechamente relacionada con la diferencia entre sistema y entorno; es decir, el peligro implica heterorreferencia, descarga, externalización, mientras que el riesgo es ejercicio de autorreferencia, internalización, inclusión. Activa las

⁹⁷¹ COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, *Sobre la legitimación del Derecho penal del riesgo*, Bosch, Barcelona, 2014, pág. 11.

⁹⁷² PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, «El riesgo como construcción conceptual: sobre el uso y el abuso de las ciencias sociales en el discurso político-criminal del “Derecho penal del riesgo”», en *RCSP*, nº 13, 2003, pág. 12.

⁹⁷³ KINDHÄUSER, Urs, «Los delitos de peligro», op. cit., pág. 238.

conexiones internas de un sistema y provoca su implicación⁹⁷⁴. El peligro está relacionado con el entorno y el riesgo con el aspecto interno del sistema. Básicamente el peligro es aquello que está fuera de nuestro control, a diferencia del riesgo el que sí lo podemos prever y actuar en consecuencia.

La noción sociológica de imputabilidad nos sirve también como un elemento de diferenciación sobre el riesgo/peligro, pues por un lado aquellos daños que son considerados como fortuitos o propios de contratiempos, que provienen del exterior, serán definidos peligros, mientras que se califica como un riesgo la decisión que puede ser atribuida a un tercero y que es fruto de una daño eventual o probable consecuencia de una decisión⁹⁷⁵.

Si bien el delito de organización criminal no es nada nuevo, ya que constituye un delito que se ha ido modificando conforme el tiempo -sobre esta evolución mayor, detalle en el primer capítulo-. Lo cierto es que las condiciones actuales de las sociedades y los avances tecnológicos, así como el constante flujo económico y de personas, ha permitido incrementar su capacidad lesiva e incluso adquirir un carácter internacional.

De lo expuesto se deduce que la organización criminal no es consecuencia de una decisión que estaría relacionada con el riesgo, sino más bien con el peligro el cual escapa a la esfera del dominio y que es impredecible, ya que es un constructo generador de una dinámica delictiva que no puede ser controlado.

Por consiguiente, cuando hablamos de organización criminal es imperativo tratar de aprehender dicho peligro y convertirlo en riesgo, siendo para esto necesario identificar el bien jurídico que llega a ser afectado con su existencia. Bajo este argumento, nuestra postura se inclina por la “seguridad

⁹⁷⁴ MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús Ignacio, «Pensar el riesgo. En dialogo con Luhmann», en PÉREZ ALONZO, Esteban / ARANA GARCÍA, Estanislao y otros (eds.), *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*, Tirant lo Blanch, 2012, Valencia, pág. 331.

⁹⁷⁵ COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, *Sobre la legitimación*, op. cit. pág. 28-29.

pública”, como objeto de protección, esto nos lleva, a su vez, a una necesaria anticipación punitiva la cual tiene que ser legítima. Pero no dejamos de lado la vigencia de la norma, que como veremos más adelante desempeña un rol importante en nuestro tema de estudio y que además es complementaria a la seguridad pública.

VIII.- Legitimación de la anticipación punitiva en razón del objeto de protección

La prevención de conductas que comporten un menoscabo importante de bienes considerados esenciales para la convivencia, el concepto de bien jurídico en este caso viene constituyendo el núcleo en torno al cual se construye en la actualidad la Dogmática jurídico-penal. Máxime cuando junto a ello se señala como límite del poder sancionador del Estado la exclusiva protección de bienes jurídicos, fundamentando la tipificación penal en la lesión o puesta en peligro de alguno de los bienes considerados merecedores y necesitados de dicha protección⁹⁷⁶. La determinación de que se entiende por anticipación de la tutela penal resulta altamente problemática, pues, como *prius* lógico, requiere calificar previamente el objeto de referencia del concepto, es decir, cuál debe ser el núcleo de la intervención penal de cual cabe hablar en un ámbito previo⁹⁷⁷.

En la actualidad, se debe considerar si la acción consumada sigue o ha de seguir siendo criterio de la política criminal actual, en el sentido de su compatibilidad con el paradigma del delito de peligro⁹⁷⁸. Ahora bien, sin desechar el principio del hecho, se ha considerado necesario flexibilizar el rígido

⁹⁷⁶ DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. / DE LA MATA BARRANCO, Ignacio, «La figura de la autorización en la lesión de bienes jurídico-penales de carácter supraindividual», en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo / ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *Dogmática penal y ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, tomo I, Marcial Pons, Madrid, 2004, págs. 484-485.

⁹⁷⁷ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Valladolid, 1999, pág. 15.

⁹⁷⁸ POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo, Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia*, Bosch, Barcelona, 2009, pág. 308.

principio materialista en función del cual se exigía la producción exterior de un resultado material tangible por los sentidos, y al flexibilizar el rígido principio material se combaten ya los signos más prematuros, precisamente para prevenir que el peligro llegue a producir una lesión de mayor calado⁹⁷⁹.

En el ámbito previo a la lesión material se pueden construir varios estadios punibles como se quiera. Se debe concretar entonces ese injusto, y no ciertamente de manera arbitraria, sino atendiendo a las concretas expectativas sociales⁹⁸⁰. En este sentido conviene atender los cuestionamientos que en su momento planteó GROIZARD: ¿Por dónde cortar la cadena? ¿Dónde diremos que la inculpabilidad acaba y la responsabilidad comienza? ¿Cómo apreciar la intensidad moral y la índole de cada uno de estos grados?⁹⁸¹. Se aprecia que la cuestión del adelantamiento de la punibilidad no es nueva en la dogmática penal. La primera interrogante nos lleva a reflexionar hasta donde podemos anticiparnos en determinados delitos, por su parte, la segunda nos cuestiona como podemos medir el grado de responsabilidad, y por último cómo ha de fundamentarse dicha intervención para que sea legítima.

En la actualidad el debate sobre la idea de bien jurídico se proyecta en la discusión sobre la legitimidad de la intervención penal en áreas de conflicto de extrema complejidad -tal como el caso de la organización criminal-, propias del creciente desarrollo económico y tecnológico y la configuración de nuevas figuras delictivas⁹⁸².

⁹⁷⁹ POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., pág. 309.

⁹⁸⁰ POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., pág. 312.

⁹⁸¹ Continúa el mismo autor indicando que “en este punto no proceden del mismo modo el filósofo y el legislador. El primero cuenta en la cadena muchos eslabones, y no encuentra dos iguales: Para él el peso de cada uno es mayor que el peso del que le precede, menor que el que le sigue. El segundo, esto es, el legislador, agrupa las partes pequeñas, hace de ellas grandes masas: reúne los actos análogos y establece categorías. No divide la cadena en eslabones, sino en grandes trozos.” *Vid.* GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código penal de 1870 comentado y concordado*, tomo I, Timoteo Arnaiz, Burgos, 1870, pág. 72.

⁹⁸² DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. / DE LA MATA BARRANCO, Ignacio, «La figura de la autorización», op. cit., pág. 485.

Las diversas técnicas de anticipación penal comparten un denominador común, que es que todas ellas se alejan del paradigma de la lesión de un bien jurídico individual, introduciendo de manera proporcional a ese alejamiento una perspectiva social o general⁹⁸³. En otras palabras, se pasa de un Derecho penal individual a la comisión de delitos en forma organizada, valiéndose del factor colectivo para facilitar la consecución de una pluralidad de delitos dentro del programa criminal, pero que desde nuestro punto de vista deberían ser delitos “graves” en razón a la naturaleza propia de la organización, y no así, simples faltas.

Para poder establecer una anticipación de tutela, es necesario predeterminar un objeto de referencia que se estime suficiente, respecto del cual otras situaciones (que no lo alcancen) serían adelantamientos. En este sentido hay que delimitar el núcleo básico de intervención penal, el «injusto originario». Señala que el bien jurídico es un concepto material adecuado para servir de referencia, pero que debe ser complementado con la determinación del tipo de conducta frente a la que se debe reaccionar⁹⁸⁴. Al identificar a la organización criminal como injusto originario y a la seguridad pública como potencial bien jurídico, sólo queda el nexo que una ambas, y éste viene de la mano con las tendencias dogmáticas que fundamentan la anticipación punitiva y su consecuente legitimidad.

A) Tesis de la anticipación

Resulta evidente que la incriminación de la pertenencia a una organización criminal -medida en base en el modelo de un bien jurídico de titularidad individual- supone una expansión del ordenamiento jurídico penal hacia el estadio previo a tal lesión de un bien jurídico individual. Este es el punto de

⁹⁸³ POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., pág. 313.

⁹⁸⁴ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M^a Isabel, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Universidad de Valladolid, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Valladolid, 1999, pág. 16.

partida de la llamada teoría de la anticipación: la perspectiva de la determinación del injusto se proyecta sobre los futuros delitos cuya comisión por parte de la organización se teme⁹⁸⁵.

Según RUDOLPHI, principal impulsor de esta tesis, la mera existencia de la organización criminal -o más exactamente la intervención en ella- constituye, respecto de los delitos cometidos a través del colectivo en relación con los bienes jurídicos del Estado y de los ciudadanos individuales, una “fuente de peligro incrementado”: la organización una “dinámica autónoma” que, por un lado, está en condiciones de reducir las barreras inhibitorias individuales y, por otra parte, reduce de modo decisivo las dificultades para la comisión de infracciones⁹⁸⁶, aunque esta tesis ya aparecía defendida en la doctrina italiana por FRANCHINA⁹⁸⁷.

La especial peligrosidad justificaría una “excepcional intervención” contra la organización y permitiría que la organización sea combatida ya en el estadio previo de la preparación. De acuerdo con este planteamiento, no sería posible identificar un objeto de protección, en consecuencia se entendería que el bien jurídico en este caso sería idéntico al conjunto de bienes jurídicos tutelados en la parte especial, constituyéndose los delitos de organización como meros delitos de peligro abstracto⁹⁸⁸.

La principal objeción que se plantea frente a la doctrina de la anticipación es que reduce sin necesidad la perspectiva del análisis exclusivamente al aspecto del adelantamiento de la criminalización, sin alcanzar a identificar el bien jurídico específico⁹⁸⁹, orientado sólo por la peligrosidad que representa para los

⁹⁸⁵ CANCIO MELIÁ, Manuel, *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, Editorial Reus, Madrid, 2010, pág. 101.

⁹⁸⁶ RUDOLPHI, Hans Joachim, «Verteidigerhandeln als Unterstützung einer krimineller oder terroristischen Vereinigung i. s. der §§ 129 und 129a StGB», en *Festschrift für H.-J. Bruns zum 70. Geburtstag*, Köln 1978, pág. 317 y sigtes.

⁹⁸⁷ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., págs. 139 y sigtes.

⁹⁸⁸ CANCIO MELIÁ, Manuel, *Los delitos de terrorismo*, op. cit. págs. 101-102.

⁹⁸⁹ CANCIO MELIÁ, Manuel, *Los delitos de terrorismo*, op. cit. pág. 103-104.

bienes jurídicos individuales que serían afectados por el proyecto criminal. A partir de ese momento, la regla de la impunidad de los actos preparatorios habría sufrido una fractura irreparable⁹⁹⁰.

En suma, como indica en forma crítica JAKOBS, “quien castiga por hechos futuros, no tiene ya ningún motivo para dejar impunes los pensamientos. Si se interrumpe la organización interna de que el autor todavía domina, es inconsecuente detenerse ante la más importante fuente de todos los peligros que proceden de seres humanos”⁹⁹¹.

B) Tesis de los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales

Después de la tesis de la anticipación, se encuentra la postura de los bienes jurídicos colectivos, éste sector predominante de la doctrina que ve este ámbito no solo una anticipación, sino una reacción frente a un ataque directo contra un bien jurídico autónomo a identificar con la “paz interior” o “paz pública”⁹⁹² que comprendería también la “seguridad pública”.

Otro camino ensayado por el sector predominante de la doctrina es el de los bienes jurídicos colectivos, que ve en este ámbito no sólo una anticipación, sino ante todo una reacción frente a una ataque directo contra un bien jurídico autónomo a identificar con la “la paz interior”, o bien el “la seguridad pública interior” o “la seguridad pública estatal y el orden estatal”. Así pues, otras aproximaciones a un bien jurídico colectivo añaden la referencia de seguridad su vínculo con la organización del Estado: en diversas formulaciones, se alude al

⁹⁹⁰ ZIFFER, Patricia, *El delito de asociación ilícita*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, pág. 85.

⁹⁹¹ JAKOBS, Günther, *Fundamentos del Derecho penal*, trad. Manuel Cancio Meliá y Enrique Peñaranda Ramos, Ad-hoc SRL, Buenos Aires, 1996, pág. 216.

⁹⁹² En opinión de POLAINO NAVARRETE, la alteración de la “paz pública” sería la finalidad de las organizaciones criminales. *Vid.* POLAINO NAVARRETE, Miguel, «Delitos contra el orden público (V). Delitos de terrorismo», en COBO DEL ROSAL, Manuel, *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, tomo II, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 906.

“poder coactivo del Estado” como elemento que resulta dañado por los delitos de organización⁹⁹³.

En opinión de CANCIO MELIA, dicha enumeración respecto al objeto de protección colectivos no es clara. En todo caso, a pesar de que los términos utilizados en este ámbito son en gran medida intercambiables, cabe distinguir ya a primera vista dos importantes matices: por un lado, se hace referencia la reacción jurídico-penal frente a una modificaciones en las percepciones fácticas de la sociedad que los delitos en cuestión producirían, es decir, al “ambiente” fácticamente existente en la población, se refiere a la sensación o sentimientos de (in)seguridad jurídica; por otro lado, con estos términos en ocasiones se pretende identificar la concurrencia fáctica de una situación objetivo-externa de “paz” o “seguridad” públicas en cuanto objeto de protección de los tipos penales de organización⁹⁹⁴.

De esta manera, no parece que pueda rechazarse la tutela penal de intereses colectivos, desconociendo las nuevas necesidades que se derivan de la evolución social. Lo que sí habrá de exigirse es una valoración de cada caso para determinar si realmente nos hallamos ante un objeto dotado de un auténtico contenido material que justifique sea digno de tutela penal⁹⁹⁵. Por cuanto de manera preliminar pareciera que, la concurrencia fáctica de paz o de seguridad (pública) van asociadas como bienes objeto de protección, en torno a la necesidad de protección contra los delitos de organización criminal.

Ante la cuestión de qué es exactamente un bien jurídico colectivo, se ha señalado que, dentro de los bienes jurídicos protegidos son individuales aquellos que sirven a los intereses de una persona o de un determinado grupo de personas, y que a los que sirven a los intereses de muchas personas los denominaremos

⁹⁹³ CANCIO MELIÁ, Manuel, *Los delitos de terrorismo*, op. cit. págs. 104-105.

⁹⁹⁴ CANCIO MELIÁ, Manuel, *Los delitos de terrorismo*, op. cit. págs. 105-106.

⁹⁹⁵ DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. / DE LA MATA BARRANCO, Ignacio, «La figura de la autorización», op. cit., pág. 486.

bienes jurídicos colectivos o universales. Un bien será colectivo cuando sea conceptual y jurídicamente imposible dividir este bien en partes y asignar una porción de este a un individuo. Todo bien jurídico colectivo es así caracterizado por el hecho de poder ser disfrutado por cada miembro de la sociedad, por lo que no es posible relacionarlo en todo o en parte a un único sector de la misma⁹⁹⁶. Para definir el concepto de bien jurídico colectivo, se emplean todos los conceptos de no exclusión sobre el uso y de no-rivalidad en el consumo⁹⁹⁷. Y para su protección se adecuan los delitos de peligro abstracto.

Sobre la misma línea, en el caso de los bienes jurídicos colectivos se busca una priorización del ser humano por encima de las necesidades sociales. La protección de bienes jurídicos colectivos se proyecta como expresión de un nuevo orden solidario no implica suplantación del individuo por la colectividad sino, precisamente, en consecuencia el potenciamiento de este desarrollo individual o en los grupos que los integra⁹⁹⁸. A esto se añade que la mayoría de los nuevos delitos de peligro abstracto son figuras orientadas a la tutela de bienes jurídicos de carácter supraindividual -colectivos o universales-, tales como la salud o la seguridad pública. Fenómeno que se sitúa también en el contexto de la denominada “sociedad de riesgo”⁹⁹⁹.

Evidentemente, para que los delitos de peligro abstracto resulten compatibles con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y con el principio de ofensividad, es necesario: por una parte, que a través de los mismos se intente proteger bienes jurídicos merecedores de pena, constitucionalmente

⁹⁹⁶ HEFENDEHL, Ronald, «¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros?, bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto», *RECPC*, 04-14, 2002, págs. 3 sig.

⁹⁹⁷ HEFENDEHL, Ronald, «El bien jurídico como eje material de la norma», traducido por María Martín Lorenzo, en HEFENDEHL, Ronald, *La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, trad. María Martín Lorenzo, Marcial Pons, Madrid, 2007, pág. 188. / *Vid.* también, en una edición más actual, HEFENDEHL, Ronald / VON HIRSCH, Andrew / WOHLERS, Wolfgang, (eds.) *La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, trad. María Martín Lorenzo, Marcial Pons, Madrid, 2016, págs. 75-76.

⁹⁹⁸ SANTANA VEGA, Dulce María, *La protección de los bienes jurídicos colectivos*, Dykinson, Madrid, 2000, pág. 92.

⁹⁹⁹ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M^a Isabel, *El moderno Derecho penal*, op. cit., pág. 38.

legítimos y dotados de una especial relevancia social, puesto que implica una ampliación muy importante de la tutela penal; por otra parte, que a través de los delitos de peligro abstracto se tipifiquen aquellas conductas que solo en algunos casos aparezcan como generalmente peligrosas para el bien jurídico que se trata de proteger, y no aquellas conductas que sólo en algunos casos aparecen como peligrosas; en último lugar, que en el caso concreto el comportamiento sea efectivamente peligroso para el bien jurídico protegido¹⁰⁰⁰. Por su parte, MIR PUIG plantea que se debe tener como criterio regulador de la proporcionalidad a la trascendencia social que el delito o peligro implica para la sociedad, en consecuencia, la gravedad del hecho cometido o la peligrosidad del sujeto respectivamente¹⁰⁰¹.

Pese a esto, la crítica principal que se ha dirigido contra estas posiciones coincide en su núcleo con la tesis de la anticipación: la indeterminación de las descripciones utilizadas por este sector para caracterizar el objeto de protección colectivo abriría las puertas a una criminalización ilimitada, y ésta sería la principal crítica contra tal posición, asociándola con la tesis de la anticipación, es decir, la indeterminación de las descripciones utilizadas por este sector para caracterizar el objeto de protección colectivo abriría, según voces críticas, las puertas a una criminalización ilimitada¹⁰⁰².

C) Tesis funcionalista normativa

Por regla general los actos preparatorios permanecen impunes, pues están tan alejados de la consumación que no podrían aparecer como una amenaza seria para el bien jurídico protegido. A ello se añade que con frecuencia el dolo del delito no puede ser probado inequívocamente. Dicha aseveración tiene su límite cuando nos encontramos frente a cierta clase de tipos penales cuya peculiaridad

¹⁰⁰⁰ AGUADO CORREA, Teresa, *El principio de proporcionalidad en el Derecho penal*, Edersa, Madrid, 1999, pág. 394.

¹⁰⁰¹ MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y método*, 2ª ed., B de F, Montevideo, 2003, pág. 141.

¹⁰⁰² CANCIO MELIÁ, Manuel, *Los delitos de terrorismo*, op. cit. págs. 106-107.

demanda una intervención especialmente temprana¹⁰⁰³. También puede haber actos que constituyen delitos autónomos caracterizados por su manifestación típica y una gran peligrosidad, independientemente de que el autor haya ideado la comisión de un determinado delito¹⁰⁰⁴.

Según entiende JAKOBS, el bien jurídico no puede ser reparado con una pena, ya que la pena estaría vinculada a eventuales delitos que se cometan en el futuro. Al hilo de la crítica sobre los bienes jurídicos, se pregunta si se utilizará la pena para reparar aquel daño que sí es susceptible de eliminar. Aquí claramente se refiere a la vigencia de la norma¹⁰⁰⁵. En este sentido afirma que las normas regulan el contenido de la relaciones entre personas, por lo tanto, las normas son un asunto social y su estabilización es estabilización de la sociedad¹⁰⁰⁶.

Hasta aquí queda claro que la tesis funcionalista erige a la propia vigencia de la norma en aquello que el Derecho penal debe proteger. Además presenta como técnica de adelantamiento de la punibilidad lo que se denomina “Derecho penal del enemigo”¹⁰⁰⁷, aplicada a determinados delitos que por su singular índole necesitan una respuesta excepcional, para de esta manera neutralizar los más tempranos signos delictivos.

Sobre esta línea, en los delitos con un injusto meramente parcial no se infringen normas principales descriptivas de los delitos de lesión, sino las normas de flaqueo cuya misión es garantizar las condiciones de la vigencia de las normas principales. Para poder enjuiciar la legitimidad de estas normas de

¹⁰⁰³ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 562.

¹⁰⁰⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 563.

¹⁰⁰⁵ JAKOBS, Günther, «¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o vigencia de la norma?», trad. Manuel Cancio Meliá, en MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord.), *El funcionalismo en el Derecho penal. Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs*, tomo I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, págs. 53.

¹⁰⁰⁶ JAKOBS, Günther, «¿Qué protege el Derecho penal», op. cit., pág. 53.

¹⁰⁰⁷ *Vid.*, ampliamente sobre este tema, JAKOBS, Günther / CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, 2ª ed., Editorial Aranzadi-Cizur Menor, Navarra, 2006, *passim*.

flanqueo, es necesario echar un vistazo a las condiciones de vigencia de las normas. Una norma es eficaz si presta lo que ha de prestar: el aseguramiento de las expectativas de conducta¹⁰⁰⁸. O como también se denominan: “expectativas sociales”¹⁰⁰⁹. Para ello es necesario que la norma sea reconocible *ex ante* como estable por el potencialmente afectado¹⁰¹⁰.

La técnica de legislativa del Derecho penal del enemigo no puede producirse, en todo caso, con carencia de garantías jurídico-penales. En primer lugar, el autor no puede, sin más, ser penalizado por manifestar su enemistad frente a los bienes jurídicos, sino que es preciso reconocerle su ámbito privado, un estatus mínimo de derechos de su persona: en este sentido, afirma JAKOBS que “el autor no sólo ha de ser considerado en cuanto potencialmente peligroso para los bienes de la víctima, sino que debe ser definido también de antemano, por su derecho a una esfera externa de control”¹⁰¹¹.

Ahora bien, de acuerdo con el funcionalismo normativo, la organización criminal constituye un tipo delictivo que estaría encuadrado dentro del denominado “Derecho penal del enemigo”. Bajo esta perspectiva, la organización criminal dejaría de ser un asunto privado debido a que su existencia constituiría una amenaza para la esfera social, puesto que los sujetos que la constituyen con

¹⁰⁰⁸ JAKOBS, Günther, «Criminalización en estadio previo a la lesión de un bien jurídico», trad. Enrique Peñaranda Ramos, en *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997, pág. 314.

¹⁰⁰⁹ Sobre este punto, POLAINO-ORTS expone que “la expectativa social es mucho más que un esperanza o una posibilidad, y lo es por dos motivos bien relevantes: primero, porque se vincula con la *ratio essendi* de la norma jurídica, que es tanto como decir la propia razón de ser de todo el Derecho; y segundo, porque la expectativa se relaciona íntimamente con el mismo concepto de derecho”. *Vid.* POLAINO-ORTS, Miguel, *Funcionalismo normativo. Bases dogmáticas*, op. cit., pág. 85.

¹⁰¹⁰ JAKOBS, Günther, «Criminalización en estadio previo», op. cit., pág. 314.

¹⁰¹¹ POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit. págs. 51-52. / Sobre el ámbito privado de un conjunto de sujetos, JAKOBS se pregunta: ¿Es pues la constitución de bandas un asunto privado? En la medida en que con esta pregunta se insinúa que la persecución de fines antijurídicos no podría ser una cuestión privada, por ella se ve afectada no sólo la constitución de bandas, sino la concepción en su conjunto. *Vid.* JAKOBS, Günther, «Criminalización en estadio previo», op. cit., pág. 299. / Cfr. también JAKOBS, Günther, *Fundamentos del Derecho penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, pág. 192.

su conducta se desenvuelven -de manera permanente- al margen de la norma¹⁰¹², y al no prestar fidelidad a la norma tendrían que ser “hetero-administrados”¹⁰¹³, puesto que su auto-organización personal escapa de su control e invade otras esferas, al permanecer al margen de la norma y por formar parte de una estructura organizativa. En consecuencia, los sujetos integrantes de la organización serían considerados “enemigos”¹⁰¹⁴ en sentido funcionalista, esto es, previa aclaración de que lo son desde un punto de vista estrictamente normativo, es decir, alejándonos de cualquier concepto ontológico. El término enemigo -en tal sentido normativo- llegaría a ser -científicamente- provocativo, sin perjuicio de que lo que realmente se produce es una “despersonalización”¹⁰¹⁵ de los sujetos. Razón por la cual serían excluidos del sistema social, o más propiamente -como indica JAKOBS- no serían objeto de una exclusión sino de una “autoexclusión”¹⁰¹⁶ por parte del propio sujeto.

En efecto, el delito de organización criminal produce una anticipación de la punición a un momento que, si bien es previo a la lesión de un bien jurídico, ya expresa que el autor no se atiene a la norma, constituyendo el “mínimo” de la conducta legítimamente punible¹⁰¹⁷. Se reprime un “injusto parcial” -de manera previa- con la finalidad de garantizar la vigencia de las normas principales¹⁰¹⁸. Dicho de otra manera por SOLER y de forma muy acertada, sería una especie de “doble coraza protectora”, sin que ello implique -a nuestro juicio- la vulneración del principio *ne bis in idem*, puesto que una lo defiende contra la destrucción y

¹⁰¹² El ámbito de administración del sujeto gira en función a los deberes negativos, es decir, su ámbito de organización no debe producir un resultado que lesione a otros. *Vid.* JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, trad. Manuel Cancio Meliá / Bernardo Feijóo Sánchez, Civitas, Madrid, 2003, pág. 29.

¹⁰¹³ JAKOBS, Günther / CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal*, op. cit., págs. 68-69.

¹⁰¹⁴ Con razón se ha indicado que «el concepto de enemigo es relativo en todos los sentidos, de manera que cualquier generalización supone prostituir el concepto funcionalista de enemigo» *Vid.* POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., pág. 186.

¹⁰¹⁵ VAN WEEZEL, Alex, «Persona como sujeto de imputación y dignidad humana», en CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ JARA-DÍEZ, Carlos (coord.), *Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión*, vol. 2, Edisofer, Madrid, 2006, pág. 1096.

¹⁰¹⁶ JAKOBS, Günther / CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal*, op. cit., pág. 80.

¹⁰¹⁷ ZIFFER, Patricia, *El delito de asociación*, op. cit., pág. 61.

¹⁰¹⁸ ZIFFER, Patricia, *El delito de asociación*, op. cit., págs. 61-62.

otra prohíbe incluso el mero hecho de crear peligros (efectivos) para ese mismo bien¹⁰¹⁹.

Respecto de la confirmación de la vigencia de la norma, POLAINO-ORTS explica la dinámica delito-pena de la siguiente manera: todo delito infringe una expectativa socialmente garantizada y consiste en el quebrantamiento de una norma jurídico-penal, esto es, en el no reconocimiento de la vigencia de una norma. Por ello, toda acción delictiva conlleva una carga de expresividad comunicativa y de simbolismo que expresa que, para el autor de tal conducta desaprobada, no rige la máxima contenida en la norma: ese autor proclama, con su acción, un mundo alternativo, contrario o diferente al esbozado en una norma jurídico-penal y, en este sentido, ese mensaje contrario a la norma supone un cuestionamiento de su vigencia por parte de tal autor, es decir, una desautorización de la vigencia de la norma. La desaprobación manifestada mediante la realización de un delito ha de ser contrarrestada con la imposición de una pena, de tal manera que la norma siga teniendo vigencia¹⁰²⁰.

La comunicación que producen los integrantes con relación a que no habrán de atenerse a la norma en el futuro es lo que privaría a actos alejados del menoscabo del bien jurídico de la garantía frente a anticipaciones de la punibilidad, en tanto tales actos, por sí mismos, son aptos para poner en cuestión la vigencia de la norma en forma actual, y no meramente futura¹⁰²¹.

Una confianza mínima de la colectividad en la norma es presupuesto de la vigencia de la misma¹⁰²². Dicha validez fáctica de la propia norma se vería cuestionada (quebrantada) cuando se pone en duda su vigencia, por medio del

¹⁰¹⁹ SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, tomo II, Tea, Buenos Aires, 1992, pág. 197.

¹⁰²⁰ POLAINO-ORTS, Miguel, «Vigencia de la norma: El potencial del sentido de un concepto», en JAKOBS, Günther / POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, *El bien jurídico, vigencia de la norma y daño social*, Ara Editores, Lima, 2010, págs. 61-62.

¹⁰²¹ ZIFFER, Patricia, *El delito de asociación*, op. cit., pág. 62.

¹⁰²² CANCIO MELIÁ, Manuel, *Los delitos de terrorismo*, op. cit. pág. 109.

consciente desconocimiento de la norma¹⁰²³. Por último, la legitimación de la anticipación punitiva -de acuerdo a esta tesis- gira en función al quebrantamiento de las normas de flaqueo, que se materializa con la creación de la organización criminal. En este caso el bien jurídico afectado sería la propia norma, por lo cual debería restituirse la misma, mediante la confirmación de la vigencia de la norma, la cual se hace efectiva con la sanción penal.

Resumiendo, JAKOBS critica que el Derecho penal tenga que proteger el bien jurídico manifestando que “puede intentarse presentar al Derecho penal como protección de bienes jurídicos, pero sólo de modo bastante forzado. El Derecho es la estructura de la relación entre personas, que a su vez pueden representarse como titulares de determinados roles; la determinación del comportamiento no permitido, a través de diversos institutos de la así llamada teoría de la imputación objetiva, obliga a tener en cuenta el contexto social, a determinar un rol social incluso para los deberes negativos”¹⁰²⁴. Por lo que de lo expuesto se puede deducir que primaría entonces la vigencia de la norma con respecto al bien jurídico, y aun se constituiría la propia vigencia de la norma como bien jurídico, situación sobre la que nos pronunciaremos a continuación.

D) Recapitulación

Como se ha visto en primera instancia, el modelo de anticipación concibe a los delitos de organización criminal, no como lesión actual del bien jurídico, sino sobre todo desde la perspectiva de las infracciones que posteriormente se cometerán en el marco de la organización, que afectarían propiamente a bienes jurídicos individuales¹⁰²⁵.

En tal sentido, esta posición no sería de utilidad en nuestra investigación, puesto que fundamentar la anticipación de la peligrosidad que la organización

¹⁰²³ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 59.

¹⁰²⁴ JAKOBS, Günther, « ¿Qué protege el Derecho penal», op. cit., pág. 56.

¹⁰²⁵ CANCIO MELIÁ, Manuel, *Los delitos de terrorismo*, op. cit., pág. 111.

representa para bienes individuales o singulares saca totalmente de contexto el carácter colectivo de la sociedad, que es lo que aquí nos interesa y que es afectada directamente; es decir, si bien el programa criminal está dirigido contra bienes jurídicos individuales, éstos gozan ya de una tutela penal. Lo que aquí interesa es el estadio previo y lo que la creación de una organización criminal representa para el colectivo social.

En el caso de la legitimación en función de los bienes jurídicos colectivos, la principal crítica que se plantea es referente a la indeterminación de que adolecen las descripciones utilizadas por este sector, las cuales abrirían las puertas a una criminalización ilimitada¹⁰²⁶. Por otro lado, también se ha manifestado el temor de que la opción de tomar como punto de referencia la afectación fáctica de la “paz jurídica”, por medio de una actitud de “enemistad frente al ordenamiento jurídico”, puede significar que con ello “se potencie una subjetivación difícilmente compatible con el principio del hecho”. Ahora bien, a la hora de la valoración de estas aproximaciones, parece adecuado distinguir entre la vertiente colectivo-subjetiva y la vertiente fáctica de las correspondientes nociones de objeto de protección¹⁰²⁷.

Con precisión, CANCIO MELIÁ considera que la propuesta de JAKOBS sobre las condiciones cognitivas de vigencia de la norma da un paso más allá, puesto que el aspecto de la peligrosidad quedaría así vinculado al plano genuinamente jurídico-penal, el de la vigencia de la norma¹⁰²⁸. Y advierte que ha de constatarse que la construcción de JAKOBS está elaborada con carácter general respecto a la cuestión de la anticipación de la criminalización y no de modo específico para los delitos de organización. La afectación de esa cimentación cognitiva es definida de manera predominante como amenaza, es decir, como arrogación de la organización que consiste en el anuncio de la comisión futura de delitos. De este modo, la fundamentación del injusto también quedaría trabada en

¹⁰²⁶ CANCIO MELIÁ, Manuel, *Los delitos de terrorismo*, op. cit., pág. 107.

¹⁰²⁷ CANCIO MELIÁ, Manuel, *Los delitos de terrorismo*, op. cit., pág. 115.

¹⁰²⁸ CANCIO MELIÁ, Manuel, *Los delitos de terrorismo*, op. cit., pág. 114.

la prevención. Por lo que llegaría a ser difícil la aprehensión específica de la dimensión colectiva¹⁰²⁹.

En este sentido se tiene que tener presente la relevancia social que presenta del factor colectivo, es decir, cuando se habla de una organización criminal no se está haciendo referencia a colectivos que en principio actúan en la vida jurídica normal, sino precisamente a aquellas organizaciones frontalmente opuestas al ordenamiento jurídico, que por esa misma naturaleza no son reconocidas en derecho como tales¹⁰³⁰. Y que para aprehenderlas jurídicopenalmente no hay otra alternativa que configurarlas como organizaciones que presenten una determinada estructura interna, una cierta densidad, a la hora de aprehender dogmáticamente el tipo¹⁰³¹. Para JAKOBS, la integración en el colectivo comporta un desplazamiento de la definición de la “esfera privada”. Las conversaciones informales entre personas deben ser consideradas estrictamente como pertenecientes a la esfera privada; se hallan antes de todo “hecho” de una conducta externamente perturbadora que permita una indagación acerca de la esfera interna¹⁰³². Sin embargo, se utiliza una noción que es lo suficientemente coherente de organización y de conducta de integración en ella, de forma que el propio ingreso a la organización criminal es ya un comportamiento objetivamente fijado en su significado¹⁰³³.

Estas manifestaciones de conformaciones colectivas transidas de una naturaleza delictiva y que se sitúan frontalmente contra las normas, constituyen una relevancia social negativa, y claramente una amenaza real para la sociedad. Sobre la amenaza que representa la organización criminal, comenzamos indicando que el término amenaza (de acuerdo con la DRAE) tiene el significado

¹⁰²⁹ CANCIO MELIÁ, Manuel, *Los delitos de terrorismo*, op. cit., pág. 114 / También CANCIO MELIÁ, Manuel, «El injusto de los delitos de organización: peligro y significado», en *RGDP*, nº 8, Noviembre 2007, pág. 25.

¹⁰³⁰ CANCIO MELIÁ, Manuel, *Los delitos de terrorismo*, op. cit., pág. 122.

¹⁰³¹ CANCIO MELIÁ, Manuel, *Los delitos de terrorismo*, op. cit., pág. 123.

¹⁰³² Citado por CANCIO MELIÁ, Manuel, *Los delitos de terrorismo*, op. cit., pág. 125.

¹⁰³³ CANCIO MELIÁ, Manuel, *Los delitos de terrorismo*, op. cit., pág. 125.

de “dar a entender con actos o palabras que se quiere hacer algún mal a alguien”. En nuestro caso nos quedaríamos con la primera parte del significado, es decir, la organización criminal daría a entender con actos que constituye una amenaza y un potencial peligro para la sociedad.

Por último, cabe puntualizar que las organizaciones criminales tienen ausencia de “publicidad”, y el motivo principal por el que omiten dicha publicidad es porque de ello depende el éxito de la organización criminal, por lo que en muchos casos tales organizaciones buscan evitar trascender y -por tanto- de mantener sus planes en secreto¹⁰³⁴.

Lo que especialmente nos interesa resaltar es el hecho de que la constitución o existencia de la organización criminal altera el equilibrio normativo-social, dejando expuesta a la colectividad. En este punto calificaríamos su existencia como un peligro, entendiendo de acuerdo a la RAE que el “peligro es un riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal”¹⁰³⁵.

IX.- Complementariedad de la seguridad pública (bien jurídico colectivo) y la vigencia cognitiva de la norma

Llegados a este punto, hasta aquí se ha podido apreciar que existen diferencias relativas a las distintas propuestas legitimadoras de la anticipación punitiva, y para el caso del fenómeno delictivo objeto de nuestro estudio, concretamente las que postulan el reconocimiento de los bienes colectivos y la confirmación de la vigencia de la norma. Ahora bien, tales diferencias no llegan a ser tan radicales como aparentan, al contrario llegarían a ser complementarias. Bajo este ponderado argumento, desarrolla acertadamente su propuesta sobre esta problemática POLAINO NAVARRETE. Cabe aclarar que su argumentación gira en

¹⁰³⁴ ZIFFER, Patricia, *El delito de asociación*, op. cit., pág. 39.

¹⁰³⁵ DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 22ª ed., tomo II, Editorial Espasa Calpe, Madrid, 2001, pág 1715.

torno a una idea complementaria -no excluyente, sino integradora- entre “bien jurídico y vigencia de la norma”, en el sentido de que el contenido material del injusto típico ha de tener una base valorativa que no puede circunscribirse a una concepción formalista, tautológica y uniforme de la norma y del sentido orientador de (diferentes) conductas en la Sociedad. Pero consideramos que puede servirnos de argumento para pulir la idea de proponer la “seguridad pública” como objeto de protección en los delitos de organización criminal y la vigencia cognitiva de la norma como consecuencia de dicha protección¹⁰³⁶.

Pues bien, el citado autor afronta en este punto a su vez una revisión de la concepción funcionalista normativa de JAKOBS por la que se critica la concepción tradicional del bien jurídico en base a los siguientes argumentos: a) la lesión o puesta en peligro del bien no sirve para definir de manera exclusiva el contenido de injusto en el Derecho penal, en tanto que se trata de un suceso compartido con los fenómenos naturales; b) La secuencia delito-pena no puede explicarse de manera negativa (como imposición de un mal ante un mal cometido), sino positiva: como reafirmación de la vigencia quebrada de la norma; c) la norma pasa a ser elemento definidor de la dinámica de protección del Derecho penal, trasladándose la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos a un segundo plano. Y ello porque el concepto de bien jurídico ofrece deficiencias a la hora de definir el ámbito de protección o tutela penal: ante todo, porque la lesión consumada es, a veces, irreparable, de manera ya entonces la protección de bienes jurídicos ha sido ineficaz¹⁰³⁷.

En relación con este planteamiento, el Prof. POLAINO NAVARRETE indica que la protección de bienes jurídicos es el contenido, y la prevención de los delitos es el fin, en otras palabras, la protección de bienes jurídicos es la “función” y la confirmación de la vigencia de la norma la “consecuencia directa”

¹⁰³⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel, «Protección de bienes jurídicos», op. cit., pág. 47.

¹⁰³⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel, «Protección de bienes jurídicos», op. cit., pág. 47.

de esa función¹⁰³⁸. Por ello, desde esta perspectiva, el bien jurídico, en tanto objeto de protección típica, se convierte en un concepto esencial del Derecho penal, del cual no puede prescindirse si se quiere tener una imagen fiable y completa del fenómeno criminal¹⁰³⁹.

La norma no tendría por tanto el -impropio y tautológico- cometido de autoprotegerse a sí misma, sino de proteger inmediatamente los bienes y valores que se contienen en ella tras un proceso normativo de evaluación de la conducta personal en la Sociedad -de la que el Derecho penal es un subsistema-, y mediatamente protege también de ese modo la vigencia de la norma integrante de la estructura social determinada¹⁰⁴⁰.

Por consiguiente, ambos conceptos -bien jurídico y vigencia de la norma- han de ser entendidos en absoluto como incompatibles entre sí, sino todo lo contrario: ambos se exigen mutuamente, de manera que la norma es la forma y el bien jurídico, el contenido¹⁰⁴¹. La función primordial del Derecho penal es la función de protección de bienes jurídicos y prevención de ataques lesivos a los mismos¹⁰⁴². De esta manera queda en un segundo lugar -o, más exactamente, en un plano de fondo, para no desenfocar la cuestión- la vigencia de la norma. La cual no es una función propiamente dicha, sino la consecuencia directa y principal que la función tutelar-preventiva que el Derecho penal tiene en el sistema social. De lo dicho se desprende que la tarea de protección de bienes jurídicos no es incompatible con el mantenimiento de la vigencia de la norma: la protección de bienes jurídicos (función primordial y legitimante del Derecho penal) y la protección de la vigencia de la norma son dos actividades que juegan en un plano diferente: la primera legitima el sistema punitivo, la segunda

¹⁰³⁸ Citado por ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A., «Acerca de la teoría de bienes jurídicos», en *Revista Penal*, nº 16, 2005, pág. 20.

¹⁰³⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, «Protección de bienes jurídicos», op. cit., pág. 51.

¹⁰⁴⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel, «Protección de bienes jurídicos», op. cit., pág. 52.

¹⁰⁴¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, «Protección de bienes jurídicos», op. cit., pág. 54.

¹⁰⁴² POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos científicos del Derecho penal*, tomo I, 6 ed., actualizada con la colaboración de Miguel POLAINO-ORTS, Bosch, Barcelona, 2008, pág. 144

configura la estructura del sistema jurídico, y por lo tanto social¹⁰⁴³. En consecuencia, la tarea de protección de los bienes jurídicos no es incompatible con el mantenimiento de la vigencia de la norma. Antes bien, ambas cuestiones se reclaman mutuamente, aunque jueguen en un plano diferente: la primera legitima el sistema punitivo, y la segunda configura la estructura del sistema punitivo¹⁰⁴⁴.

Trasladando dicha argumentación a nuestro tema de estudio, la legitimidad de la anticipación punitiva se daría en base a la necesidad de protección de la “seguridad pública” como bien jurídico en los delitos de organización criminal y de manera paralela la vigencia cognitiva de la norma como el resultado directo de dicha protección. Al ser la organización criminal un delito autónomo, y cuya sola existencia constituye un injusto que debido a su relevancia social -factor colectivo asocial- quebranta ya la norma, pero -como indica la argumentación que seguimos que rehúsa una formalista acepción genérica y tautológica- la norma en rigor no puede autoprotgerse a sí misma, porque sería como un cuerpo vacío sin contenido; entonces la seguridad pública llena dicho vacío, formando así un solo cuerpo legitimador de la anticipación penal, que no sólo previene sino que sanciona en el momento presente, debido a que la organización criminal es normativamente considerada por sus propiedades intrínsecas y substanciales una amenaza de peligro real y efectivo (aquí y ahora).

¹⁰⁴³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 146.

¹⁰⁴⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, «Protección de bienes jurídicos», op. cit., pág. 55.

CAPÍTULO VI

IMPUTACIÓN SUBJETIVA Y PUNIBILIDAD

I.- Contextualización de la imputación subjetiva

La imputación subjetiva expresa la culpabilidad personal, es decir, el reproche normativo que el ordenamiento al autor del injusto típico asignándole su responsabilidad correspondiente a la infracción de la norma, en consecuencia la culpabilidad presupone o lleva implícita la capacidad del sujeto de ser imputable y tiene estricta naturaleza jurídica en cuanto juicio de reproche normativo, o en otras palabras de responsabilidad¹⁰⁴⁵. En palabras de TORÍO LÓPEZ, la culpabilidad toma en cuenta la relación subjetiva, personal, entre sujeto y acción. La antijuridicidad -por lo tanto- es condición necesaria, pero no suficiente, de la existencia del delito. Éste requiere la culpabilidad personal¹⁰⁴⁶.

La subsunción de un hecho en el tipo objetivo no es suficiente para imputarle ese hecho a alguien como obra suya, es necesaria una realización de la voluntad de la persona¹⁰⁴⁷, que podrá ser calificada como conducta típica si se determina su carácter doloso o imprudente. No existe ninguna duda sobre la necesidad de una participación subjetiva del autor del hecho, como condición de

¹⁰⁴⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, tomo II, Tecnos, Madrid, 2016, pág. 181.

¹⁰⁴⁶ TORÍO LÓPEZ, Ángel, «El concepto individual de culpabilidad», en *ADPCP*, tomo 38, fasc. II, 1985, pág. 285.

¹⁰⁴⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *El dolo eventual*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, págs. 13-14; *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código penal de 1995*, Colex, Madrid, 1997, págs. 98 y sigtes., con una crítica a la concepción subjetivomonista de Armin KAUFMANN.

la responsabilidad penal. Constituye una exigencia tanto de los principios como de las leyes hoy vigentes¹⁰⁴⁸.

Este tipo de situaciones reflejan la necesidad de empezar el examen de la tipicidad por el lado objetivo de la conducta, que sólo puede verse superado si se constata objetivamente el quebrantamiento de un rol o, lo que es lo mismo, la infracción de un deber -negativo o positivo- derivado del ámbito de competencias del sujeto, superando de esta manera los límites del riesgo permitido. Sólo de esta manera se garantiza que el Derecho penal no invada la esfera más íntima del ciudadano, y por tanto que no se reaccione frente a meras representaciones, o simples deseos o anhelos, más allá de su valoración específica como malintencionados, viles o perversos, que pueden ser censurables desde una perspectiva moral, pero de ninguna manera desde un punto de vista jurídico¹⁰⁴⁹. En este sentido, lo que interesa en este punto hace referencia a las concretas repercusiones que tiene el aspecto subjetivo desde un punto de vista jurídico, previa aclaración de que el aspecto objetivo da paso al aspecto subjetivo.

La imputación subjetiva expresa la culpabilidad personal, y a su vez ésta presupone la capacidad del sujeto, y tiene estricta naturaleza jurídica en cuanto juicio de reproche normativo¹⁰⁵⁰.

En el tipo subjetivo se valora si existe la infracción de un deber teniendo en cuenta el dato fáctico de los conocimientos o desconocimientos del autor¹⁰⁵¹. Llama la atención que la pregunta radical acerca del sentido o de la función de la

¹⁰⁴⁸ BACIGALUPO, Enrique, «Problemas actuales del dolo», en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Navarra, 2005, pág. 65.

¹⁰⁴⁹ CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de teoría del delito. Materiales de aplicación a la investigación y judicialización de los delitos cometidos en el ejercicio de la función pública*, Ara Editores, Lima, 2014, pág. 115.

¹⁰⁵⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., pág. 157.

¹⁰⁵¹ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *Imputación objetiva en Derecho penal*, Grijley, Lima, 2002, pág. 113.

imputación subjetiva en general sea plantada sólo en raras ocasiones¹⁰⁵², ya que en el sistema penal actual no es posible atribuir responsabilidad penal a una persona sin que exista una imputación subjetiva. Esta exigencia se deriva del principio de culpabilidad, según el cual a una persona no puede imponerse al autor por la sola aparición de un resultado lesivo, sino únicamente en tanto pueda atribuirse el hecho al autor como hecho suyo¹⁰⁵³.

En este sentido, el principio de culpabilidad exige la presencia de una imputación subjetiva, esto es, que el hecho haya sido cometido a título “doloso o culposo”, proscribiéndose toda forma de responsabilidad objetiva. En la categoría de la culpabilidad se exige que el injusto haya sido cometido por un sujeto penalmente responsable, es decir, por un sujeto capaz de desestabilizar la vigencia de las expectativas de conductas institucionalizadas en normas¹⁰⁵⁴.

Ahora bien, las nuevas concepciones objetivadoras del tipo le conceden una importancia al tipo objetivo, que la doctrina final de la acción le había negado. Dicho en otras palabras: el juicio de tipicidad comienza con el análisis acerca de si una determinada conducta ha superado los límites de lo jurídico-socialmente aceptado, para recién posteriormente abordar la imputación subjetiva, aplicar un orden inverso sería erróneo¹⁰⁵⁵. Sólo mediante una correcta determinación previa del alcance del tipo correspondiente es posible imputar un hecho a título de dolo o, en su caso, de culpa (esto es, imprudencia típica). El tipo objetivo constituiría el substrato u objeto de referencia del tipo subjetivo¹⁰⁵⁶.

¹⁰⁵² CANCIO MELIÁ, Manuel, «¿Crisis del lado subjetivo del hecho?», en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo / ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (coords.), *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, tomo I, Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 58.

¹⁰⁵³ GARCÍA CAVERO, Percy, «La imputación subjetiva y el proceso penal», en *Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminología*, vol. 26, nº 78, 2005, págs. 125-126.

¹⁰⁵⁴ GARCÍA CAVERO, Percy, «La imputación subjetiva», op. cit., pág. 128.

¹⁰⁵⁵ CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de teoría del delito*, op. cit. pág. 113.

¹⁰⁵⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *El dolo*, op. cit., pág. 93.

Normalmente cuando alguien quiere cometer un delito empieza por representarse el hecho al cual dirigirá su acción. Vista la representación del autor en un estadio previo al Derecho penal, esto es, en un nivel estrictamente psíquico, muestra una forma de orientación individual en los contactos sociales. Pero la cuestión que importa y que surge es si esos datos psíquicos en su configuración natural pueden fundamentar una imputación subjetiva. Dicho de otra manera: si la determinación de la relevancia penal del conocimiento a título de dolo o culpa dependería de la mera representación mental del autor sobre su hecho¹⁰⁵⁷.

En la dogmática jurídico-penal se han esbozado diversas teorías para concebir y dar contenido a la faceta subjetiva que completa el juicio de tipicidad. Estos planteamientos se pueden dividir en dos grandes grupos. Por un lado, las teorías psicologicistas, que -básicamente- parten de una concepción naturalista del mundo y llevan ese razonamiento al ámbito del Derecho penal, para concluir que la imputación subjetiva han de verificar la psique del actuante y determinar la existencia de ciertas representaciones mentales para configurar la imputación subjetiva. Y, por otro lado, se encuentran las teorías normativas que, partiendo de una premisa totalmente distinta, entienden que el conocimiento que le interesa al Derecho penal no es un dato psíquico que se halla en la mente del autor, sino que es el resultado de una atribución de sentido normativo a una forma del conocimiento humano¹⁰⁵⁸. Sobre ambas posturas a continuación haremos un breve examen referido a su fundamento.

¹⁰⁵⁷ CARO JOHN, José Antonio, «Imputación subjetiva», en CARO JOHN, José Antonio / POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal funcionalista. Aspectos fundamentales*, Flores Editor, México D. F., 2009, pág. 259.

¹⁰⁵⁸ CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de teoría del delito*, op. cit. pág. 117. / La concepción psicológica del dolo entiende que la afirmación según la cual una persona ha actuado dolosamente depende de que pueda acreditarse de modo fehaciente que ha realizado una conducta objetivamente típica contando con determinados conocimientos. De acuerdo con estas ideas el conocimiento en que se fundamenta el dolo se concibe como una realidad pretérita: lo que interesa son determinados fenómenos psicológicos existentes en el momento en que el hecho se llevó a cabo, un instante en que se ubica siempre en un pasado más o menos lejano en relación con el proceso penal. *Vid.* RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, J.M^a. Bosch, Barcelona, 1999, pág. 205.

A) Teoría psicologicista

Para las teorías psicologicistas, esta forma de concebir la imputación subjetiva el conocimiento penalmente relevante constituye una realidad pretérita, un fenómeno psíquico existente en el momento en el que se llevó a cabo la realización típica y que el juez debe tratar de reconstruir. A partir de esto se revelan algunos inconvenientes derivados de la visión antijurídica a partir de la cual conciben la imputación penal¹⁰⁵⁹.

Ya VON LISZT señaló que no basta con que el resultado pueda ser objetivamente referido a la manifestación del agente, sino que también debe darse subjetivamente asimismo la culpabilidad en el más amplio sentido, en cuanto responsabilidad del autor por el acto ilícito que ha realizado¹⁰⁶⁰. Entonces la relación subjetiva entre hecho y autor sólo puede ser psicológica¹⁰⁶¹, y el momento psicológico de la culpabilidad puede buscarse en la voluntad, en la imaginación o en el sentimiento¹⁰⁶².

También JIMÉNEZ DE ASÚA explicó que “los partidarios de esa teoría entienden que la culpabilidad halla su fundamento en la determinada situación de hecho predominantemente psicológica. De ahí el aserto de que la relación subjetiva entre el hecho y el autor es lo que vale. Según los que así piensan, la culpabilidad reside en ella. A juicio del autor citado, sin embargo, inciden en un error los que tal afirman. La imputabilidad es psicológica; pero la culpabilidad es valorativa, puesto que su contenido es un reproche, y no basta en ella a pesar de lo que supone RADBRUCH lo psicológico puro”¹⁰⁶³. Aclara que esos presupuestos

¹⁰⁵⁹ CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de teoría del delito*, op. cit. pág. 117.

¹⁰⁶⁰ VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho penal*, tomo II, trad. de la 20ª ed. alemana por Luis Jiménez de Asúa y Quintano Saldaña, Editorial Reus, Madrid, 1929, pág. 387.

¹⁰⁶¹ VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho*, op. cit., pág. 388.

¹⁰⁶² VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho*, op. cit., pág. 388 (nota al pie 3).

¹⁰⁶³ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Principios de Derecho penal. La ley y el delito*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, págs. 354-355.

de índole exclusivamente psicológica son el dolo y la culpa. Por ende, el hombre es culpable, con toda la simplicidad, por haber obrado dolosa o culposamente. Sólo la psique del autor es lo que debe considerarse para esta teoría de la culpabilidad¹⁰⁶⁴.

B) Teoría normativista

Para la teoría normativista, tanto “el dolo como la imprudencia” son conceptos normativos los cuales deben ser determinados por la ciencia dogmática y por la jurisprudencia, esto mediante la interpretación del derecho positivo. En definitiva, son conceptos cuya determinación depende de las normas penales¹⁰⁶⁵.

En sentido positivo, la teoría normativa concibe la culpabilidad como valoración de la conexión personal, no necesariamente psicológica, entre el sujeto y la acción. El contraste lógico entre ambas direcciones radica en concebir la culpabilidad como juicio de hecho o, por el contrario, como juicio de valor¹⁰⁶⁶.

Una concepción normativista determina la relevancia penal de lo subjetivo a partir de una visión que va desde lo externo hacia lo interno: lo externo aquí se configura por el significa social perturbador de la conducta específica y lo interno por el sentido normativo que se le atribuye al conocimiento¹⁰⁶⁷. Rechaza las teorías psicologicistas, al estimar que la imputación subjetiva no comprende el conocimiento como dato psíquico, sino más bien como atribución de sentido normativo a una forma determinada del pensamiento¹⁰⁶⁸.

¹⁰⁶⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, tomo V, La culpabilidad, 3ª ed., Editorial Losada, Buenos Aires, 1976, pág. 149.

¹⁰⁶⁵ Su distinción tiene gran relevancia práctica, ya que no sólo la imprudencia tiene contemplada una pena inferior, sino que en muchos casos la falta de dolo determina la impunidad de la conducta. *Vid.* FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *El dolo*, op. cit., págs. 15-16.

¹⁰⁶⁶ La teoría normativa entiende que la culpabilidad es una valoración negativa de las relaciones personales del sujeto con el hecho, a la que abreviadamente alude con el término reprochabilidad. *Vid.* TORÍO LÓPEZ, Ángel, «El concepto individual...», op. cit., pág. 289.

¹⁰⁶⁷ CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de teoría del delito*, op. cit. pág. 120.

¹⁰⁶⁸ CARO JOHN, José Antonio, «Imputación...», op. cit. págs. 259-260.

Con la denominación genérica de “concepciones normativas” se hace referencia a todos los planteamientos sobre la determinación del dolo que, por diversos motivos, rechazan el pilar teórico fundamental en que se sustenta la concepción psicológica, esto es, la idea de que la afirmación del dolo en un caso concreto depende de la averiguación de ciertos fenómenos psicológicos. Este rechazo puede ser atribuido a dos causas: por un lado, algunos autores entienden que la concepción psicológica padece del defecto de su puesta en práctica, por lo proponen criterios distintos para hacer practicable el concepto de dolo; por otro lado, otros autores consideran que, por principio, al Derecho penal no le interesa la realidad psicológica, sino otras realidades que permiten cumplir de un modo más efectivo su función en la sociedad¹⁰⁶⁹. En otras palabras, determinar si era competente para conocer la relevancia jurídica de su proceder, pues se trata, por tanto, de competencias de conocimientos¹⁰⁷⁰.

Ahora bien, al trasladar la visión del mundo natural al ámbito del Derecho penal, la opción psicológica se confunde en el plano naturalístico con el normativo, que es el que realmente interesa a la imputación subjetiva. Por tal razón, al tratar el conocimiento humano como un simple dato típico que debe ser acreditado en el proceso penal, surge inmediatamente la pregunta de cómo llevar a la práctica semejante contenido, esto es, demostrar una determinada representación mental existente al momento en que se produjo la acción delictiva¹⁰⁷¹.

Para JAKOBS, los hechos psíquicos *per se* no significan nada en absoluto, pues el requisito de la imputación subjetiva ha de poder explicarse de modo inmanente al sistema jurídico-penal en cuanto estructura de imputación¹⁰⁷². La

¹⁰⁶⁹ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, *El dolo y su prueba*, op. cit., pág. 275.

¹⁰⁷⁰ CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de teoría del delito*, op. cit. pág. 121.

¹⁰⁷¹ CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de teoría del delito*, op. cit. págs. 117-118.

¹⁰⁷² Citado por CANCIO MELIÁ, Manuel, «¿Crisis del lado subjetivo?», op. cit., pág. 75.

responsabilidad por el resultado constituye una mera responsabilidad por la causación, puesto que no todos los causantes son considerados competentes, sino que precisamente se trata de aislar como decisiva una de las acciones de efectos causales. Sin embargo, tal modelo no es un instrumento indicado para que funcione con él una sociedad de cuya identidad no forma parte la fe en un orden divino o mítico-natural, sino en la cual los seres humanos se hallan recíprocamente imbricados en régimen de reparto de tareas, siendo por ello necesario que se reconozcan por parte de los intervinientes determinados límites a la capacidad de control de los demás¹⁰⁷³.

Ya lo indicaría en su momento ZACHARIÄ al referirse a dónde conduce la renuncia a tratar de justificar la indagación de la vertiente subjetiva: «El juez, frente a todo el que entrase en una farmacia y demandase un veneno o frente a cualquiera que comprase un arma o se hubiese procurado escalas o sogas, estaría autorizado a inquirir si esto no habría ocurrido con la intención de perpetrar un delito y a intervenir en otros muchos casos de una forma escandalosa en la vida de los ciudadanos. Ciertamente quien tenga al Estado por una prisión que ha de obtener la moralidad por la fuerza y lamente de algún modo que no lleve cada hombre en el pecho un espejo que refleje y capture sus pensamientos para hacer reconocible cualquier pensamiento inmoral y poder así castigarlo, encontrará agrado en declarar punible cualquier posible indicio de la voluntad delictiva. ¡Ojalá, sin embargo, que nunca encuentren aplicación positiva semejantes principios!»¹⁰⁷⁴.

En otras palabras, el juez penal no está capacitado para leer la mente o conciencia de las personas -ni tampoco tal cometido es función suya-, por lo que ha de fundamentar en datos objetivables la apreciación de lo que el autor quiso representar en su mente en el momento del hecho.

¹⁰⁷³ CANCIO MELIÄ, Manuel, «¿Crisis del lado subjetivo», op. cit., pág. 75.

¹⁰⁷⁴ Citado por JAKOBS, Günther, «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», en *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997, pág. 303.

Queda claro entonces que la orientación es otorgarle un sentido más normativo -a la conducta- y en consecuencia el abandono de aquellos datos o elementos subjetivos individuales, esto como formas de imputación en las que se atribuye externamente una determinada actitud al agente¹⁰⁷⁵.

En disidencia con esta postura, se ha indicado que el sentido social de una acción no es la ejecución del rol configurado normativamente, sino que lo que modifica la valoración sería el conocimiento, un dato subjetivo que estaría al margen de cualquier estandarización del comportamiento desde el punto de vista de la ejecución de un rol, de modo que es el dolo el principal elemento que le atribuye sentido social a la acción y el conocimiento integra el componente intelectual del dolo¹⁰⁷⁶. Además se indica que no es posible prescindir del elemento volitivo del dolo porque sin este elemento no se puede comprender correctamente la relación entre tipo objetivo, esto es, la configuración objetiva del mundo exterior, y el tipo subjetivo¹⁰⁷⁷.

Todas estas idas y venidas entre las teorías psicologicistas y normativistas nos dan a entender que el debate dogmático sobre el aspecto subjetivo del delito sigue vigente y que, lejos de haber sido solucionado, hay mucho por desarrollar; por tanto, ello nos muestra lo complicado que será caminar sobre este espinado aspecto subjetivo de delito de organización criminal.

II.- Lo subjetivo como manifestación del fuero interno

El mero saber o conocer algo en sí mismo pertenecen al ámbito privado, es decir al fuero interno de la persona, en todo caso a aquello que determina su

¹⁰⁷⁵ CANCIO MELIÁ, Manuel, «¿Crisis del lado subjetivo», op. cit., pág. 61.

¹⁰⁷⁶ RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción (una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto)*, J.M^a. Bosch, Barcelona, 2001, pág. 322.

¹⁰⁷⁷ RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *La teoría de la imputación objetiva*, op. cit. pág. 328.

esencia como ser racional. El conocimiento en este nivel permite a su portador la opción de una determinada forma de orientación en el mundo social. En otras palabras, lo interno contiene una base cognitiva que traza un margen de lo que se puede conocer como mínimo para no fracasar en lo contactos sociales¹⁰⁷⁸.

Para JAKOBS, el ámbito privado es la relación que existe entre el ciudadano con el Estado, parte del ciudadano como sujeto. Cuando el Estado se inmiscuye en el ámbito privado termina la privacidad y con ella la posición del ciudadano como sujeto: en consecuencia, sin su ámbito privado el ciudadano no existe¹⁰⁷⁹, y por ello es imperativo limitar el ámbito privado.

Ya en su momento se pronunció también GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA y al respecto magistralmente sentenció: “la conciencia es un libro cerrado, donde ningún juez de la tierra puede leer”¹⁰⁸⁰.

En un consecuente desarrollo de este criterio de tomar como punto de partida penalmente incluso los pensamientos peligros de autores potenciales o, más aun, las fuentes de las que surgen estos pensamientos peligrosos. La réplica usual, que se presenta es que los pensamientos peligrosos no constituirían perturbación alguna para la vida social, no procede extraer de los principios de la protección de bienes, sino que tiene que ser obtenida desde fuera: una vida social no puede ser definida tan sólo a través de la integridad de bienes jurídicos; así no llega más allá de un archivo museístico¹⁰⁸¹.

¹⁰⁷⁸ CARO JOHN, José Antonio, «Imputación», op. cit. pág. 260.

¹⁰⁷⁹ JAKOBS, Günther, *Fundamentos del Derecho penal*, trad. Manuel Cancio Meliá y Enrique Peñaranda Ramos, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, pág. 188.

¹⁰⁸⁰ Continúa el ilustre comentarista: “Los crímenes del pensamiento -grandes muchas veces- sólo Dios puede descubrirlos, sólo él puede medirlos y castigarlos. Sin una confusión funesta de los límites de la moral y el derecho, los actos preparatorios internos no pueden ser considerados punibles. La justicia humana sentiría toda la impotencia de su arrogancia, cuando al querer reprimirlos se encontrara con que carecía absolutamente de medios para probar su existencia”. *Vid.* GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, tomo I, Burgos, 1870, pág. 74.

¹⁰⁸¹ JAKOBS, Günther, *Fundamentos del Derecho*, op. cit., págs.184-185.

Pues bien, todo Estado no totalitario reconoce un *status* mínimo del autor. En la medida en que rige el principio *cogitationis poenam nemo patitur*. Este principio hace referencia especialmente en que existe un ámbito interno, que precisamente de este ámbito interno *cogitationis*. Una razón para el reconocimiento de este ámbito interno podría depararla en la dificultad o, más aún, la imposibilidad de llevar a cabo a ese respecto un control dotado de un mínimo de eficacia¹⁰⁸².

Ahora bien, respecto a la conducta neutral, cabe preguntarse: ¿Cómo es posible que una conducta neutral, que normalmente está amparada por un Derecho constitucional, pueda devenir delictiva sobre la base de los meros pensamientos criminales, sin la necesidad de exigirse un mínimo acto preparatorio de esos delitos?¹⁰⁸³ En la perspectiva de la organización criminal, saltaría la respuesta -precipitada- de que se estarían castigando sólo los malos pensamientos, pero sucede que -en realidad- el injusto sistémico no deriva ni depende de los delitos-fin que los miembros de la asociación delictiva quieren realizar, sino que antes bien da lugar a la configuración de delitos autónomos, que tienen un contenido de injusto propio, y cuyo punto de vista no puede hallarse en los concretos bienes lesionados o lesionables por los delitos-fin, sino en un ámbito diferente: la perspectiva propia del injusto sistémico¹⁰⁸⁴.

El hecho de que los pensamientos no sean punibles, por razón de principios exclusivamente internos, vendría a remitir su relevancia al ámbito de la culpabilidad. A primera vista, esto parece de una corrección evidente, pues, en efecto, respecto de la exhibición forzosa de ámbitos -altamente personales- que se produce al comprobar la culpabilidad en el proceso, no es posible hablar ya de que lo interno se respete como interno. Si en la práctica forense se puede descubrir incluso la génesis de los pensamientos, ¿cómo sería posible suponer

¹⁰⁸² JAKOBS, Günther, *Fundamentos del Derecho*, op. cit., pág. 186.

¹⁰⁸³ POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo. Fundamentos potencial de sentido y límites de vigencia*, Bosch, Barcelona, 2009, pág. 400.

¹⁰⁸⁴ POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., pág. 400.

que pensamientos o, incluso, acontecimientos extracorporales, como un acuerdo previo o la creación de una banda, son por razones de principio cuestiones privadas, y además cuestiones exclusivamente privadas? A esta objeción subyace un erróneo entendimiento de la función que incumbe a lo interno en la interpretación del comportamiento social; un error en el que se incurre fácilmente, ante todo, al ocuparse de la vertiente subjetiva del hecho, puesto que la culpabilidad constituye el fundamento para la determinación de la pena¹⁰⁸⁵.

En definitiva, no hay ciertamente más remedio que interpretar una conducta perturbadora a partir también de su concepto subjetivo, pero éste no presta ninguna ayuda en relación de la pregunta de cuándo es legítimo considerar que un comportamiento externo está necesitado de interpretación. En otras palabras, en el Derecho penal de un Estado de libertades no se trata del control de los aspectos internos, con inclusión de los motivos, sino del control de lo externo¹⁰⁸⁶. Resulta claro entonces que no cualquier forma de manifestación del pensamiento o conocimiento humano puede configurar ese componente subjetivo indispensable para el juicio de tipicidad, sino en todo caso sólo aquellos que el Derecho penal reconozca válidamente como una exteriorización relevante del fuero interno de la persona¹⁰⁸⁷.

En suma, la declaración de que “los pensamientos no delinquen” es, a la vez, una garantía penal y procesal para el ciudadano, en tanto que ante la imposibilidad probatoria no existe un deber de prueba del conocimiento, en todo caso toca cuestionarse ¿alguien puede probar los pensamientos? Por lo mismo también, y esto es lo que nos interesa tratar, surge otro interrogante: ¿Qué es la imputación subjetiva sino imputación misma de la culpabilidad? En respuesta, resulta imperativo mencionar que justamente por eso el principio de culpabilidad impone que el Derecho penal sólo puede intervenir sobre la esfera individual de

¹⁰⁸⁵ JAKOBS, Günther, *Fundamentos del Derecho*, op. cit., pág. 194.

¹⁰⁸⁶ JAKOBS, Günther, *Fundamentos del Derecho*, op. cit., pág. 198.

¹⁰⁸⁷ CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de teoría del delito*, op. cit. pág.

la persona mediante una pena como reacción frente al dolo o la culpa, más no así frente a cualquier otra forma de manifestación del conocimiento¹⁰⁸⁸. Se deberá tomar en cuenta la relevancia social del comportamiento que produce el sujeto dentro de la sociedad, ya sea sujeto a un determinado rol, o de manera contraria desconociendo la norma y en consecuencia desarrolla al margen de la misma.

III.- La irrelevancia de los conocimientos especiales para la imputación subjetiva de la organización criminal

Los denominados conocimientos especiales constituyen un tópico en que ponen de manifiesto las evidentes e insuperables dificultades que trae consigo una visión psicologicista de cara a explicar de un modo mínimamente razonable la imputación subjetiva. En todo caso, la cuestión es si los conocimientos especiales, que van más allá de lo normalmente esperado y exigible a una persona o, lo que es lo mismo, superan el conocimiento estandarizado, situándose por fuera de las fronteras del rol determinado, pueden fundamentar o tener alguna consecuencia jurídica en el juicio de imputación¹⁰⁸⁹. Así el conocimiento es punible cuando se dirige a la lesión de un bien jurídico ajeno -que en nuestro objeto de estudio ya lo identificamos como la seguridad pública-, y que por tanto el dolo o la culpa sólo expresarían unos grados diferenciados y penalmente relevantes de la psique humana¹⁰⁹⁰. En consecuencia, la determinación de lo subjetivo aquí va de la cabeza del autor hacia la conducta, en una conexión psicológica entre el resultado en el mundo exterior, mas no así desde lo externo de la conducta hacia la mente del autor¹⁰⁹¹.

Los conocimientos especiales en las conductas neutrales tienen como común denominador el hecho de que el actuante tiene conocimiento de que otro usará su aportación para cometer un delito. Sin embargo, también es evidente que

¹⁰⁸⁸ CARO JOHN, José Antonio, «Imputación», op. cit. pág. 261.

¹⁰⁸⁹ CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de teoría del delito*, op. cit. pág. 122.

¹⁰⁹⁰ CARO JOHN, José Antonio, «Imputación», op. cit. pág. 262.

¹⁰⁹¹ CARO JOHN, José Antonio, «Imputación», op. cit. págs. 263-264.

la conducta es practicada en el marco de una actividad cotidiana, que en el contexto adquiere un significado neutral o de estar obrando en armonía con el Derecho¹⁰⁹². Estas determinadas conductas o manera de actuar hace que se traigan a colación las siguientes interrogantes: “¿es cómplice de un delito de corrupción de funcionario el cajero de un banco que entrega una fuerte suma de dinero al titular de una cuenta, sabiendo que éste utilizará el dinero para corromper a unos jueces ?” o ¿lo es la secretaria que se limita a tramitar algunos cheques firmados por el funcionario público encargado de administrar los caudales de una entidad pública, aun sabiendo que éste último suele apropiarse de constantemente ellos? Claramente son conductas que se enmarcarían dentro de los parámetros de su rol social. En este sentido, si tomamos el conocimiento, como dato favorecedor un hecho delictivo dentro de las conductas neutrales, nos encontramos con un sinsabor, pero dicho sinsabor rápidamente desaparece cuando se constata que ese conocimiento aquí solamente se refiere a un dato puramente psíquico, es decir, a un conocimiento especial -que no constituye el rol del actuante-, y que en consecuencia no reúne en lo absoluto una fuerza normativa como para destruir la neutralidad de la conducta¹⁰⁹³.

El conocimiento especial, por consiguiente, no adapta una conducta cotidiana a la comunidad delictiva de terceros que se aprovechan de las aportaciones brindadas en el marco de la actividad neutral: regiría entonces la prohibición de regreso. Si como afirman las teorías psicologicistas los conocimientos especiales también son punibles, entonces la punibilidad de las conductas no encontraría límite alguno y finalmente lo que todo actuante se represente en su mente terminará convirtiéndose en objeto de intervención penal¹⁰⁹⁴. Por tanto, debe entenderse que nadie se hace responsable penalmente por la aportación de un servicio estandarizado que el autor en cualquier parte lo puede conseguir. Las expectativas normativas de conducta no llegan hasta los

¹⁰⁹² CARO JOHN, José Antonio, «Imputación», op. cit. pág. 265.

¹⁰⁹³ CARO JOHN, José Antonio, «Imputación», op. cit. pág. 266

¹⁰⁹⁴ CARO JOHN, José Antonio, «Imputación», op. cit. pág. 266.

conocimientos psíquicos sino solo los conocimientos estandarizados que pertenecen a una actividad determinada en un ámbito social parcial concreto¹⁰⁹⁵.

Sobre la cuestión de por qué no establecer determinados estándares de comportamiento con base a un rol sectorial, en la perspectiva normativista tal estandarización radical sería impracticable porque conduciría de modo coherente a una responsabilidad a determinar también de modo “objetivo”, aunque en otro sentido, es decir, conforme a determinados criterios pertenecientes a un rol individual, que limitaría también el contenido expresivo de la pena exclusivamente a aquel rol en que la infracción de la norma se haya producido. Y parece claro que “es precisamente cometido de esta imputación hacer posible un distanciamiento del autor lo más completo posible”¹⁰⁹⁶.

Para imputar el conocimiento en un determinado caso, como el ejemplo propuesto antes, se pueden aducir los elementos que resaltan las consecuencias que traen consigo la concepción normativa que imputa el conocimiento sobre la base del “debía conocer”, frente a un enfoque psicologicista, por el cual un conocimiento penalmente relevante no es más que un dato naturalístico a constatar en la mente de la persona¹⁰⁹⁷. Por ello, en un sentido penalmente relevante, dichas personas no pueden ser consideradas como parte de esa comunidad delictiva a la cual se hallan conectadas sólo psíquica y casualmente. Dicho en otras palabras, no pueden ser calificados tales intervinientes jurídicamente como cómplices, aun cuando posean ciertos conocimientos especiales que exceden al rol, ya que en el escenario concreto de actuación no son más que datos psíquicos irrelevantes para el juicio de imputación penal y sostener lo contrario conllevaría a penalizar todo lo que las personas saben y se representan¹⁰⁹⁸.

¹⁰⁹⁵ CARO JOHN, José Antonio, «Imputación», op. cit. pág. 267.

¹⁰⁹⁶ CANCIO MELIÁ, Manuel, «¿Crisis del lado subjetivo», op. cit., pág. 76.

¹⁰⁹⁷ CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de teoría del delito*, op. cit. pág. 123.

¹⁰⁹⁸ CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de teoría del delito*, op. cit. págs. 123-124.

A primera vista puede parecer que los conocimientos de una persona reúnen una relevancia penal, como en los ejemplos citados del empresario y la secretaria, pero se tiene que afirmar que dichos conocimientos no son más que meros datos psicológicos¹⁰⁹⁹. Por otro lado, se ha de tener en cuenta que los conocimientos especiales constituyen algo que no hay obligación de adquirir o de mantener, se trata de pura subjetividad y nada más. Dicho de otro modo, la relevancia jurídico penal de los conocimientos especiales quedaría limitada a los conocimientos realmente existentes, es decir, al dolo. Sin embargo, un conocimiento sin deber de conocer sería un elemento ajurídico del delito, al estar definido de manera totalmente psicologicista¹¹⁰⁰.

Sobre la misma línea, sería un total contrasentido declarar una conducta imputable penalmente en función de los datos psíquicos que internamente reúna el agente cuando externamente dicha conducta posee el carácter de neutra o socialmente adecuada. Los conocimientos especiales carecen de fuerza normativa tanto para configurar la comunidad delictiva como adaptar la conducta del actuante cotidiano en una comunidad delictiva existente¹¹⁰¹.

Los conocimientos especiales sólo son relevantes para el tipo cuando van referidos a un hecho objetivamente desvalorado por la norma. El aspecto subjetivo siempre va referido a un hecho desvalorado objetivamente. En consecuencia, si la conducta no adquiere un significado objetivo como típica nos es indiferente lo que conozca el autor¹¹⁰².

¹⁰⁹⁹ CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de teoría del delito*, op. cit. págs. 124-125.

¹¹⁰⁰ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1996, pág. 138.

¹¹⁰¹ CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de teoría del delito*, op. cit. pág. 125.

¹¹⁰² FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Imputación objetiva*, op. cit., págs. 113-114.

IV.- La atribución de sentido normativo en el aspecto subjetivo

Las teorías normativas determinan la relevancia penal de lo subjetivo en una interpretación del hecho, que al contrario de la teoría psicologicista se proyecta desde lo externo hacia lo interno de la conducta. Lo externo aquí viene dado el significado social perturbador de la conducta y lo interno por el sentido normativo que se atribuye al pensamiento.

Esto explica porqué las teorías normativistas no interpretan ni verifican la consciencia del autor, sino por el contrario le atribuyen un sentido o un significado penalmente relevante¹¹⁰³. El orden de análisis es imprescindible: primero se verifica si la conducta reúne un significado social perturbador, y después de haberse determinado ese significado se decide si dicha conducta es imputable a título de dolo o culpa¹¹⁰⁴.

Para ilustrar los mencionado anteriormente, tomaremos el ejemplo del cocinero que quiere -además de que tiene todo el deseo de ello- matar a un comensal, pero confunde la sal con el arsénico, en consecuencia no hay el resultado esperado por el cocinero. Este ejemplo nos muestra la irrelevancia de dicho acto, porque no tiene ninguna consecuencia perturbadora de la norma, y sólo se queda en simple deseo de causar la muerte. Pero situación totalmente contraria ocurriría si se produce la muerte del comensal, ya que este hecho importa, al ser vulnerador de un derecho, tal como es el derecho a la vida, y por ende tiene relevancia social, que en efecto le reconoce la norma penal, pero habiendo ésta de tener en cuenta la totalidad de circunstancias y connotaciones que la realización del hecho tiene en el contexto social y el sentido de las mismas.

¹¹⁰³ CARO JOHN, José Antonio, «Imputación», op. cit. pág. 274.

¹¹⁰⁴ CARO JOHN, José Antonio, «Imputación», op. cit. págs. 274-275.

A) Dotación de sentido normativo al conocimiento de los integrantes de la organización criminal

El conocimiento válido que interesa al Derecho penal, que hasta ahora se había mencionado de un modo general como conocimiento penalmente relevante no es otra cosa que el conocimiento concreto que el actuante debía saber en el contexto social de su acción¹¹⁰⁵. Cuando el criterio determinante es el “deber saber” o “deber conocer”, la imputación subjetiva completa su atribución de un sentido normativo al conocimiento configurador del tipo penal. La referencia al deber traza el marco de valoración que separa la naturaleza y el sentido jurídico, a su vez, esclarece que el destinatario de la imputación jurídica no es el actuante en cuanto sistema psico-físico, sino en cuanto persona titular de un haz de derechos y deberes¹¹⁰⁶. Las personas son titulares tanto de derechos -y deberes-, que de modo recíproco tienen el deber de respetar los derechos de los otros, y en el ámbito de los delitos contra las personas, es esta la relación jurídica que vulnera el autor -defraudando de esta manera la expectativa normativa-. Lo contrario sería considerado sólo un simple suceso natural¹¹⁰⁷. Dicho suceso natural carece de relevancia normativa. Pero integrar una organización criminal, por el contrario, vulnera la norma, ya que los sujetos se desenvuelven al margen de la norma.

Una postura más acorde con la función es la eminentemente social que cumple el Derecho penal, reafirmando su íntima vinculación con la sociedad. Conlleva a optar por una perspectiva normativista, según la cual el conocimiento penalmente relevante no es apreciado como un simple fenómeno psicológico que deba ser hurgado en la mente del autor, por ende, averiguado o dilucidado por un juez penal. Todo lo contrario, pues las premisas de las que parten las

¹¹⁰⁵ CARO JOHN, José Antonio, «Imputación», op. cit. pág. 275.

¹¹⁰⁶ CARO JOHN, José Antonio, «Imputación», op. cit. pág. 275.

¹¹⁰⁷ JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Civitas, Madrid, 2003, págs. 27-28.

concepciones normativistas es la de que los datos psíquicos por sí mismo no tienen ninguna relevancia para el Derecho penal¹¹⁰⁸. Antes bien, lo que interesa al Derecho penal es atribuir un sentido normativo a ese dato subjetivo, es decir, atribuir externamente una determina la actitud al agente, a partir de determinados elementos del contexto de actuación del autor¹¹⁰⁹.

Asimismo, como persona el autor está inmerso en una relación jurídica que condiciona y determina su obra al respecto de los derechos de los demás. Hablamos propiamente del deber jurídico más general por cumplir que es el deber negativo “sé persona y respeta a los demás como personas”¹¹¹⁰. Con esta premisa se marca claramente las pautas para desenvolverse en la sociedad. El sujeto al conformar una organización criminal lo hace de manera consciente de que dicha actitud es contraria a la norma y pese a ello sigue adelante. De ahí la pregunta de qué es lo que el actuante sabe o puede saber es insuficiente; por el contrario, el conocimiento penalmente relevante es lo que él debía saber dentro del marco de su posición de deber en el contexto de la interacción. El conocimiento fundamentador de la imputación subjetiva, de este modo, no es el fenómeno psíquico que el ser de carne y hueso tiene en su mente, sino la atribución de sentido normativo al conocimiento de un ser social concreto titular -en este caso- de deberes¹¹¹¹, esto es, la exigencia normativa de deber saber en un ámbito concreto de actuación facilitaría incluso hasta desde un punto de vista práctico la determinación de la imputación subjetiva.

¹¹⁰⁸ CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de teoría del delito*, op. cit. págs. 118-119.

¹¹⁰⁹ CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de teoría del delito*, op. cit. pág. 119.

¹¹¹⁰ JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trad. Manuel Cancio Meliá / Bernardo Feijóo Sánchez, Civitas, 1996, pág. 39.

¹¹¹¹ CARO JOHN, José Antonio, «Imputación...», op. cit. págs. 277-278.

B) La conducta relevante en el contexto social

Ahora bien, el contexto social es el significado normativo de conducta, es decir, no existe una conducta penalmente relevante, sino existe un contexto social, en que la persona concreta su ser social en los contactos sociales mediante la observancia de deberes jurídicos, entonces el significado normativo de su conducta se deducirá de como la persona se comporta de cara al deber en el ámbito social concreto de su actividad¹¹¹².

El contexto social de la acción define de este modo la atribución de sentido normativo al conocimiento, porque en él se concreta el tipo de deber cuya observancia compete a la persona al momento de actuar, conforme a criterios como evitabilidad individual, probabilidad, etc.¹¹¹³. Ahora bien, en este sentido cabe cuestionar: ¿se prohíbe en la norma incriminadora del delito de homicidio echar en demasiada sal a la comida? La respuesta se antoja evidente, puesto que con un poco de sal en la comida no es posible hacer pasar de la vida a la muerte a las personas -exceptuando casos extremos en que se trate de personas que tengan serios problemas de riñón-, la norma contra el delito de homicidio no se refiere precisamente al comportamiento consistente en salar en demasía la comida¹¹¹⁴. En otras palabras, echar demasiada sal a la comida no crea ningún riesgo no permitido con resultado de muerte, sino que lo que importa es cómo se comporta la persona de cara al deber, en el ámbito o contexto social concreto de su actividad.

En realidad, la vigencia del sentido social trasciende al estricto ámbito de comunicación entre instancias de aplicación del derecho y ciudadanos. La simple pertenencia a la sociedad comporta la renuncia por parte de cualquier persona a ciertos niveles de individualidad, puesto que, como miembro de tal sociedad, ya

¹¹¹² CARO JOHN, José Antonio, «Imputación», op. cit. págs. 279-280.

¹¹¹³ CARO JOHN, José Antonio, «Imputación», op. cit. pág. 280.

¹¹¹⁴ JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho*, op. cit., págs. 223-224.

no van a interpretarse sus conductas recurriendo a criterios individuales, sino siempre con el sentido social que de ella se desprende¹¹¹⁵. La renuncia a la individualidad y la adopción de dicho sentido como criterio de valoración de la realidad resulta imprescindible para desarrollar la convivencia social, pues constituye el lenguaje compartido que hace posible la vida en común y los beneficios que esta comporta¹¹¹⁶.

Cuestionarnos sobre cómo esto afecta a los que conforman una organización criminal es algo imperativo, porque todas las apreciaciones son en función a personas en derecho, pero respecto a los que se desmarcan de la sociedad y desconocen las normas, ellos no estarían dentro el contexto social -al menos desde un punto de vista teórico- en razón de su desconocimiento intencionado de la norma, aunque sí en contradicción con ella. Partiendo de esta contradicción a la norma, se puede indicar lo siguiente: el sentido social de la norma trasciende a los individuos, y por ende una conducta alejada de la norma que afecta a la colectividad, como es el caso de la “conformación organización criminal”¹¹¹⁷, importa un sentido comunicativo contrario a la norma, que necesita de una reacción penal con el objeto de proteger en este caso concreto la seguridad pública mediante la vigencia de la norma.

En definitiva, la imputación subjetiva adquiere sentido normativo cuando la pregunta acerca de lo subjetivo comienza por lo que el autor debía saber en el contexto social concreto de su actuación. Los conceptos de “dolo y culpa” no se estructuran de este modo sobre el mero conocer psico-biológico de los elementos objetivos del tipo sino sobre el deber-conocer dichos elementos¹¹¹⁸.

¹¹¹⁵ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, *El dolo y su prueba*, op. cit., pág. 225.

¹¹¹⁶ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, *El dolo y su prueba*, op. cit., pág. 226.

¹¹¹⁷ Cuando hablamos de conformación nos referimos a los que constituyeren, organizaren, coordinaren, dirigieren, así como también, a los que participaren, y cooperaren económicamente, en suma todos los intervinientes en la organización criminal.

¹¹¹⁸ CARO JOHN, José Antonio, «Imputación», op. cit. pág. 281.

V.- La imputación a título de dolo en la organización criminal

De acuerdo con la tradicional concepción referida al dolo, se advierte el pronunciamiento a favor de un reconocimiento de los elementos intelectuales y volitivos como elementos del mismo¹¹¹⁹. Esto es expresado actualmente por una parte considerable de la doctrina, manifestando que el autor que actúa dolosamente se decide en favor de una lesión del bien jurídico, o también de modo desviado respecto de la norma de conducta establecida por el Derecho¹¹²⁰.

Aunque tradicionalmente el dolo se ha definido como conciencia y voluntad de los elementos objetivos de una conducta típica, esta definición ha sido paulatinamente abandonada por la doctrina y por los Tribunales, hasta el punto de poderse entender el dolo sólo como conciencia de la realización de un comportamiento típico objetivo. Es decir, el dolo ya no es conocimiento y voluntad, sino únicamente conocimiento¹¹²¹. En efecto, tal elaboración del concepto de dolo tiene carácter funcional, pues no parte de una determinada realidad psicológica, la voluntad, que se identifica con el dolo, sino que establece previamente las exigencias de la forma más grave de la realización del delito, *ratio* de la punibilidad del dolo, a partir de la cual determina qué elementos

¹¹¹⁹ STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*, trad. Manuel Cancio Meliá, Marcelo A. Sancinetti, Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 146. / Similar sentido asumen CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, tomo II, Tecnos, Madrid, 2000, pág. 130-131. / LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Curso de Derecho penal. Parte general I*, Editorial Universitas S.L., Madrid, 1996, pág. 405. / Indica BUSTOS que “la comprobación del dolo referido a una acción concreta significa identificar dicha acción con la conciencia y la voluntad del sujeto”. *Vid.* BUSTOS RAMÍREZ, Juan / HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones de Derecho penal. Teoría del delito, teoría del sujeto responsable y circunstancias del delito*, vol. II, Editorial Trotta, Valladolid, 1999, pág. 60.

¹¹²⁰ STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal*, op. cit., pág. 148.

¹¹²¹ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, «Consideraciones sobre la prueba del dolo», en *Revista de Estudios de la Justicia*, nº 4, 2004, pág. 13. / Adentrarse en el conocimiento del sujeto sólo es posible desde las manifestaciones externas (proceso inferencia), lo que permite deducir el elemento cognoscitivo o intelectual, pues la percepción por el sujeto de los fenómenos exteriores responde necesariamente a los parámetros de diligencia perceptora aplicables al hombre normal. Es mucho más inaprehensible el elemento volitivo, es decir, la actitud interna frente al resultado: aprobándolo, desaprobándolo o incluso repudiándolo. *Vid.* SAAVEDRA RUIZ, Juan, en *Cuadernos del Derecho Judicial*, «La responsabilidad penal de las actividades de riesgo», Madrid, 2002, pág. 218.

además del conocimiento deben constituir el dolo, en consecuencia desaparecería prácticamente el problema de las teorías basadas en la voluntad que se veían obligadas a extender a la voluntariedad las consecuencias necesarias o posibles de la acción¹¹²². No se trata de comprobar si el autor tuvo voluntad de realizar ciertas consecuencias no principales de su acción, sino de si tuvo conocimiento del peligro concreto de la realización del tipo¹¹²³.

En el delito doloso el injusto consiste en que el autor se comporta de una determinada manera, pese a que considera tan probable la causación del resultado, a través de su actuar, que, como ciudadano fiel a derecho que decide racionalmente, debería omitir esa acción en aras a la evitación del resultado¹¹²⁴. En el injusto doloso el autor se decide con conocimiento del alcance de su decisión por una actuación jurídico-penalmente relevante¹¹²⁵.

En consecuencia, para poder imputar a título doloso se tiene que tener en cuenta que el sujeto que actúa dolosamente conoce el significado de la conducta que va a realizar como suficiente para producir un riesgo -jurídicamente desaprobado-¹¹²⁶. Siendo el objeto del dolo el riesgo propio de la conducta y exigiendo el conocimiento de ese riesgo típicamente relevante, se deduce, de forma inmediata, que el sujeto ha previsto el resultado, pues el resultado previsible está implícito en el riesgo conocido por el autor: el conocimiento propio del hecho doloso comprende la previsibilidad individual del resultado¹¹²⁷. Se estima la fundamentación del dolo en función de una decisión en contra del bien jurídico-penal en la forma típicamente protegida por la norma penal, es

¹¹²² Sobre la distinción problemática entre “dolo eventual y culpa consciente”, se debería tener en cuenta que la forma básica del dolo deber ser -a juicio de BACIGALUPO- el “dolo eventual” y la diferencia con las otras formas tradicionales de dolo desaparecería. *Vid.* BACIGALUPO, Enrique, “Problemas actuales”, op. cit., pág. 78.

¹¹²³ BACIGALUPO, Enrique, “Problemas actuales”, op. cit., pág. 76.

¹¹²⁴ KINDHÄUSER, Urs, «Imputación objetiva y subjetiva en el delito doloso», en *ADPCP*, vol. LIX, 2006, pág. 64.

¹¹²⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *El dolo*, op. cit., pág. 23.

¹¹²⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, J.M^a. Bosch, Barcelona, 1992 págs. 402-403.

¹¹²⁷ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, PPU, Barcelona, 1989, pág. 270.

decir, una decisión contraria a lo dispuesto en la norma de conducta que protege bienes jurídicos¹¹²⁸.

El autor que actúa dolosamente, por así decirlo, procede a actuar de modo más “desestabilizador” que el que actúa imprudentemente. El sujeto que actúa con dolo no sólo lesiona el valor ideal del bien jurídico atacado, sino que además pone en tela de juicio la vigencia de la norma que protege a ambos. Y con ello priva a la norma penal de su función motivadora, socavando a la vez uno de los fines de la pena, como es la prevención general positiva¹¹²⁹.

El autor doloso queda, en principio, más alejado que el autor imprudente de lo que se espera de una persona respetuosa con el ordenamiento¹¹³⁰. De esta manera, existe dolo si el autor llega a darse cuenta de que su actividad pone en peligro concreto a otra persona o sus bienes -o como en nuestro caso la seguridad pública-, y a pesar de esto decide seguir adelante¹¹³¹ conociendo el riesgo típico y previendo el resultado.

Ahora bien, básicamente el dolo se caracteriza por el conocimiento de los elementos del tipo objetivo, es decir, de los elementos que caracterizan la acción como generadora de un peligro jurídicamente desaprobado que afecta de manera concreta un determinado objeto protegido. Quien conoce el peligro concreto generado por su acción riesgosa para otra persona obra con dolo, pues sabe lo que hace¹¹³². Sostener lo contrario, exigiendo el elemento volitivo, nos llevaría a

¹¹²⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *El dolo*, op. cit., pág. 64.

¹¹²⁹ DÍAZ PITA, M^a. Del Mar, *El dolo eventual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 305. Con objeciones a esta postura, FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *El dolo*, op. cit., pág. 67 (nota 93).

¹¹³⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *El dolo*, op. cit., pág. 71.

¹¹³¹ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *El dolo*, op. cit., págs. 106.

¹¹³² BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 2^a ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1999, págs. 316-317. *Vid.* también BACIGALUPO, Enrique, *Principios de Derecho penal. Parte general*, Akal, Madrid, 1997, pág. 225.

privilegiar injustificadamente al autor temerario frente a otros autores más prudentes¹¹³³.

Lo que en verdad interesa a la imputación subjetiva es que el sujeto conozca la situación de riesgo, es decir, que de acuerdo a los datos y circunstancias que se encuentran a su alcance enjuicie correctamente el riesgo creado con su conducta. En estos casos, cuando el conocimiento del sujeto abarque íntegramente la situación de riesgo, está obligado a tomar en serio el resultado que esa situación pueda producir no pudiendo dejar al azar esta cuestión ni eximirse de responsabilidad por esas consecuencias lesivas¹¹³⁴.

El dolo siempre es conocimiento actual, sea en el plano del lenguaje o mediante imágenes. La solución a determinados casos límite, por mucho que pueda pesar, depende de forma absoluta del estadio de desarrollo de ciencias empíricas extrapenales sobre el alcance del dolo¹¹³⁵. En este sentido, FRISCH propone que para ciertos elementos típicos se entienda como suficiente la permanente posibilidad de actualización del conocimiento¹¹³⁶.

Frente a esta solución muestra sus dudas JAKOBS, al afirmar que le falta una relación suficientemente estrecha con la función del Derecho penal. Indica también que la mayor peligrosidad del autor doloso no convence, ya que también el autor imprudente condiciona suficientemente la lesión de un bien, es decir, que no se podría graduar entre una y otra modalidad¹¹³⁷.

El criterio normativo que reviste de contenido al dolo sería la evitabilidad individual, dicha evitabilidad individual como criterio informador de la

¹¹³³ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *El dolo*, op. cit., pág. 31.

¹¹³⁴ CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de teoría del delito*, op. cit. pág. 134.

¹¹³⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *El dolo*, op. cit., pág. 123.

¹¹³⁶ Citado por FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *El dolo*, op. cit., pág. 124-125.

¹¹³⁷ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. Joaquín Cuello Contreras / José Luis Serrano González de Murillo, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 312.

atribución subjetiva del hecho se debe a que en la sociedad actual el mundo se encuentra desmitificado y puede, por tanto, explicarse racionalmente. En este sentido, las consecuencias de los sucesos resultan en gran medida calculables, lo que significa que las personas manejan en su actuación una capacidad de evitar las consecuencias lesivas de su actuación¹¹³⁸.

Haciendo un breve paréntesis, en relación a la prueba del dolo, nos topamos con que el dolo no es un componente psíquico que debe buscarse en la cabeza del autor, sino que se trata de un elemento que se encuentra en la cabeza de los que están encargados de juzgar el hecho concreto. Precisamente por esto, en realidad, la comprobación del dolo no se puede acotar a un “crudo diagnóstico psíquico” puesto que el dolo es un concepto jurídico cuyo diagnóstico psíquico se debe probar jurídicamente¹¹³⁹.

La configuración normativa de la parte subjetiva del delito estima que el conocimiento relevante no se entiende en un sentido psicológico, sino como una imputación. Pero la práctica judicial actual parece ser que parte de la idea de que el conocimiento que fundamenta el elemento cognitivo del dolo es un dato psicológico del autor que el juez verifica. Esta forma de determinación podría considerarse inapropiada, ya que no cabe duda que desde una perspectiva interna el autor debe conocer la realización de los aspectos del hecho recogidos en el tipo penal. Pero este proceder desconoce que la determinación de la responsabilidad no se hace desde la perspectiva interna del autor, sino desde fuera¹¹⁴⁰. La actividad probatoria tiene que orientarse a contextualizar en el ámbito de actuación del titular del rol, pues solamente así podrían fijarse las competencias de conocimiento. Y con posterioridad a ello debe ocuparse de determinar las

¹¹³⁸ Esta capacidad de evitación individual de resultado lesivo, que se presenta tanto en la actuación dolosa como culposa, permite imputar subjetivamente un determinado suceso lesivo a una persona -u objeto de lesión-. *Vid.* GARCÍA CAVERO, Percy, «La imputación subjetiva», op. cit., pág. 133.

¹¹³⁹ VOGEL, Joachim, «Dolo y error» trad. Javier Valls Prieto, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 95, 2008, pág. 9.

¹¹⁴⁰ GARCÍA CAVERO, Percy, «La imputación subjetiva», op. cit., pág. 134.

circunstancias que rodean el hecho concreto que resultan pertinentes para precisar si el autor pudo acceder o no al conocimiento exigido por el rol¹¹⁴¹.

Se debería considerar entonces que el dolo es en última instancia la imputación de una forma del conocimiento, y que debe partirse del contexto de la acción, pues éste permitirá valorar y determinar lo que el sujeto debía saber y conocer en el momento de realizar la conducta concreta y, por consiguiente, si conocía que con ella superaba el riesgo jurídicamente tolerado¹¹⁴². La fórmula usual que concibe al dolo como conocimiento y voluntad de realización del tipo se revela desde el principio inadecuada: si el querer ha de designar algo dado positivamente en el aspecto de los impulsos del comportamiento, y cualquier otra acepción confunde más que aclara, entonces el querer falta en las consecuencias accesorias. La fórmula debe decir correctamente: dolo es el conocimiento de que la realización del tipo depende de la ejecución querida de la acción, aun cuando no sea querida por sí misma. En otras palabras: el dolo es el conocimiento de la acción junto con sus consecuencias¹¹⁴³.

En el caso de la organización criminal, los comportamientos dolosos comprenderían dos elementos: intelectual y volitivo. El primer elemento a su vez tendría tres requisitos: 1) el sujeto ha de ser consciente de que se afilia, funda y dirige o preside una asociación; 2) debe saber, igualmente, que dicha “organización” es ilícita, esto es: que es contraria al ordenamiento jurídico, o que tiene por objeto cometer algún delito con fines delictivos violentos; 3) el asociado tiene que ser consciente de la ilicitud de su conducta: ha de saber que el ordenamiento penal prohíbe la misma¹¹⁴⁴.

¹¹⁴¹ GARCÍA CAVERO, Percy, «La imputación subjetiva», op. cit., pág. 135.

¹¹⁴² CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de teoría del delito*, op. cit. pág. 135.

¹¹⁴³ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., págs. 315-316.

¹¹⁴⁴ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas en el Código penal*, Bosch, Barcelona, 1978, pág. 307.

El segundo elemento es el volitivo, y aquí son necesarias algunas precisiones. Abreviadamente podría decirse que el dolo no ha de abarcar más que la ilicitud programática de los fines de la asociación, y no así los actos concretos de los ejecutados por sus miembros. Basta con que se afilie a una asociación sabiendo que ésta persigue tal finalidad delictiva y además que tal conducta es ilícita. Para esto no es necesario que quiera cometer delitos singulares contemplados en el programa asociativo, que apruebe o consienta el mismo, ni que afilie para delinquir¹¹⁴⁵.

Dicho de otro modo: quien se afilia con propósitos subversivos a una asociación que no persiga una finalidad delictiva no realiza el tipo y no actúa típicamente, lo contrario ocurre si integra en una asociación delictiva que en este caso actúa típicamente aunque no se afilie para subvertir el ordenamiento estatal¹¹⁴⁶. Ahora bien, actuarían dolosamente los intervinientes en la organización criminal los que, de acuerdo al Código penal, promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren, asimismo los que participaren activamente, o formaren parte de la organización, también los que cooperaren económicamente. Queda la duda de si debiera extenderse la sanción a los que cooperaren de cualquier otro modo con la organización, esto debido al abanico de interpretaciones de la que puede ser objeto dicho artículo sobre organización criminal, por cuanto -desde nuestro punto de vista- el límite sería sólo hasta el cooperador necesario.

En una Sentencia en que los recurrentes alegaban que el fallo condenatorio impugnado no se ajustaba a derecho, por no constar respectos a los acusados “propósitos individualizados y personales de subversión”, estimó el Tribunal Supremo que “basta el mero carácter del participante en la asociación y que esta deba reputarse ilícita de acuerdo con las previsiones contenidas en el Código penal, puesto que el texto legal refiere la finalidad u objeto de subversión

¹¹⁴⁵ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., págs. 307-308.

¹¹⁴⁶ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., pág. 308.

violenta o destrucción a la asociación, y no en concreto a todos y cada uno de los miembros, bastando la adscripción a alguna de esas entidades con conocimientos de sus fines para que cuadre el precepto sancionador”. Trasladando tal criterio interpretativo por analogía al delito de organización criminal, encontramos los mismos fundamentos de culpabilidad en razón a los elementos que intervienen en la conformación consciente de los miembros de la organización así como también los de la cúpula organizacional.

La sola conciencia de que el logro del fin que la agrupación se propone exigirá la comisión ocasional o eventual de algunos delitos no basta. No es necesario que conozca la identidad de los otros integrantes, sino sólo su existencia y la naturaleza del pacto que los vincula. Tampoco debe conocer concretamente los delitos planeados o cometidos por otros miembros. El error de prohibición sobre la punibilidad de los fines de la organización excluye el dolo, si bien es suficiente el dolo eventual¹¹⁴⁷. También es necesario que el autor tenga la voluntad de “pertenencia”, es decir, que adhiera internamente al compromiso de colaborar con las actividades de la organización sin necesidad de renovar el acuerdo frente a cada oportunidad. Por eso mismo, la decisión manifestada al grupo de participar en un solo delito, por más que éste pertenezca a los fines propios de la asociación, no constituye a este sujeto en miembro, por ausencia del elemento subjetivo específico¹¹⁴⁸.

Existe dolo cuando los intervinientes en la organización criminal se afilian conociendo la ilicitud de los fines -delictivos- y lo que entraña la misma organización en sí, actúan entonces dolosamente si no obstante se afiliaron a la organización, sin que importe si aprobaron o no aprobó tales fines, ni las concretas actividades o métodos de aquella; es también irrelevante si los planes criminales existían ya desde el momento de la fundación de la organización o

¹¹⁴⁷ ZIFFER, Patricia S., *El delito de asociación ilícita*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, pág. 82.

¹¹⁴⁸ ZIFFER, Patricia S., *El delito de asociación*, op. cit., pág. 82.

perfilaron en un momento posterior, siempre que esto fuera conocido por el socio o interviniente¹¹⁴⁹.

El dolo exigiría, según otros autores, la conciencia de que se actúa en el marco de una organización; es decir, la conciencia del afiliado “de que con él y junto a él hay otras personas que intervienen en forma organizada”. Pero un conocimiento exacto del papel que desempeña en la asociación es irrelevante para el dolo: como también lo son los motivos del propio autor al asociarse¹¹⁵⁰. Importa el significado de su comportamiento y las repercusiones que tienen en la sociedad al formar parte de una organización criminal de naturaleza delictiva.

VI.- Exclusión de la imputación a título culposo

La imputación culposa se basa en el desconocimiento sobre ciertas circunstancias del hecho típico, teniendo la posibilidad de conocer los riesgos que genera su conducta y el potencial lesivo que encierra, por tanto, la culpa no es sino un supuesto de error sobre el conocimiento de ese potencial lesivo de su conducta¹¹⁵¹. La voluntariedad no es elemento del dolo, sino un elemento de la acción, común, por tanto, a los delitos dolosos e imprudentes. Lo específico del dolo frente a la imprudencia es, pues, que el sujeto que actúa dolosamente conoce el significado típico de la conducta que realiza voluntariamente y el sujeto imprudente desconoce en toda su dimensión ese significado¹¹⁵². El análisis debería descender al concreto contexto social y a los deberes que se derivan de la posición social que el sujeto tenía en ese específico espacio de interacción¹¹⁵³.

¹¹⁴⁹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., pág. 310.

¹¹⁵⁰ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., pág. 311.

¹¹⁵¹ CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de teoría del delito*, op. cit., págs. 142-143.

¹¹⁵² SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, J.M^a. Bosch, 1992, pág. 401.

¹¹⁵³ CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de teoría del delito*, op. cit., pág. 145.

La ausencia de incriminación a título de imprudencia típica o culpa en la organización criminal da pie a plantear en otros términos el problema de la organización criminal a título doloso, y su fundamento lo delimitaremos de la siguiente forma: el Código Penal en su art. 570 *bis* hace referencia en primer término a los que promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren una organización criminal. Este tipo de comportamientos son claramente dolosos. La comisión “culposa” no es punible, por lo que un error esencial pero vencible basta para excluir la responsabilidad penal.

Son tipos penales en los que la propia naturaleza de la acción exige el dolo. En todo caso no es que el dolo se presuma, sino todo lo contrario es inherente a la acción. Dichas actividades de promoción, constitución, organización, coordinación o dirección son inequívocamente dolosas, no cabiendo imaginar tales comportamientos directivos realizados de modo imprudente. Además el significado que su realización conlleva es desplegar una labor creadora, de iniciativa y coordinación, para llevar a la realidad una serie de planes y objetivos previamente seleccionados¹¹⁵⁴.

Por lo expuesto, consideramos que debe excluirse el título de la imputación culposa en la realización de las conductas ejecutadas por los sujetos que menciona el 570 *bis*.1 del Código penal. En dicho precepto son sancionados también pero con menor pena los miembros activos, y los cooperadores. Tales formas de participación en este tipo delictivo conllevan también una acción dolosa. Las penas más benignas que las previstas para los miembros del “primer grupo” aludirían a una menor peligrosidad en razón a su sanción, lo que no suprimiría el carácter doloso de tales acciones.

Es doctrina dominante que la participación en una organización criminal es un acto eminentemente “doloso” e incluso que doloso ha de ser el hecho delictivo base del autor principal, en el que se participa. En la medida en que los

¹¹⁵⁴ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., pág. 316.

delitos de asociación ilícita son formas de participación criminal, lógicamente serán también hechos dolosos¹¹⁵⁵.

En suma, se puede manifestar que todas las formas de intervención delictiva en el delito de organización criminal han de ser realizadas a título doloso, y no así culposo o imprudente. Y ello, no sólo porque la organización tiene una naturaleza intrínsecamente delictiva, sino porque todos los intervinientes en esa organización son consciente de ello, y aun así forman parte de la misma y su integración típica no es fruto de una imprudencia o una negligencia.

VII.- Culpabilidad de los sujetos pertenecientes a la organización criminal

La culpabilidad es un presupuesto necesario de la legitimidad de la pena estatal¹¹⁵⁶. Ya el concepto normativo de culpabilidad pone a la persona en relación con el Derecho liberándola de contenidos psicológicos; este proceso en una condición necesaria de la libertad de la persona, pues en la medida en que es competente por la garantía de la fidelidad al Derecho, ella misma puede prohibirse con toda razón un control de su “cabeza” y solamente una sociedad que hace responsable al autor de las consecuencias de la falta de fidelidad puede permitirse renunciar a ese control¹¹⁵⁷. Dicho lo anterior, la configuración normativa de la sociedad se pone en duda a través de una infracción de la norma -propiamente con la creación de una organización criminal-, por lo que la tarea que surge es aclarar esta infracción y resolverla de manera que dicha configuración oriente una vez más sin que se dude de ello¹¹⁵⁸.

¹¹⁵⁵ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., pág. 318. (nota al pie 40).

¹¹⁵⁶ JAKOBS, Günther, *Fundamentos del Derecho*, op. cit., pág. 15.

¹¹⁵⁷ JAKOBS, Günther, «La culpabilidad de los foráneos» trad. Jorge Fernando Perdomo Torres, en *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad. Seminario con Günther Jakobs en la UAM*, Manuel Cancio Meliá / Bernardo Feijoo Sánchez (eds.), Aranzadi Cizur-Menor, Navarra, 2008, pág. 139.

¹¹⁵⁸ JAKOBS, Günther, «La culpabilidad», op. cit., pág. 118.

Como ha señalado JESCHECK, el principio de culpabilidad tiene como presupuesto lógico la libertad de decisión de la persona, pues -desde su perspectiva- sólo cuando esencialmente existe la capacidad de determinación conforme a las normas jurídicas puede ser hecho responsable el autor por haber cometido el hecho antijurídico en lugar de dominar sus instintos criminales¹¹⁵⁹.

En el concepto funcional-normativista, la culpabilidad no es ya reprochabilidad¹¹⁶⁰, sino competencia, de forma que un sujeto es culpable cuando es “competente” por la falta de motivación jurídica puesta de manifiesto por su acción antijurídica. Esta responsabilidad se da cuando la falta de motivación de motivarse conforme a la norma correspondiente y este déficit no se puede hacer entendible sin que afecte a la confianza general de la norma. En consecuencia, esta responsabilidad por un déficit de motivación jurídica dominante en un comportamiento antijurídico es la culpabilidad¹¹⁶¹.

Como ya indicó GOLDSCHMIDT, la culpabilidad es una unión entre lo subjetivo determinado por una decisión voluntaria y la representación de lo que la ley manda, y por esta razón, al lado de cada norma de derecho que determina una conducta exterior, hay una norma de deber que exige una correspondiente

¹¹⁵⁹ Continúa: si todo hacer u omitirestuviera determinado decisivamente a través de la eficacia causal propia de los procesos naturales y privado de la influencia de las fuerzas de la voluntad, tendría tan poco sentido reprocharle a la persona sus hechos como hacerlo responsable de sus enfermedades. *Vid.* JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., trad. Miguel Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2003, págs. 437-438.

¹¹⁶⁰ Para KAUFMANN, sí lo es, porque es un disvalor personal sujeto a reprochabilidad, significa que están dadas las condiciones de un reproche. Todo reprochar está dirigido a un sujeto, que reprocha, y dos objetos: aquel que es reprochado y lo que reprocha. El reproche significa por tanto, que el centro valorativo el orden jurídico, reprocha al capaz de cumplir el deber lo injusto de su comportamiento. *Vid.* KAUFMANN, Armin, *Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna*, trad. Enrique Bacigalupo / Ernesto Garzón Valdés, Depalma, Buenos Aires, 1977, pág. 243.

¹¹⁶¹ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. Joaquín Cuello Contreras / José Luis Serrano González de Murillo, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 566.

conducta interior¹¹⁶². En JAKOBS dicha falta de fidelidad se pune para mantener la confianza general en la norma, en base a esta fidelidad de la pena, el concepto de culpabilidad no debe orientarse hacia el futuro sino de hecho está orientado hacia el presente, en el entendido de que el Derecho penal funciona para estabilizar el ordenamiento jurídico¹¹⁶³.

El fundamento estaría en la determinación de culpabilidad bajo la aplicación del Derecho penal vigente, es decir, en la necesidad de punir en una determinada medida, para confirmar la obligatoriedad del ordenamiento frente al ciudadano fiel al Derecho; la culpabilidad se fundamentaría a través de la prevención general entendida de este modo, aún por precisar, y se mide conforme a dicha prevención¹¹⁶⁴. Para JAKOBS, “sólo el fin otorga el contenido al concepto de culpabilidad”¹¹⁶⁵, y el contenido de la culpabilidad no es ajeno a las funciones del Derecho penal en tanto distribución de competencias o incumbencias.

Existe cierta duda respecto al fundamento material sobre cómo se realiza esa distribución: que en muchas ocasiones se trate de una descripción correcta no significa que la ausencia de equivalentes funcionales represente un fundamento normativo asumible: el culpable es el irrenunciable vehículo del acto demostrativo que estabiliza el ordenamiento jurídico; la declaración de culpabilidad significa que el hecho delictivo no queda definido como casualidad o capricho del destino, sino como obra o expresión de una persona¹¹⁶⁶.

La culpabilidad tiene que ver con la estabilización normativa como función básica del Derecho penal y materialmente culpabilidad es responsabilidad personal por la erosión de dicha estabilidad; no es una especie de

¹¹⁶² GOLDSCHMIDT, James, *La concepción normativa de la culpabilidad*, 2ª ed., trad. Magarethe de Goldschmidt / Ricardo C. Núñez, B de F., Buenos Aires, 2002, págs. 90-91.

¹¹⁶³ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 581.

¹¹⁶⁴ JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho*, op. cit., pág. 78.

¹¹⁶⁵ JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho*, op. cit., pág. 82.

¹¹⁶⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, «La culpabilidad jurídico-penal en el Estado democrático de Derecho», en *ADPCP*, vol. LXV, 2012, págs. 108 s.

“autocontradicción” como ciudadano o persona deliberativa, sino más bien una “contradicción” con elementos indispensables para la vida social. En la teoría funcional los delincuentes responden por su participación en un proceso progresivo de erosión de la norma mediante la realización de hecho de gran lesividad social, si bien no se ha explicado suficientemente el fundamento personal de esa culpabilidad. Cuestiones como la determinación de los límites de la capacidad de la culpabilidad sólo se pueden llevar a cabo mediante una referencia a las necesidades de estabilidad normativa aunque existan casos en los que resulte innecesaria una pena -enfermo mental-. Ahora bien, el mayor o menor alcance de dichas exclusiones se construye en un discurso jurídico enormemente especializado en el que tienen un papel relevante tanto las necesidades de estabilización normativa como la configuración concreta de la sociedad correspondiente¹¹⁶⁷.

Por ello, la culpabilidad ha de configurarse funcionalmente, es decir, como concepto que rinde un fruto de regulación, conforme a determinados principios de regulación de acuerdo con los requisitos del fin de la pena, para una sociedad y estructura determinada. Yendo un poco más allá, el fin de la pena -es para JAKOBS- de tipo preventivo general; se trata de mantener el reconocimiento general de la norma¹¹⁶⁸. Dicha culpabilidad se plantea bajo los siguientes presupuestos.

A) Déficit de fidelidad normativa

En el caso del déficit de fidelidad normativa, JAKOBS distingue -sobre la base de la teoría de los sistemas- entre los individuos con su conciencia y la sociedad como sistema comunicativo. Desde este punto de vista, el Derecho aparece como estructura de la sociedad, y tanto los deberes como los derechos,

¹¹⁶⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, «La culpabilidad jurídico-penal», págs. 112 sigs.

¹¹⁶⁸ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 584.

que dan lugar a las expectativas normativas, no se dirigirían a individuos, sino a destinos contruidos comunicacionalmente, es decir, a las personas¹¹⁶⁹.

En lo que aquí interesa, en el sistema penal la persona es analizada de acuerdo con su competencia que, básicamente, se expresa merced a la exigencia de fidelidad al Derecho. Ahora bien, justamente la culpabilidad es la manifestación de esa falta de fidelidad. En tal sentido, sólo podría ser autor o partícipe de un delito quien dispone de la competencia de enjuiciar de modo vinculante la estructura de lo social, precisamente, el Derecho. Por tanto, la culpabilidad es déficit exteriorizado de la fidelidad al ordenamiento jurídico y los hechos psíquicos, en la medida en que son susceptibles de ser demostrados; especialmente el dolo y la conciencia de antijuridicidad, no son otra cosa que indicadores, aunque no insustituibles, de tal déficit¹¹⁷⁰.

En la teoría del Derecho penal del enemigo, “sólo es persona quien ofrece una garantía cognitiva suficiente de un comportamiento personal, y ello como consecuencia de la idea de que toda normatividad necesita de una cimentación cognitiva para poder ser real”¹¹⁷¹.

Un argumento para la culpabilidad en delitos comunes sería el déficit de fidelidad normativa, esto porque son considerados como personas dentro de la sociedad –solo en un sentido teórico-. Pero al respecto surge la cuestión: ¿qué sucede con los sujetos que pertenecen a una organización criminal, tienen déficit de fidelidad normativa? Consideramos que dichos sujetos van más allá de un simple déficit, porque que niegan completamente la norma y por ende su

¹¹⁶⁹ YACOBUCCI, Guillermo J., «Culpabilidad y libre arbitrio en la reflexión de Günther Jakobs», en MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo / CARO JOHN, José Antonio, (editores), *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs en su 70 Aniversario*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, pág. 600.

¹¹⁷⁰ YACOBUCCI, Guillermo J., «Culpabilidad y libre arbitrio», op. cit., pág. 601.

¹¹⁷¹ JAKOBS, Günther / CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, 2 ed. Editorial Aranzadi Cizur-Menor, Navarra, 2006, pág. 50.

vigencia. En todo caso, ellos desconocen intencionalmente la norma y se desenvuelven al margen de la misma.

Ahora bien, una expectativa normativa dirigida hacia una determinada persona pierde su capacidad de orientación cuando carece del apoyo cognitivo prestado por parte de esa persona. En tal caso, de nuevo la expectativa normativa es sustituida por la orientación cognitiva, lo que significa que la persona -la destinataria de expectativas normativas- muta para convertirse en fuente de peligro, en un problema de seguridad que debe abordarse de modo cognitivo. Esto no significa que el deber de comportarse legalmente quede disuelto -como es evidente, un deber no decae por el hecho de que sea continuamente quebrantado-, sino que lo que sucede es que ya no se espera el cumplimiento del deber, la autoadministración ordenada de la persona, de modo que desaparece el elemento central de una personalidad que presta orientación, es decir, la presunción de la fidelidad al ordenamiento jurídico, y, con ello, la base del negocio jurídico de la libre autoadministración¹¹⁷².

B) La imputabilidad de los intervinientes en la organización criminal

Determinado el déficit de fidelidad normativo, la imputabilidad expresa la capacidad subjetiva de culpabilidad en función de las facultades psíquicas del autor de conocer y comprender la norma por él quebrantada. Es imputable quien tiene idoneidad para responder de la realización de un injusto típico, en la medida en que puede comprender el sentido de la norma y autodeterminarse conforme al mismo¹¹⁷³.

¹¹⁷² JAKOBS, Günther / CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., págs.66-67.

¹¹⁷³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit. pág. 157. / Vid. asimismo, haciendo referencia a la imputabilidad como capacidad de culpabilidad, CARBONELL MATEU, Juan Carlos, «Sobre la imputabilidad en el Derecho penal español», en *La imputabilidad en general en el Derecho penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, pág. 12.

En la cuestión de la imputabilidad de una acción se trata de si la acción antijurídica constituye expresión de un déficit de fidelidad al derecho o si al autor se le puede distanciar de la antijuridicidad de su acción. En la culpabilidad importa la determinación de que factores relevantes para la motivación pertenecen al ámbito de tareas del autor y que factores puede invocar el autor como disponibles para él¹¹⁷⁴.

Así pues, a fin de determinar la culpabilidad ha de establecerse cuantas presiones sociales se pueden achacar al autor afectado por la atribución de la culpabilidad y cuantas cualidades perturbadoras del autor han de ser aceptadas por el Estado y por la sociedad¹¹⁷⁵.

Como subraya JESCHECK, la capacidad de culpabilidad es el primer elemento sobre el que descansa el juicio de culpabilidad. Aquella debe existir al objeto de que pueda aparecer digna de reprobación la ausencia de una actitud jurídica interna en la que ha tenido su origen la resolución delictiva. Únicamente quien ha alcanzado una edad determinada y no padece graves anomalías psíquicas posee el grado mínimo de capacidad de autodeterminación que es exigido por el ordenamiento jurídico para la responsabilidad penal¹¹⁷⁶.

Por otro lado, sólo tiene sentido llegar a examinar la existencia o no de la exigibilidad de la conducta conforme a la norma, del deber, si se ha afirmado previamente la capacidad del sujeto para obligarse. De ahí que capacidad de culpabilidad y capacidad de obligación o de deber sean una misma cosa. Puede, por eso y en suma, mantenerse que el juicio de culpabilidad no es otra cosa que la

¹¹⁷⁴ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 582.

¹¹⁷⁵ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., págs. 582-583.

¹¹⁷⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 465.

comprobación de que ha existido la infracción de un deber y que esta ha de serle imputada subjetivamente a su autor¹¹⁷⁷.

Por otro lado, la esencia de la imputabilidad es constituida por la capacidad del sujeto de motivar su conducta en la ley penal. El injusto es el referente de las condiciones de capacidad psíquica personal: sólo si el sujeto tiene la capacidad de ejecución de la conducta conforme a la norma, podrá ser susceptible de responsabilidad penal por el comportamiento antijurídico. También la imputabilidad es un concepto normativo que expresa la cualidad psicológica del autor del injusto típico conforme a la cual el sujeto es capaz de comprender el sentido de su conducta en relación con la incriminación típica¹¹⁷⁸.

En el tema que nos ocupa, la imputabilidad de los intervinientes de una organización criminal equivale a la normal capacidad intelectual-cognitiva del injusto típico para comprender que el acto está descrito por una ley penal y acomodar su conducta a lo dispuesto por la norma.

De entre el cúmulo de factores causales a los que se encuentra condicionada toda perturbación social, por medio de la imputación se individualiza precisamente al autor, de forma que ni lo que junto con él es causa, ni lo que a través de él es causa, tienen validez y por tanto se imputan como causa del conflicto, pues sólo el autor define, como causa *per se*. Por tanto, la imputación no es algo que concierna a la naturaleza, sino a una explicación del mundo. Por lo tanto, delito y pena no se suceden como la noche al día, sino como discurso y respuesta. En tal caso, el delito es el discurso que implica una toma de posición contraria a la norma y a las condiciones de su vigencia fáctica. Y la pena se posiciona como la respuesta ante esa toma de posición desvalorada¹¹⁷⁹.

¹¹⁷⁷ CARBONELL MATEU, Juan Carlos, «Sobre la imputabilidad», op. cit., pág. 13.

¹¹⁷⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit. pág. 158.

¹¹⁷⁹ JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho penal*, trad. Enrique Peñaranda Ramos / Carlos J. Suarez Gonzales / Manuel Cancio Meliá, Civitas, Madrid, 1997, pág. 130.

Aunque también existen casos en los que la respuesta penal es atenuada o bien no puede darse. En el primer grupo nos referimos propiamente a los inimputables en sentido estricto. Desde un punto de vista cualitativo, se trata en todo caso de personas anormales. El prototipo de estos casos constituyen las personas que padecen una grave enfermedad mental. En dichos casos no existe una respuesta penal, sino que, al autor, enfermo mental, o se le cura o se le pone a buen recaudo. En el segundo grupo se trata del ámbito de exculpación, en supuestos inexigibilidad total o parcial, pues este ámbito, a diferencia del citado en primer término, es cuantificable. Constituye un instituto clásico de este grupo en estado de necesidad¹¹⁸⁰.

Por otro lado, la regulación legal de la exigibilidad no trata de decidir la cuestión de lo que es exigible a un autor aisladamente considerado. Precisamente el autor no vive aislado, sino en una sociedad y en un Estado configurados de una manera determinada, y de ahí que sea necesario estipular las obligaciones que debe soportar y cuales se puede remitir para verse exonerado¹¹⁸¹.

C) Sobre la autodeterminación de los sujetos intervinientes en la organización criminal

La libertad de actuación y la responsabilidad por las consecuencias se condicionan recíprocamente: solo las personas responsables, pero no los individuos determinados causalmente, precisan esferas de libertad, y sólo con personas responsables pueden quedar garantizadas institucionalmente las esferas de libertad. En la medida en que la responsabilidad en el moderno Derecho penal de la culpabilidad se vincula a la falta de fidelidad jurídica, es decir, a la falta de voluntad de cumplimiento del derecho, se habla habitualmente de culpabilidad

¹¹⁸⁰ JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho*, op. cit., págs. 130-131.

¹¹⁸¹ JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho*, op. cit., pág. 132.

por la voluntad defectos de voluntad y similares, extendiéndose esta forma de hablar hasta la libre conformación de la voluntad¹¹⁸².

La autodeterminación no debe confundirse con el “libre albedrío”, sino que debe identificarse con la competencia de autodeterminarse socialmente asignada sobre la cual se construyen las correspondientes estructuras de responsabilidad. Dicha autodeterminación no es más que una construcción social¹¹⁸³. La configuración normativa de la sociedad se pone en duda a través de una infracción a la norma, por lo que la tarea que surge es aclarar esta infracción y resolverla de manera que dicha configuración oriente una vez más sin que se dude de ello¹¹⁸⁴.

Naturalmente, también en la concepción que aquí se propugna existe una relación entre responsabilidad y libertad, puesto que aquello por lo que el autor ha de responder no necesita, en la medida en que ha de responder por ello, de supervisión alguna por parte de otras personas. Quien ha de responder por su motivación defectuosa puede rechazar la intromisión de otras personas en su motivación alegando su responsabilidad. El ámbito en el que se puede ser culpable es, pues, al mismo tiempo, un ámbito libre, de autodeterminación, pero ésta no en el sentido del libre albedrío, sino en el de la falta de obstáculos jurídicamente relevantes para sus actos de organización¹¹⁸⁵.

La culpabilidad vienedada por el contexto normativo, es decir, por la concreta estructura social. Aunque la culpabilidad aparezca relacionada con la idea de libertad, cabe aclarar que no se trata de libertad de voluntad o libre

¹¹⁸² JAKOBS, Günther, «Individuo y persona. Sobre la imputación jurídico penal y los resultados de la moderna investigación neurológica», en FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo, (ed.), *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*, Aranzadi, Navarra, 2012, pág. 189.

¹¹⁸³ FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, «La culpabilidad jurídico-penal», pág. 117.

¹¹⁸⁴ JAKOBS, Günther, «La culpabilidad», op. cit., pág. 118.

¹¹⁸⁵ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 586.

arbitrio en sentido psicológico, referido a la posibilidad de autodeterminarse a partir de lo dado, y de organizar un ámbito de desenvolvimiento propio¹¹⁸⁶.

Bien es cierto que la culpabilidad está relacionada con la libertad, pero no con la libertad de la voluntad, con el libre albedrío -que no puede ser determinado-, sino con la libertad de autodeterminarse, es decir, de administrar la cabeza y el ámbito de organización propios. La culpabilidad sólo es posible en un orden en el que todos los procesos son dirigidos de manera centralizada, esto es, que es administrado descentralizadamente¹¹⁸⁷.

D) Defectos volitivos

En lo que respecta a los defectos volitivos, se puede indicar que un conocimiento perfectamente fundado no conlleva cumplimiento de la norma cuando el autor no quiere cumplirla, y en lo que se refiere a la voluntad, la situación diverge de la del conocimiento. Muestra de ello se observa en los delitos dolosos, ya que el autor lleva a cabo una valoración distinta de la del ordenamiento. Esto es un defecto volitivo y éste generan responsabilidad. Esto en razón de que precisamente el Derecho no está en condiciones de fundamentar frente a todos que su cumplimiento será siempre individualmente preferible, y por ello impone a las personas a ocuparse por sí mismas de la fidelidad al ordenamiento jurídico y en consecuencia de la disposición a cumplir la norma¹¹⁸⁸.

De esta manera, quien conoce el sistema de normas del Estado, pero no quiere conocerlo, no necesariamente fracasa con su planificación individual. Esto es lo específico del defecto volitivo que se refiere a normas sociales: también puede uno hacerse cómodamente su camino infringiendo esas normas, dicho de

¹¹⁸⁶ YACOBUCCI, Guillermo J., «Culpabilidad y libre arbitrio», op. cit., pág. 601.

¹¹⁸⁷ JAKOBS, Günther, *Fundamentos*, op. cit., págs. 67-68.

¹¹⁸⁸ JAKOBS, Günther, «Culpabilidad jurídico-penal y libre albedrío» en FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*, Aranzadi, Navarra, 2012, pág. 209.

otro modo, no puede probarse que desde el punto de vista individual sea preferible cumplir las normas sociales, y especialmente la normas jurídicas, a diferencia de lo que ocurre en cuanto a las normas de la naturaleza¹¹⁸⁹.

Pero si alguien reconoce el carácter absoluto de un determinado orden se produce una vinculación del sujeto y su voluntad “defectuosa”¹¹⁹⁰. Por tanto, la dirección de la voluntad es idónea para compensar la debilidad de la norma. Y con esto, en un Estado moderno, no nos referimos a la dirección de la voluntad a través del miedo ante la pena, sino al hecho de que el comportamiento conforme a la norma se convierte en una costumbre¹¹⁹¹. Por consiguiente, “defecto volitivo” siempre debe entenderse como “déficit de voluntad”, y concretamente como déficit de motivación fiel a Derecho. Incluso en el caso del hecho doloso con plena conciencia de antijuridicidad, el gravamen no está en el hecho psíquico del conocimiento de las consecuencias, sino en la falta de motivación dominante dirigida hacia la evitación¹¹⁹².

Ahora bien, ya un hecho en sí no debe ser concebido como proceso impersonal. Así, *v.gr.*, en el caso de una lesión, ésta tiene relevancia debido a la perturbación realizada por una persona, esto es, precisamente el significado comunicativo de su comportamiento. De manera análoga, la imputación no sólo vincula al autor en cuanto mero sistema psicofísico con la herida, sino que lo sucedido se interpreta como un esbozo de realidad, como afirmación de que se pretende que la vida social debe desarrollarse de esta manera. Y consiguientemente, también se ubica en la categoría de lo comunicativo aquella que trata al autor como persona: la pena es réplica de su esbozo de la realidad, es la constatación de que el autor con su hecho ha afirmado algo que no es

¹¹⁸⁹ JAKOBS, Günther, *Fundamentos*, op. cit., pág. 47.

¹¹⁹⁰ JAKOBS, Günther, *Fundamentos*, op. cit., pág. 49.

¹¹⁹¹ JAKOBS, Günther, *Fundamentos*, op. cit., pág. 49.

¹¹⁹² JAKOBS, Günther, *Fundamentos*, op. cit., pág. 51.

determinante. Sólo de esa manera pueden comprenderse hecho y pena como contexto de sentido y no como secuencia irracional de dos males¹¹⁹³.

En el sistema jurídico, la defraudación de expectativas puede ser atendida contrafácticamente, reafirmandolas a pesar de lo que aconteció cognitivamente. Esta validez contrafáctica es realmente la gracia de la configuración basada en el deber, pues lo que cabe esperar jurídicamente, por ejemplo con respecto a alguna conducta lesiva, se encuentra en contradicción con el curso fáctico del mundo¹¹⁹⁴. En consecuencia, la máxima a tener en cuenta sería: el autor es competente de no verse arrastrado a cometer el delito y, en caso de que se deje arrastrar, de soportar los costes que se derivan de dicho conflicto. Esa conexión de sentido, sin embargo, no surge de los procesos neuronales en la medida en que dicho mundo solo hay coordinaciones causales, pero no normativas, es decir, incumbencia¹¹⁹⁵. Esto supone que las normas necesitan una cimentación cognitiva si se pretende que ofrezcan la orientación; deben, pues, aparecer como establecidas. Hay, aquí, por decirlo de algún modo, una concesión imprescindible a la realidad, aun en los términos de realidad construida socialmente. La integración entre lo cognitivo “individuo” y lo normativo “persona” se alcanza de manera evidente en este punto decisivo para el Derecho penal¹¹⁹⁶.

La culpabilidad material la “autodeterminación” del sujeto hacia el mal, esto es, su autocorrupción por negarse completamente a determinar de manera adecuada su comportamiento. El autor que infringe una norma legítima, se dice, niega la “razón subjetivo-autónoma de vigencia del derecho”, con la siguiente consecuencia: en lo que se refiere al lado de lo subjetivo del autor, tomándolo

¹¹⁹³ JAKOBS, Günther, *Fundamentos*, op. cit., pág. 53-54.

¹¹⁹⁴ YACOBUCCI, Guillermo J., «Culpabilidad y libre arbitrio», op. cit., págs. 603-604.

¹¹⁹⁵ YACOBUCCI, Guillermo J., «Culpabilidad y libre arbitrio», op. cit., pág. 605.

¹¹⁹⁶ En cuanto a la noción de enemigo sostienen que la situación con respecto a la personalidad es igual a la de la vigencia de la norma: no puede ser prolongada infinitamente hacia lo contrafáctico, pero sí un poquito. La cuestión ahora remite a considerar si la “realidad” sobre la libertad de la que habla sociedad en virtud de cierta experiencia interior es parte de ese ámbito cognitivo del que se puede apartar la normativización penal, o si por el contrario, puede prescindir totalmente de él o integrarlo como pura normatividad al estilo de Kelsen. *Vid.* YACOBUCCI, Guillermo J., «Culpabilidad y libre arbitrio», op. cit., pág. 605.

primero de manera abstracta, desligada de su razón de constitución intersubjetiva, lo que tienen que significar en concreto injusto, delito, pena se determina válidamente en última instancia en la decisión racional autónoma, esto es, en saber prácticamente que la situación jurídica que está en la base de la relación jurídica concreta tiene validez general para el sujeto mismo¹¹⁹⁷.

E) Defectos cognitivos

En lo que se refiere a los defectos cognitivos, que afectan de tal manera al estado o al curso del mundo exterior que al autor desconoce los efectos que genera, con lo dicho puede explicarse por qué tienen efecto exonerador: un comportamiento en el que aparece un defecto cognitivo de esas características no ofrece un patrón válido en una sociedad que trata a la realidad de manera racional; no puede tener carácter ejemplar; ese comportamiento ni siquiera puede interpretarse como protesta contra la realidad en su configuración actual, ya que ésta, en cuanto realidad completamente impersonal, no constituye un destinatario idóneo al que pudiesen dirigirse protestas¹¹⁹⁸.

Un comportamiento con defectos cognitivos conlleva el peligro de una *poena naturalis*. Por consiguiente todo ser humano que quiera organizarse racionalmente intentará no hacer cálculos erróneos, y esto lo hará de dos maneras distintas; por un lado, fijándose lo mejor posible en qué es lo que ocurre, y por otro, intentando seguir aprendiendo, para reducir el ámbito de lo que para él resulta inevitable¹¹⁹⁹.

Cuando se trata sobre el error acerca de la existencia de una norma, se refiere propiamente al error de prohibición, esto es, en ambos casos de un error que no se refiere al tipo, sino a la situación concurrente en cuanto a la existencia

¹¹⁹⁷ JAKOBS, Günther, *Fundamentos*, op. cit., págs. 56-57.

¹¹⁹⁸ JAKOBS, Günther, *Fundamentos*, op. cit., pág. 27.

¹¹⁹⁹ JAKOBS, Günther, *Fundamentos*, op. cit., págs. 27-28.

de determinados deberes¹²⁰⁰. Pero si el desconocimiento se fundamenta en un desinterés de conocer, sin que ese desinterés a su vez pudiese explicarse mediante la razón que deba valorarse como favorable al ordenamiento jurídico, en ese caso se mantiene la pena completa¹²⁰¹. En otras palabras, la ley distingue en los supuestos de desconocimiento de la norma entre aquellos casos en los que el autor lo sufre por error y aquellos en los que el desconocimiento es consecuencia de que el autor se ha apartado del objeto de conocimiento.

En el caso de que se desconozca el tipo, es decir que se ignoren las consecuencias externas del comportamiento. En este ámbito, la ley y la bibliografía se comportan como esclavos de los hechos psíquicos; la normatividad se rinde ante lo perceptible por los sentidos: sin conocimiento de la realización del tipo, se dice, decae el dolo¹²⁰². La evitabilidad del error se determina individualmente, esto es, en función de que el autor concreto hubiese podido realizar el comportamiento correspondiente al estándar de su rol si se hubiese esforzado suficientemente. Por consiguiente, se trata de un error evitable del individuo, no de la persona que desempeña un determinado rol¹²⁰³.

En un supuesto de defecto cognitivo individualmente evitable, nadie puede intentar excusarse diciendo que aunque ha fracasado en un rol, debe ser considerado íntegro en los demás, ya que no es cierto que haya fracasado solo en un rol, sino que su fracaso se ha producido ante las exigencias iguales a las que hay que satisfacer en todos los roles. La valoración negativa del autor,

¹²⁰⁰ Ejemplos: alguien cava un pozo en su propio terreno, sin autorización y sin conocer que ese comportamiento está prohibido. O el siguiente: otro sujeto organiza con finalidad benéfica, optima fide, pero sin autorización, un juego de azar público. *Vid.* JAKOBS, Günther, *Fundamentos*, op. cit., pág. 30.

¹²⁰¹ Un ejemplo extremo: quien conduce en el tráfico rodado un vehículo que no está admitido para ello, no puede argumentar que no pensó en la prohibición porque ese tipo de nimiedades no merecen su atención. *Vid.* JAKOBS, Günther, *Fundamentos*, op. cit., pág. 39.

¹²⁰² JAKOBS, Günther, *Fundamentos*, op. cit., pág. 40.

¹²⁰³ JAKOBS, Günther, *Fundamentos*, op. cit., pág. 42.

individualmente fundamentado, por tanto, no sólo le afecta en un sector social, sino en general¹²⁰⁴.

VIII.- Punibilidad en la organización criminal

A) Breve referencia a la punibilidad como elemento del delito

La punibilidad es una cuestión debatida en la teoría jurídica del delito respecto a si constituye un elemento esencial del delito, o si por el contrario constituye una categoría dogmática que aunque pudiera tener incidencias importantes en el concepto de delito opera al margen del plano del delito al expresar una cualidad que no integrante del delito sino de relativa a la consecuencia jurídica del mismo constituido por la pena¹²⁰⁵.

Así pues, resulta que la punibilidad es categoría que adolece de una cierta falta de precisión conceptual, pero que en modo alguno puede ser identificada ni confundida con la penalidad: mientras la punibilidad constituye una característica esencial del concepto jurídico del delito, la penalidad representa una cualidad referida a la consecuencia jurídica del mismo que es la pena¹²⁰⁶. En palabras de POLAINO NAVARRETE, la opinión de que la punibilidad no integra un elemento esencial constitutivo del delito no es exacta, por cuanto tal concepción deja sin clarificar el significado y el alcance dogmático que corresponde a esta debatida característica del concepto jurídico del delito¹²⁰⁷.

Por una parte, se ha estimado que no es sencillo conceptualizar y dar contenido a la punibilidad. Buena parte de la doctrina se resiste a considerar

¹²⁰⁴ JAKOBS, Günther, *Fundamentos*, op. cit., pág. 43.

¹²⁰⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de teoría del delito*, Mergablum, Sevilla, 2012, pág. 234.

¹²⁰⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de teoría*, op. cit., pág. 234.

¹²⁰⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, tomo II, Tecnos, Madrid, 2016, pág. 204. / *Vid.*, ilustre sustentador también ya de esta postura, ANTÓN ONECA, José, *Derecho penal*, 2ª ed., Akal, Madrid, 1986, págs. 161 y sig.

necesario este elemento sistemático. A este rechazo contribuye la dificultad de trazar un paralelo entre punibilidad y los demás elementos del delito¹²⁰⁸. Se ha indicado que podría definirse la punibilidad como el presupuestos de los presupuestos legalmente necesarios para que un injusto culpable pueda ser castigado¹²⁰⁹.

Por otro lado, la punibilidad es considerada una característica esencial del delito, a la que corresponde incorporar en el concepto jurídico del delito las exigencias político-criminales relativas a la posibilidad y conveniencia de incriminación de una conducta como delictiva y adecuación de la sanción penal de la misma, de conformidad con la naturaleza de *ultima ratio* del ordenamiento punitivo y los fines esenciales de prevención criminal que la norma incriminadora ha de perseguir¹²¹⁰.

Existen autores a favor y en contra de este planteamiento dogmático. Así, CEREZO MIR reconoce levemente que la punibilidad tiene un singular contenido en la teoría del delito, al determinar que las condiciones objetivas de punibilidad (o de mayor punibilidad) no guardan relación con lo injusto específico de la conducta delictiva, no pertenciendo, por ello, al tipo de lo injusto, ni con la reprochabilidad personal de la acción u omisión típica y antijurídica, y las califica de objetivas porque no es preciso que sean abarcadas por el dolo, siendo indiferente que exista o no una relación de causalidad entre la acción típica y la

¹²⁰⁸ Los elementos del delito se caracterizan por ser indispensables como presupuestos de la pena, mientras que la punibilidad es contingente o excepcional, aunque es conveniente adoptar otros elementos que, si bien no suelen presentarse en la gran mayoría de los delitos, aparecen como presupuestos de la pena en algunos otros. *Vid.* BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / ARROYO ZAPATERO, Luís / GARCÍA RIVAS, Nicolás / FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos / SERRANO PIEDECASAS, José Ramón, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Praxis, Barcelona, 1999, pág. 267.

¹²⁰⁹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte General del Derecho penal*, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, 2007, pág. 443. / *Vid.*, sobre la problemática de la punibilidad, HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe, *Las excusas absolutorias*, Marcial Pons, Madrid, 1993, *passim*.

¹²¹⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., pág. 204.

condición objetiva de punibilidad, al obedecer únicamente a consecuencias de política-criminal¹²¹¹.

A su vez, LUZÓN PEÑA entiende que la punibilidad no es un componente del delito, sino un presupuesto adicional para la pena, o bien que no es un elemento común a la mayoría de las figuras delictivas, sino que afecta sólo a unos pocos casos aislados de delito en los que excepcionalmente ocurre con que no basta con que haya una acción típica, antijurídica y culpable para que haya punibilidad, es decir, para que al sujeto se le pueda imponer una pena, sino que es preciso algo más¹²¹². Pero en cualquier caso -la punibilidad- es una categoría marginal y residual dentro de la estructura del delito y, por tanto, no significativa¹²¹³.

Por su parte, JESCHECK indica que, por regla general, el injusto y la culpabilidad son suficientes como presupuestos materiales de la punibilidad. Sin embargo, hay casos en los que aquellos no está comprobada definitivamente la necesidad de pena y la decisión acerca de la punibilidad del hecho decae por causa de elementos que residen más allá del injusto y de la culpabilidad. Estos factores adicionales suelen afectar a la cuestión de la punibilidad y por ello pertenecen al Derecho penal material. Fuera del injusto y de culpabilidad, las causas materiales de las que todavía depende la punibilidad vienen determinadas por las causas personales de exclusión y de supresión de la pena, así como por las condiciones objetivas de punibilidad¹²¹⁴.

La punibilidad es, pues, un nuevo eslabón en la teoría del delito, que se caracteriza por limitar la intervención penal sobre la base de perseguir

¹²¹¹ CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, tomo III, Tecnos, Madrid, 2005, págs. 275-276.

¹²¹² LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Curso de Derecho penal. Parte general*, Editorial Universitas, Madrid, 1996, pág. 224.

¹²¹³ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Curso de Derecho penal*, op. cit., pág. 224.

¹²¹⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, trad. Miguel Olmedo Cardenete, 5ª ed., Comares, Granada, 2002, págs. 592-593.

determinados objetivos de política-criminal. La explicación mas satisfactoria de esta categoría se basa en diferenciar el “merecimiento” de pena, de pena de la “necesidad” de pena¹²¹⁵. Consideramos que no se debería pasar por alto la problemática de la delimitación conceptual y dogmática de la punibilidad, pues hay más que se puede decir sobre la punibilidad, y no simplemente obviarla.

B) Sobre las excusas absolutorias

Las excusas absolutorias son circunstancias o requisitos directamente relacionados con la persona del autor. El legislador toma conciencia de que una conducta ha de ser delictiva cuando es lo suficientemente grave como para hacerla necesitada y merecedora de una sanción penal. Sin embargo, la propia valoración del legislador indica que el hecho antijurídico y culpable puede deber ser excepcionalmente tolerado. Por ello le priva de la sanción penal, basándose en apreciaciones previas de carácter político-criminal. Ahora bien, la formulación de estas excusas absolutorias es normalmente negativa, excluyéndolo de la pena que correspondería a los intervinientes¹²¹⁶.

Son hipótesis de la exclusión legal de la punibilidad de un injusto típico subjetivamente imputado a su autor, que es determinada por razón de las exigencias político-criminales de prevención general y de prevención especial ante la falta de posibilidad, necesidad y merecimiento de pena en supuestos de no exigibilidad de otra conducta, la ausencia de adecuación o conveniencia de determinación de sanción penal o la inexistencias de exigencias de prevención general o especial¹²¹⁷.

¹²¹⁵ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / ARROYO ZAPATERO, Luis / GARCÍA RIVAS, Nicolás / FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos / SERRANO PIEDECASAS, José Ramón, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., pág. 267.

¹²¹⁶ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / ARROYO ZAPATERO, Luis / GARCÍA RIVAS, Nicolás / FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos / SERRANO PIEDECASAS, José Ramón, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., pág. 268.

¹²¹⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., pág. 210.

En todas las situaciones concurre algo que, o bien reside en la persona del autor, como sería el caso de “parentesco”, o bien en algo que éste hace, *v.gr.*, pagar, o abandonar su actitud. La razón de la exclusión de la punibilidad hay que buscarla -como se mencionó antes- en el plano político-criminal. Esto significa que su concurrencia no comporta la negación de lo injusto o de la culpabilidad, sino que en tales casos se estima político criminalmente inadecuado o innecesario imponer cualquier castigo¹²¹⁸.

Sobre las excusas absolutorias QUINTANO RIPOLLÉS indicó que no afectan para nada a los elementos del delito que no sean la punibilidad. Gráficamente el autor explicaba que en las causas de justificación no hay delito, en las causas de inimputabilidad hay delito, pero no delincuente y en las excusas absolutorias hay delito y delincuente pero falta la pena¹²¹⁹.

Como causas excluyentes de punibilidad podemos citar en inicio el art. 454 del CP refererido al encubrimiento entre parientes, el cual establece:

(...) Están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su conyuge o persona o persona a quien se hallen ligados de forma estable por análoga relación de afectividad, de sus ascendientes, descendientes, hermanos por naturaleza, por adopción, o afines en los mismos grados, con la sola excepción de los encubridores que se hallen comprendidos en el supuesto del número 1 (...).”

Relacionando esta causa absolutoria con nuestro tema de estudio, trataremos de traer a colación algunas hipótesis en las que consideramos se podría aplicar el art. 454 del CP: 1) En el supuesto de que exista un vinculo de hermanos y que A encubra a B, sabiendo que este último es parte de un grupo que con regularidad suelen reunirse y tienen proyectado una cantidad indeterminada de delitos. En este caso A no sólo deduce que B y su grupo tiene intención de cometer varios delitos sino que sabe también su programa criminal,

¹²¹⁸ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte General del Derecho*, op. cit., págs. 444-445.

¹²¹⁹ Citado por HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe, *Las excusas absolutorias*, op. cit., pág.

pero aún así no lo denuncia. Ahora bien, si se da el caso de que dicha organización a la que pertenece B es detenida. En este caso no se podrá imputar el encubrimiento de A en razón del art. 454 CP. Distinto sería si A oculta a B, o auxilia a alguno de los integrantes de la organización después de haber cometido los delitos. 2) Otro supuesto que podríamos barajar, sería donde C encubre a D siendo C la madre de D y éste último junto con tres personas más, se dan a la tarea de reunir maquinaria y materiales especializados y esenciales para el falsificado de dinero, labor que es complicada y lleva un buen tiempo. Pese a ello C se desentiende e ignora dichas actividades. Ahora bien, si dicha organización es encontrada flagrante haciendo billetes falsos, entendemos que no se podría atribuir el encubrimiento a C por ser ésta madre de D.

Otra de las causas excluyentes de punibilidad que sería objeto de apreciación en relación con el tema objeto de nuestro estudio, sería desistimiento en la tentativa e impedimento de la producción del resultado¹²²⁰, previsto en el art. 16.3 del CP: “ Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquel o aquellos que desistan de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito (...)”.

Sobre esta causa absolutoria, podríamos manejar un par de ejemplos donde consideramos su aplicación sería viable. Aclarando que dicha hipótesis nos sitúa en una plano posterior a la creación de la organización criminal y donde la organización ya esta en pleno funcionamiento. Hecha la aclaración, partimos de un primer ejemplo. 1) el caso en el que A tenga la misión de llevar determinada cantidad de droga (10 kg) bien escondida y repartida dentro de un vehículo. Pero, por razones de conciencia desiste de tal acción y deja el vehiculo frente a una delegación de policía. Claramente la acción de A de desistir de llevar la droga de un punto a otro es causa absolutoria de punibilidad; 2) Ahora bien en

¹²²⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., pág. 211.

el mismo caso donde a tiene que llevar droga de un punto a otro, pero en vez de llevar a cabo su misión desiste de la tarea, aquí añadimos que A para efectuar dicha tarea en inicio realizó el robo del vehículo que sería utilizado para dicho transporte de droga. En este caso si A desiste de la misión de trasladar la droga y entregarse, sólo operaría de la causa absolutoria en el delito de tráfico de drogas y no así en el delito previo que sería el de robo, teniendo que responder por éste último.

Además de las citadas causas absolutorias, existen otras tales como: desistimiento impropio de rebeldes o sediciosos art. 481.1; prueba de la comisión del delito imputado al autor del mismo art. 207; prueba de la verdad de las imputaciones en el delito de injurias del art. 210; delitos patrimoniales no violentos entre parientes *ex* art. 268; o el desistimiento de la tentativa o el impedimento de la producción del resultado *ex* art. 16.1 del CP¹²²¹.

¹²²¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., págs. 210-211.

CAPÍTULO VII

CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL

I.- Determinaciones previas

Circunstancia del delito es, de acuerdo con la etimología (de *circum stare*), lo que se encuentra en torno al hecho sin afectar a su esencia. Las circunstancias, pues, presuponen el delito con todos sus elementos esenciales. De manera que el delito concurre con independencia de que las circunstancias se hallen o no presentes. Las circunstancias poseen carácter eventual, contingente, son *accidentalia delicti*, elementos que pueden concurrir o no, al contrario de lo que sucede con los imprescindibles elementos esenciales. Pero cuando concurren modifican el delito, o sea, gradúan el injusto o la culpabilidad¹²²².

La gravedad de la pena resulta de concretamente impuesta como resultado de un proceso que depende de los elementos esenciales del delito: la gravedad del injusto y la mayor o menor culpabilidad del autor. En estos respectivos elementos influyen una serie de circunstancias variables, que pueden concurrir o no en el hecho sin alterar su tipicidad pero que, de estar presentes, deben reflejarse en la medida de la pena: son las llamadas circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal¹²²³.

¹²²² ÁLAMO ALONSO, Mercedes, “Las circunstancias del delito (I): las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Introducción. Las circunstancias atenuantes”, en *Iustel*: RI §911317.

¹²²³ Citado por PUENTE SEGURA, Leopoldo, *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*, Colex, Madrid, 1997, pág. 313.

No se puede prescindir del único hecho indiscutido en toda esta cuestión, que las circunstancias modulan la responsabilidad criminal. Ahora bien, esta constatación no puede llevar a entender las mismas en conjunto sean expresión de valoraciones totalmente ajenas a los juicios de antijuridicidad o culpabilidad y que su ubicación sistemática sea necesariamente la teoría de la pena. No puede dejar de reconocerse que en ocasiones la variación o modificación de la pena que conlleva la presencia de una circunstancia es consecuencia, a su vez, de que aquella modifica accidentalmente el contenido del injusto o de culpabilidad, lo que supone aceptar como premisa inicial que tanto el injusto como la culpabilidad son graduables¹²²⁴.

En definitiva, la variación de la pena prevista para un delito es consecuencia de la presencia de circunstancias que en unas ocasiones modifican el contenido del injusto o de la culpabilidad. Por lo tanto, las circunstancias, aun teniendo efectos últimos o mediatos sobre la cantidad de pena, van a suponer un retoque del injusto, si es que afectan a la mayor o menor gravedad del hecho, o la culpabilidad, si descansan en elementos de la imputación subjetiva. Asimismo el Código penal prevé circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, que tienen los mismos efectos punitivos que las anteriores y sin embargo no hallan razón ni en la graduación del injusto ni de la culpabilidad¹²²⁵. El injusto y la culpabilidad no agotan el fundamento de las circunstancias modificativas, sino que hemos de considerar la coexistencia de dos fundamentos distintos: el dogmático y el político-criminal, que son reconocidos en el ordenamiento positivo español¹²²⁶.

Ha sido y es característico de los Códigos españoles que en la Parte general prevean una serie de “circunstancias atenuantes” y de “circunstancias

¹²²⁴ SALINERO ALONSO, Carmen, *Teoría de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y el artículo 66 del Código penal*, Comares, Granada, pág. 74.

¹²²⁵ SALINERO ALONSO, Carmen, *Teoría de las circunstancias modificativas*, op. cit., pág. 78.

¹²²⁶ SALINERO ALONSO, Carmen, *Teoría de las circunstancias modificativas*, op. cit., pág. 81.

agravantes” que tienen el efecto de disminuir o aumentar la pena con arreglo a ciertas reglas legalmente establecidas. En el Código vigente las circunstancias modificativas pueden clasificarse en atenuantes (art. 21), agravantes (art. 22), o mixta (art. 23), según aumenten o disminuyan la pena o puedan llegar a producir cualquiera de ambos efectos dependiendo de los casos¹²²⁷.

Sobre la última circunstancia alternativa o bifronte (art. 23 CP), es de indicar que la circunstancia de parentesco agrava o atenúa la responsabilidad penal en función de la índole del delito y del bien jurídico protegido, siendo con manifiesta impropiedad denominada circunstancia “mixta” por el legislador, es decir agravante-atenuante, lo que es incorrecto, en cuanto puede agravar o atenuar según los casos, pero no puede ser agravante y atenuante a un mismo tiempo¹²²⁸. El mencionado artículo describe el parentesco bajo la inexacta denominación “De la circunstancia mixta de parentesco”, configurándola como un circunstancia que participa de la noble naturaleza de agravante y atenuante¹²²⁹.

De esta manera, como ha estimado reiterada jurisprudencia criminal, cabe entender que el parentesco como circunstancia modificativa de la responsabilidad de naturaleza bifronte alternativa alcanza el siguiente efecto jurídico penal: en los delitos contra los bienes jurídicos personales, el parentesco opera como circunstancia agravante, al incrementar el reproche al injusto típico por desconocerse las exigencia derivadas de los vínculos familiares; por otro lado, en los delitos contra bienes jurídicos no personales, por el contrario, surte el efecto de atenuante, propiamente, en los delitos patrimoniales no violentos del delito, excluyente de la punibilidad¹²³⁰.

¹²²⁷ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 10 ed., Editorial Reppertor, Barcelona, 2015, pág. 630.

¹²²⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, tomo II, Tecnos, Madrid, 2016, pág. 214.

¹²²⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., pág. 233.

¹²³⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., págs. 234-235.
/ Como ejemplo se plantea también la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1999, al entender que la circunstancia mixta de parentesco no puede operar como agravante si el

Atendiendo a su inclusión en la Parte general o especial del Código penal, se distingue entre circunstancias generales y específicas. Las primeras -como se indicó- corresponden con las atenuantes, agravantes y mixta de los artículos (21, 22, 23) del Código y en principio afectan o pueden afectar a todos los tipos de la Parte especial, también son conocidas como circunstancias genéricas o comunes¹²³¹. Por su parte, las circunstancias específicas son aquellas que aparecen reguladas de forma particular para un delito o grupo de delitos de la Parte especial y que también elevan o disminuyen la pena¹²³². Se pueden encontrar también circunstancias que partiendo de una unidad típica básica se adhieren de tal forma que da lugar a un delito y distinto del básico. En este caso estamos en presencia de un tipo independiente o ante un *delictum sui generis*¹²³³.

Suele decirse, partiendo de manera más o menos explícita de los postulados de la dialéctica *hegeliana*, que el ordenamiento jurídico representa la afirmación, la tesis, como el delito supone la negación de la tesis o la antítesis. Siendo la sanción penal la que de nuevo reequilibra el orden subvertido, la síntesis. Si el respeto de las normas penales garantiza un grado de convivencia, el quebrantamiento de las mismas lo pone en cuestión, volviendo a reestablecerse con la efectiva imposición de la sanción¹²³⁴. Así, desde un punto de vista etimológico, circunstancia es aquello que está “alrededor de” o “en torno a” algo a lo que se adhiere y que existe con anterioridad: el delito. Por tanto, la primera nota que caracteriza a esta institución es su carácter secundario, cobrando plena significación únicamente cuando se añade al elemento primario. De ello se deriva que, para hablar de circunstancia, se tiene que dar previamente la constatación de un injusto culpable que en cuanto elemento primario permite que uno secundario

vínculo familiar está roto por distanciamiento, enemistad, intereses contrarios, o incluso “cuando la víctima hubiere provocado la comisión del delito”.

¹²³¹ SALINERO ALONSO, Carmen, *Teoría de las circunstancias modificativas*, op. cit., pág. 21.

¹²³² SALINERO ALONSO, Carmen, *Teoría de las circunstancias modificativas*, op. cit., pág. 23.

¹²³³ SALINERO ALONSO, Carmen, *Teoría de las circunstancias modificativas*, op. cit., pág. 24.

¹²³⁴ PUENTE SEGURA, Leopoldo, *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes*, op. cit., pág. 395.

se adhiera a él. La segunda característica de este instituto, consecuencia, a su vez, de la primera, es su naturaleza accidental accesoria, lo que supone por un lado, que únicamente tendrá virtualidad de la mano del hecho principal, en tanto este se verifique, y por otro, que sus efectos no pueden equipararse a los que se deriven del elemento esencial¹²³⁵. En el tema de investigación que nos ocupa, nos centraremos de modo singular en las circunstancias especiales de agravantes, así como también las atenuantes que establece el art. 570 *bis*, núms. 2. y 3.

Cuando se habla para la determinación del concepto jurídico de delito de antijuricidad y culpabilidad, de acuerdo con POLAINO NAVARRETE, se suele olvidar indebidamente que la acción típica, además de injusta y culpable, ha de ser punible. Por ello, la realización del injusto típico por un sujeto culpable, para llegar a ser delictiva, exige además la punibilidad, último elemento esencial de configuración del concepto jurídico del delito¹²³⁶.

La punibilidad -que no debe confundirse con la penalidad, que hace referencia a propiedad de la sanción penal de un delito- equivale a susceptibilidad, necesidad y merecimiento de pena de la realización del injusto típico y culpable. Es la característica del delito que expresa estas cualidades de la acción determinadas por las exigencias político-criminales acreditativas de la convivencia y utilidad de la sanción penal en respuesta adecuada al comportamiento que de este modo deviene criminal. En consecuencia, sin la punibilidad el hecho no llega a ser constitutivo de delito en sentido estricto¹²³⁷.

¹²³⁵ SALINERO ALONSO, Carmen, *Teoría de las circunstancias modificativas*, op. cit., pág. 26-27.

¹²³⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., pág. 203. / Similar postura parece asumir en su momento JIMÉNEZ DE ASÚA, al afirmar: estar “sancionado con una pena” es la característica que define el delito. Muchos penalistas consideran la penalidad como una consecuencia y no como un requisito. La punibilidad, repetimos nosotros, es un carácter específico del delito, pero no el único: lo es también la tipicidad *sensu stricto*. Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal, tomo VII, el delito y su exteriorización*, 2ª ed., Editorial Losada, Buenos Aires, 1977, pág. 131.

¹²³⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., pág. 203.

Suele suceder también que los conceptos de delito propuestos por la doctrina hacen incapié en los diversos elementos o características que integran la categoría dogmática definida. No es infrecuente que en tales definiciones del delito sólo se mencione muy de pasada o incluso se suprima toda referencia a la punibilidad, cuya naturaleza resulta ampliamente debatida¹²³⁸. Sobre este particular nos referiremos en el último capítulo. Establecido todo lo anterior, hemos ahora de pasar a estudiar las distintas circunstancias modificadoras de responsabilidad criminal y empezamos por las circunstancias agravantes.

II.- Circunstancias agravantes en el delito de organización criminal conforme al art. 570 bis CP

Un caso especialmente grave existe cuando las circunstancias objetivas y subjetivas del hecho mismo superan de un modo tan claro al merecimiento de la pena de los casos que tienen lugar de acuerdo con la experiencia que se posee y, por ello, tenidos en cuenta en la configuración del marco penal, que éste último no alcanza a compensar el injusto y la culpabilidad del delito cometido¹²³⁹.

Las penas para el delito de pertenencia a organización criminal se establecen dependiendo de la entidad del delito a cuyo propósito se constituyen: tratándose de dirigentes, hay que distinguir que se trata de delitos graves, en cuyo caso la sanción es de cuatro a ocho años, o por otro lado si se trata de delitos menos graves, y en tal caso se imponen sanciones de tres a seis años; por otro lado, si fueran miembros o cooperantes, las sanciones serían de dos a cinco años o bien de uno a tres años¹²⁴⁰.

¹²³⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Teoría del delito. Adaptadas al EEES*, 3ª ed., Mergablum, Sevilla, 2012, pág. 234.

¹²³⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, trad. Miguel Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2002, pág. 290.

¹²⁴⁰ GARCÍA ALBERO, Ramón, «De las organizaciones y grupos criminales», en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 9ª ed., Aranzadi, Navarra, 2011, pág. 2228.

Respecto del contenido general del art. 570 *bis*.1, el art. 570 *bis*.2 del CP presenta tres modalidades agravadas, y un supuesto de hiperagravación para los casos en los que concurren dos o más de aquellas circunstancias. Su configuración tal y como aparecen en la Ley, encuentran su fundamento en un aumento de la peligrosidad o potencialidad lesiva de la organización criminal. Finalmente, el art. 570 *bis*.3 recoge una ulterior agravación fundamentada en la especial gravedad de los delitos objetos de la actividad ilícita de la organización, para el caso de que dicha actividad consista en la realización de delitos contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad o indemnidad sexuales o trata de seres humanos¹²⁴¹. Ninguna de estas hipótesis típica de cualificación delictiva se menciona en la normativa internacional y europea¹²⁴².

A) Número elevado de personas

La pluralidad de intervinientes es reconocida en forma general como una circunstancia que agrava el ilícito culpable, en la medida en la que representa un aumento relativo de la capacidad ofensiva del conjunto¹²⁴³. Pero el legislador utiliza un concepto indeterminado, aludiendo simplemente a “un número elevado de miembros” sobre la base de la fijación del tipo básico de un número mínimo de tres miembros o integrantes, ya sea en el grupo o la organización criminal: tres en el primer caso y dos en el segundo. Tampoco existen referencias válidas en la legislación vigente para acotar esta expresión típica, más allá de la que hacen mención de “pluralidad de personas” (art. 201) como los delitos contra los consumidores o la “colectividad de personas” (art. 365) como afectadas, también, en los delitos contra la salud pública o, en fin, el “gran número de personas” del art. 557 congregadas en delitos de desórdenes públicos. Dichas referencias son

¹²⁴¹ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José E., «Delitos contra el orden público (V). De las organizaciones y grupos criminales», en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (coord.), *Sistema de derecho penal español. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2011, pág. 1198.

¹²⁴² FARALDO CABANA, Patricia, «Sobre los conceptos de organización criminal y asociación ilícita», en VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, (coord.), *La delincuencia organizada: un reto a la Política criminal actual*, Aranzadi Cizur-Menor, Navarra, 2013, pág. 61.

¹²⁴³ ZIFFER, Patricia S., *El delito de asociación ilícita*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, pág. 83.

invalidez porque sitúan siempre en el polo de la víctima y no del autor. Deberá comprobar, en todo caso, un incremento de gravedad en el hecho equiparable al de los subtipos¹²⁴⁴.

Se ha señalado que no caben cifras fijas sino variables en función de la gravedad de los delitos que constituyen el objeto de la organización. Si la *ratio* de la agravación radica en el mayor desvalor de la acción, es decir, en un peligro *ex ante* que muestran organizaciones numerosas, por su capacidad de incidir en mayor medida en el quebrantamiento de la tranquilidad y la paz públicas, ello debe vincularse también a la clase y naturaleza de los delitos perpetrados. Acaso una organización de veinte personas dedicada al secuestro de personas sea ya una organización realmente numerosa, pero puede que tratándose de un grupo de descuidados con vínculos familiares, puede este número no tener virtualidad suficiente como para perturbar críticamente la seguridad pública -y por ende la vigencia de la norma-¹²⁴⁵.

Al respecto, se ha advertido que se trata de un concepto pendiente de valoración que habrá de llenar el juez o tribunal, teniendo en cuenta que lo relevante no es tanto el número en sí mismo, cuanto que dicho número suponga un plus de peligrosidad del ente colectivo, en tanto que potencie, por un lado, la característica de la intercambiabilidad y por ende las posibilidades de ejecución de los delitos del plan criminal y, por otro lado, fortalezca la estabilidad de la organización¹²⁴⁶.

Este tipo agravado deja en absoluta indefinición el número de sujetos activos exigible para que la organización, inobservando el deber básico de certeza legal y comprometiendo con ello la legitimidad de este precepto por

¹²⁴⁴ GARCÍA RIVAS, Nicolás / LAMARCA PÉREZ, Carmen, «Organizaciones y grupos criminales», en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier / GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (coords.), *Comentarios a la Reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 514.

¹²⁴⁵ GARCÍA ALBERO, Ramón, «De las organizaciones», op. cit., pág. 2229.

¹²⁴⁶ FARALDO CABANA, Patricia, «Sobre los conceptos de organización criminal», op. cit., pág. 61.

infracción del principio de taxatividad, de certeza normativa o prohibición de indeterminación *nullum crimen, nulla poena, sine lege certa*. Pero es que además 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, lo 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 vulnerabilidad¹²⁴⁷. Ciertamente más taxativo es el Código penal italiano que define la asociación a partir de tres personas e instituye una modalidad agravada por el número de miembros, a partir de diez¹²⁴⁸.

Parece que la agravación puede limitarse a grandes estructuras criminales que mantienen una estructura organizativa rígida que sirva como base para afirmar un dominio de la organización por parte de sus dirigentes. Quedan así excluidos y se mantendrían entre el tipo base aquellos pequeños grupos, familias, etc., cuyos miembros se conexionan por estrechos lazos entre sí y precisamente es esa confianza mutua lo que hace que no acudan a agentes externos¹²⁴⁹. En todo caso esta primera circunstancia agravante tiene una orientación puramente cuantitativa, esto en la medida en que nos estamos refiriendo a un fenómeno donde lo que provoca es un salto cualitativo en la peligrosidad y potencialidad lesiva de las organizaciones no es tanto en número como su organización este

¹²⁴⁷ POLAINO-ORTS, Miguel, *Curso de Derecho penal del enemigo, delincuencia grave y exclusión social en el Estado de Derecho*, Digital@tres, Sevilla, 2013, pág. 111. / *Vid.* también POLAINO-ORTS, Miguel, «Organizaciones y grupos criminales», en POLAINO NAVARRETE, Miguel (Dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, tomo II, Tecnos, Madrid, 2011, pág. 572. / POLAINO-ORTS, Miguel, «Organizaciones y grupos criminales», en JAKOBS, Günther / POLAINO-ORTS, Miguel, *Criminalidad organizada. Formas de combate mediante el Derecho penal*, Flores Editor, México D.F., 2013, pág. 174.

¹²⁴⁸ CUENCA GARCÍA, M^a José, «La criminalidad organizada tras la Reforma del Código español: una visión desde el Derecho italiano», en *Diario La Ley*, n^o 93, sección Legislación aplicada a la práctica, Mayo 2012, pág. 20.

¹²⁴⁹ GARCÍA DEL BLANCO, Victoria, «Criminalidad organizada: organizaciones y grupos criminales», en *Memento experto. Reforma penal 2010*, ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (coord), Ediciones Francis y Taylor, Santiago de Compostela, 2010, pág. 563.

elemento cualitativo y relativo a la organización, aunque hubiera sido combinándolo con el relativo número de personas¹²⁵⁰.

B) Disponer de armas o instrumentos peligrosos

Al contrario de lo que sucede en el supuesto anterior, en relación a esta segunda hipótesis típica cualificada existe un rico bagaje doctrinal y jurisprudencial respecto a qué debe considerarse “arma” o “instrumento peligroso” a efectos penales, debiendo añadirse tan sólo que dicho peligro debe ir referido a la vida o integridad física de las víctimas, pues solo así se encuentra congruencia su mención con el supuesto agravado por la finalidad de cometer delitos que conllevan una alta lesividad. Por otra parte, no debería confundirse la posesión de armas o instrumentos por algún integrante de la organización con el hecho descrito aquí, que presupone su disposición por parte de la agrupación misma, para la ejecución de los fines criminales que le son propios¹²⁵¹.

Es por tal motivo que plantea menos problemas, en su sentido y su significado, esta segunda hipótesis de agravación de los delitos relativos a las organizaciones criminales. Su contenido se centra en que la organización criminal “disponga de armas o instrumentos peligrosos”. Quizá el único problema que plantea es la exigencia de la norma de que sea una organización que disponga de armas o instrumentos peligrosos, por lo que en principio la descripción legal excluiría la aplicación de la agravación típica en la hipótesis de que quienes dispongan de las armas o instrumentos sean los individuos miembros de la organización. Es posible que este matiz pueda suponer algún problema en el futuro, en la medida en que en la mayor parte de los casos en que las armas o instrumentos sean de los miembros, también podrá afirmarse que por ello están a disposición de la organización criminal. Por otra parte, también serán

¹²⁵⁰ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José E., «Delitos contra el orden público», op. cit., pág. 1199.

¹²⁵¹ GARCÍA RIVAS, Nicolás / LAMARCA PÉREZ, Carmen, «Organizaciones», op. cit., pág. 514.

inevitables los problemas normativos respecto a los delitos de tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones y explosivos¹²⁵².

Debe advertirse que aquí la agravación incide en la disposición del arma o instrumento peligroso por parte de la organización o el grupo, para la ejecución de sus fines delictivos y no debería confundirse con la posesión por alguno de sus miembros¹²⁵³. Esta circunstancia implica que la organización o el grupo “disponga de armas o instrumentos peligrosos”. Ambos conceptos han sido objeto de importante recreación jurisprudencial (tanto en el ámbito del tipo cualificado de robo, como en otros), que resulta sin duda de aplicación al caso. No obstante, es preciso advertir de que el sustrato de la agravación debe predicarse de la organización y el grupo, y no simplemente de alguno de sus integrantes. Por tanto, las armas y los instrumentos han de *estar a disposición* de cualquier miembro del grupo, o de aquellos que conforme a la división de trabajo propia asuman la ejecución directa de los delitos. En definitiva las armas e instrumentos han de ser el “patrimonio” de la organización o grupo. Sólo de esta forma puede coherente la aplicación de esta agravación con la que luego merezca el concreto hecho ejecutado (robo, por ejemplo) así como el delito de tenencia de armas, respetando el principio *ne bis in idem* que prohíbe la doble valoración por los mismos hechos imputables a los mismos sujetos. Pues la *ratio* agravatoria gravita nuevamente sobre el peligro que comporta la disposición y uso sistemático de tales medios para la organización misma, y la afectación y perturbación que ello supone en la tranquilidad y paz públicas¹²⁵⁴.

El fundamento de dicha agravación se encuentra en la disposición de objetos que objetivamente entrañan un peligro, de manera que hacen de la organización un ente más devastador socialmente. Por un lado, el legislador no es muy claro al especificar a qué tipo de armas o instrumentos peligrosos se refiere,

¹²⁵² SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José E., «Delitos contra el orden público», op. cit., pág. 1199.

¹²⁵³ CUENCA GARCÍA, M^a José, «La criminalidad organizada», op. cit., pág. 20.

¹²⁵⁴ GARCÍA ALBERO, Ramón, «De las organizaciones», op. cit., pág. 2229.

por otro, no especifica si vale cualquier objeto peligroso o solo los ilícitos ni si caben también objetos lícitos (¿las armas reglamentarias de un grupo de guardias jurados también cuentan?). Por lo demás, no cabe desconocer que la posesión de algunos objetos peligrosos *v.gr.* pistolas, metralletas, explosivos, ya generaría un delito distinto: el de tenencia de armas o explosivos¹²⁵⁵.

En la misma línea el fundamento de esta agravante se encontraría o reside en el peligro que para la vida o la integridad física significa la utilización de medios peligrosos en los delitos planificados por la organización. La materialización de ese resultado lesivo plantea problemas de “*bis in idem*” en caso de aplicación conjunta de ambos preceptos: uno que se refiere a un peligro para un bien jurídico y otro que abarca la materialización del peligro. Sin embargo, hay que entender que el peligro que comporta la disponibilidad de armas o instrumentos peligrosos por parte de los miembros de la organización o grupo no se concreta en la lesión que pueda producirse. Así, el peligro no quedaría consumido en el resultado producido pues la potencialidad lesiva inherente al arma o al instrumento peligroso es más amplia¹²⁵⁶.

Frente a este concepto amplio de arma, y a la vista de las elevadas penas que se prevén, parece preferible ceñirse a un concepto estricto de arma, de forma que, por un lado, se excluyan los objetos no especialmente destinados al ataque y a la defensa, como un destornillador o un bate de beisbol, y por otro, solo se incluyan las armas que revisten una especial significación en relación con el bien jurídico¹²⁵⁷. Esto en razón de que la existencia de la organización criminal cuestiona la Seguridad pública y la propia vigencia de la norma

Se puede extraer por lo expuesto que el legislador no puntualiza qué debe entenderse por arma o instrumento peligroso, pese a lo cual la jurisprudencia ya

¹²⁵⁵ POLAINO-ORTS, Miguel, «Organizaciones y grupos», op. cit., pág. 573. / *Vid.* también POLAINO-ORTS, Miguel, «Organizaciones», op. cit., pág 175.

¹²⁵⁶ GARCÍA DEL BLANCO, Victoria, «Criminalidad organizada», op. cit., págs. 563-564.

¹²⁵⁷ FARALDO CABANA, Patricia, «Sobre los conceptos de organización criminal», op. cit., pág. 63.

se ha pronunciado al respecto en delitos comunes, al estimar que dichas armas o instrumentos deben estar a disposición y formar parte del patrimonio -por decirlo de alguna manera- de la organización, y tienen que fortalecer la capacidad misma en la comisión de delitos. Resultaría más justificable la agravante si se mencionara como punto de referencia las “armas prohibidas” y las propias “armas de guerra” mencionadas en el RD 137/1993¹²⁵⁸.

Con inclinación hacia un sentido estricto de arma, se ha indicado que dentro del concepto de “instrumentos peligrosos” pueden incluirse las demás armas que se citan en las categorías del Real Decreto mencionado anteriormente y que no son armas de guerra, químicas o biológicas, ni armas de fuego reglamentadas, sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes. Con ello se consigue limitar la aplicación de esta circunstancia de cualificación típica a supuestos en que los objetos son intrínsecamente peligrosos, por estar diseñados para la defensa o el ataque, dejando al margen de la agravación la tenencia de objetos que no son peligrosos en sí mismos, aunque puedan ser utilizados de forma peligrosa para la vida o la salud¹²⁵⁹.

C) Disponer de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte

En esta tercera agravante se tiene básicamente que plantear qué debe entenderse por “medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte”. Se trata de un elemento cognoscitivo pendiente de valoración que, lógicamente, dependerá del estado en que se encuentre la tecnología en el momento de los hechos. Bien es cierto que la fórmula empleada es escasamente respetuosa con las exigencias contenidas en el principio de legalidad, pero no es menos cierto

¹²⁵⁸ REAL DECRETO 137/1993.de 29 de enero. Por el que se aprueba el Reglamento de Armas (art. 4 al 6).

¹²⁵⁹ FARALDO CABANA, Patricia, «Sobre los conceptos de organización criminal», op. cit., pág. 65.

que el legislador cuenta con limitadas opciones a la hora de regular una realidad en la que los avances tecnológicos se realizan a una velocidad vertiginosa¹²⁶⁰.

Esta circunstancia agravante referida a la utilización de medios de transporte aparece recogida ya en relación con el tráfico de drogas para agravar la pena, pero con una importante diferencia: el art. 570 *bis* se refiere a “buques o aeronaves”, mientras que el precepto que se comenta sólo alude a “medios de transporte”¹²⁶¹. Quizás lo más destacable de esta agravación sea que únicamente será aplicable si tales medios facilitan la ejecución o la impunidad, no bastando con su mera utilización¹²⁶². Del tenor literal de la circunstancia parece extraerse la conclusión, de que también el transporte ha de ser “tecnológicamente avanzado” y en todo caso “especialmente” idóneo para la ejecución del delito o procurar su impunidad. En la práctica, ello excluiría los medios de transporte ordinarios como ser; motos, coches, simples lanchas motoras, etc., aunque cabe la salvedad de que hayan sido especialmente adaptados para la comisión de algún delito y la adaptación resulte compleja tecnológicamente hablando¹²⁶³.

Se tipifica como agravante un acto preparatorio de carácter material que consiste en la mera posesión de medios que faciliten la comunicación entre los componentes de la organización criminal y, por tanto, la coordinación entre ellos. Sin embargo, plantea el problema de si la misma no valora de nuevo una característica innata de la “organización”, como es la coordinación entre sus miembros, para lo cual quizás fuera necesario poseer estos medios tecnológicos avanzados de comunicación, que en concreto podría referirse a teléfonos,

¹²⁶⁰ VIDALES RODRÍGUEZ, Caty, «Delincuencia organizada y medios tecnológicos avanzados: el subtipo agravado previsto en relación con organizaciones y grupos criminales», en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis / CUERDA ARNAU, María Luisa, (Dir.), *Nuevas amenazas a la seguridad Nacional. Terrorismo, criminalidad organizada y tecnologías de la información y la comunicación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 492.

¹²⁶¹ GARCÍA RIVAS, Nicolás / LAMARCA PÉREZ, Carmen, «Organizaciones», op. cit., pág. 514.

¹²⁶² CUENCA GARCÍA, M^a José, «La criminalidad organizada», op. cit., pág. 21.

¹²⁶³ GARCÍA ALBERO, Ramón, «De las organizaciones», op. cit., pág. 2230. / de la misma posición *Vid.* FARALDO CABANA, Patricia, «Sobre los conceptos de organización criminal», op. cit., pág. 66.

móviles u ordenadores, etc., pero siempre que supongan un medio tecnológico “avanzado”, es decir, un plus sobre la conducta básica, lo que debe determinarse partiendo de que vivimos en una sociedad donde medios muy avanzados de comunicación están al alcance de muchos ciudadanos. En lo que se refiere a la posesión de medios de transporte avanzados, podrían los mismos consistir, v.gr., en el uso de planeadoras en delitos de tráfico de drogas. Además, la posesión de estos medios especialmente aptos para facilitar la ejecución del delito de grandes organizaciones, principalmente, en organizaciones transnacionales, también se considera agravante si tales medios están destinados a conseguir la impunidad de los culpables¹²⁶⁴.

Indiscutiblemente esta agravación encuentra su fundamento o justificación en la constatación de la realidad criminal actual, donde nuevas tecnologías, nuevas formas y medios de comunicación, de transporte de bienes (lícitos o ilícitos), de viajeros, de movimiento de capitales, y de información, permiten encontrar instrumentos de especial idoneidad. De ahí que por pura coherencia se haya previsto este concreto supuesto. La dicción de la agravante resulta un tanto compleja y, aunque se ha entendido acertada, sin duda plantea problemas la precisión relativos a la “especial aptitud” que se requiere para facilitar la ejecución delictiva o facilitar la impunidad de los culpables, distinción esta que también puede considerarse especialmente apropiada¹²⁶⁵.

En opinión de POLAINO-ORTS, dicha agravante es insuficiente por los siguientes motivos: por un lado, presupone de manera indiscriminada cualquier medio tecnológico de comunicación o transporte ya hace a la organización más peligrosa (v.gr., 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 quedan fuera motivos que pueden ser muchos más

¹²⁶⁴ GARCÍA DEL BLANCO, Victoria, «Criminalidad organizada», op. cit., pág. 564.

¹²⁶⁵ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José E., «Delitos contra el orden público», op. cit., pág. 1199.

relevantes como la preparación profesional, la especialización o la especial destreza de los delincuentes en un ámbito determinado¹²⁶⁶.

A modo de conclusión, pues, vemos que se encuentre el fundamento de la agravante en la sospecha de que los medios tecnológicos avanzados persiguen una finalidad delictiva, ya sea que se trate de explicar su existencia con base en un mayor contenido de injusto, lo cierto es que existen serias razones para discrepar de la decisión legislativa pero, tanto en uno como en otro caso, hay que tener en cuenta que no se penaliza la tenencia de cualquier medio tecnológico avanzado de comunicación o transporte, sino únicamente aquellos que resulten especialmente aptos para alguna de las finalidades requeridas¹²⁶⁷. Y que a su vez permitan o busquen la impunidad de los delitos.

D) Tipo ultraagravado

La última circunstancia agravante que supone la imposición de las penas anteriores en su mitad superior y que reside en la relevancia del elemento tendencial, es decir, la importancia del bien jurídico protegido por el delito planificado, cuando este sea contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad o indemnidad sexuales o la trata de seres humanos.

Veremos cómo en la protección concreta de alguno de estos bienes jurídicos se ha tenido en cuenta la circunstancia de que el sujeto formara parte de una organización o grupo criminal para construir una agravante específica, tal es el caso de la “trata de seres humanos”, lo cual plantaría problemas de *bis in idem* en su aplicación conjunta¹²⁶⁸.

¹²⁶⁶ POLAINO-ORTS, Miguel, *Curso de Derecho penal del enemigo*, op. cit., pág. 112. / POLAINO-ORTS, Miguel, «Organizaciones», op. cit., pág. 176.

¹²⁶⁷ VIDALES RODRÍGUEZ, Caty, «Delincuencia organizada y medios tecnológicos avanzados», op. cit., pág. 496.

¹²⁶⁸ GARCÍA DEL BLANCO, Victoria, «Criminalidad organizada», op. cit., pág. 564.

Se ha indicado que -en principio- no plantea problemas el tipo por él denominado “hiperagravado” que habrá de apreciarse cuando concurren dos o más de las anteriores circunstancias, lo que determina la aplicación de las penas superiores en grado¹²⁶⁹. Pero sí está de acuerdo en los problemas concursales que podrían acarrear dicha colisión de normas. Al respecto es preciso mencionar que ante esta circunstancia concursal el Código penal prevé en el art. 570 *quáter.2*, párrafo segundo, dispone: “En todo caso, cuando las conductas previstas en dichos artículos estuvieren comprendidas en otro precepto de este Código, será de aplicación lo dispuesto en la regla 4ª del artículo 8”.

En consecuencia, la razón de esta figura ultraagravada respondería, en puridad, a un fundamento propio del Derecho penal del enemigo, por las siguientes razones: si la organización se dispone a realizar de manera inminente un delito especialmente grave o alarmante en la sociedad, es evidente que genera una mayor desestabilización social y una mayor inseguridad pública que si únicamente se dispone a realizar infracciones leves. En este sentido, el poder de lesividad de la organización crece exponencialmente y la pena por consiguiente ha de ser proporcional a la peligrosidad manifestada en la organización ya creada y en funcionamiento: la agravación de la pena únicamente tiene sentido cuando la organización es realmente peligrosa, es decir, cuando se constata fehacientemente la realidad del peligro causado. En dos palabras: esta norma de Derecho penal del enemigo debe ser cabalmente necesaria y rigurosamente excepcional¹²⁷⁰.

¹²⁶⁹ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José E., «Delitos contra el orden público», op. cit., pág. 1199.

¹²⁷⁰ En este tipo agravado los delitos que se pretenden cometer atentan contra un bien personalísimo, como la vida (*v.gr.*, homicidio, asesinato), la integridad de las personas (*v.gr.*, secuestro detención ilegal), la libertad o indemnidad sexuales (*v.gr.*, violación, agresión o abusos sexuales...) y la trata de seres humanos (*v.gr.*, tráfico de personas). *Vid.* POLAINO-ORTS, Miguel, «Organizaciones y grupos...», op. cit., págs. 574-575. / Cfr. también POLAINO-ORTS, Miguel, «Organizaciones...», op. cit., págs. 178-179.

E) Alusión jurisprudencial a las agravantes

En el presente apartado haremos una breve referencia a las agravantes mencionadas en los anteriores incisos, que tienen un mayor desarrollo en el delito de tráfico de drogas, aunque también se aprecian en delitos comunes, como las “lesiones”, habiendo entendido la jurisprudencia como armas o instrumentos peligrosos “el puño americano”. La realidad de la entidad de lesiones surge de la prueba pericial médica y la auditoria de la propia declaración del perjudicado. La utilización de un medio peligrosos es razonada específicamente por la Sala en función de la declaración del propio perjudicado, que manifestó que su agresor utilizó un “puño americano”, unida a la naturaleza de las lesiones, pues los golpes en la cara ocasionaron o produjeron múltiples y graves fracturas que según reglas de experiencia no se ocasionan con un simple puñetazo dado con el puño limpio¹²⁷¹.

También entiende el Tribunal Supremo como instrumento peligroso “el cuchillo”, al estimar que (...) el arma blanca utilizada, un cuchillo de cocina, es obviamente un instrumento peligroso en razón a su potencial lesivo, y ello con independencia de que en efecto las heridas causadas con él sólo afectaran a tejido de piel y subcutáneo, aunque eso sí los “pinchazos” tuvieron la suficiente entidad para requerir las heridas causadas la aplicación de sutura mediante grapas metálicas, por lo que no cabe calificarlas de superficiales¹²⁷². Sobre la misma agravante se manifiesta el Tribunal en la STS 991/2013, que afirma que el fundamento de la agravación reside en el aumento de la capacidad agresiva en el actuar del agente, y el mayor riesgo de causación de lesiones, lo que se traduce en una mayor perversidad criminal, teniendo naturaleza jurídica de peligro concreto, siendo su elemento objetivo la utilización en la acción de cualquiera de

¹²⁷¹ STS 353/2016, de 26 de abril, (Roj: STS 1808/2016), Fundamento de Derecho (Segundo).

¹²⁷² ATS 745/2008, de 18 de julio, (Roj: ATS 6548/2008), Razonamiento Jurídico (Primero).

los instrumentos, medios, métodos o formas que se describen en el precepto, y el subjetivo, el dolo, en cuanto aprovechamiento de tales formas en la comisión delictiva para poner en concreto peligro la integridad o salud del lesionado, aceptando expresamente, o representándose la posibilidad, de causar tales mayores probabilidades de agresión del bien jurídico protegido¹²⁷³.

Sobre la determinación de la agravante, de la utilización de un buque se ha pronunciado la Audiencia Nacional en los siguientes términos: La Sala de instancia, de inicio, recordaba que, efectivamente, conforme al Acuerdo del Pleno de esta “Sala de 25 de noviembre de 2008”¹²⁷⁴, redactado en relación a la hiperagravante existente en el artículo 370 del Código Penal, antes de la entrada en vigor de la Reforma de la Ley Orgánica 5/2010, el Tribunal Supremo mantenía la doctrina de que no toda embarcación encajaba en el concepto de buque, sino aquellas que tuviesen una cubierta al menos, con cierta capacidad de carga e idónea para realizar travesías de entidad, contando con propulsión eólica o propia¹²⁷⁵.

Sobre la misma línea de la agravante referida la utilización de un buque como medio de transporte para el tráfico de drogas el Tribunal Supremo indica: En resumen, además, frente a la alegación hemos de decir que la concurrencia de esta circunstancia específica de agravación ha de considerarse bien estimada por el Tribunal *a quo*, habida cuenta de la gran cantidad de droga manejada, de la utilización de un buque para su transporte, y aún por la iniciación de la realización del delito fuera de las fronteras de nuestro país para su introducción en él. Y que en el caso fueron utilizadas tres embarcaciones, una de las cuales se

¹²⁷³ En el caso presente, partiendo de la amplitud normativa del medio agresivo utilizado, un cuchillo de 13 cm, de hoja que la acusada llevaba, perfectamente puede incardinarse entre las armas u objetos que aumentan la capacidad agresiva, y la forma de su utilización, asestando cinco puñaladas que, aun superficiales, causaron cinco heridas con sus correspondientes cicatrices de unos 2 cm, cada una, en la zona dorsal del tórax (...). *Vid.* STS 991/2013, de 20 de diciembre, (Roj: STS 6195/2013), Fundamento de Derecho (Tercero).

¹²⁷⁴ STS 745/2008, de 25 de noviembre (Roj: STS 6627/2008).

¹²⁷⁵ ATS 787/2016, 21 de abril, (Roj: ATS 4641/2016), Fundamento de Derecho (Tercero).

hallaba provista de todas las condiciones exigidas por el Pleno de esta Sala de fecha 25-11-08 para integrar el concepto técnico-jurídico de “buque” a los efectos del art. 370 CP (...) ¹²⁷⁶. Por su parte, la Sentencia 207/2012 aprecia embarcaciones como agravante, indicando que los medios materiales también son importantes: varias embarcaciones y un importante presupuesto para coordinar y ejecutar la operación de transporte de droga ¹²⁷⁷. En este caso la Sentencia se refiere al conjunto de embarcaciones utilizadas para la comisión de un delito, la suma de todas las embarcaciones fortalece el acto delictivo a la vez que lo facilita.

III.- Excurso sobre la omisión del carácter transnacional como circunstancia agravante

Hasta ahora se ha hecho mención a los circunstancias que agravan la pertenencia a una organización criminal, pero sobre la misma línea también se ha podido observar que el legislador ha omitido el factor o carácter internacional como circunstancia agravante en este tipo delictivo, ya que es esta característica la que actualmente preocupa debido a que la capacidad lesiva de la organización criminal puede fácilmente extenderse a otros países, dejando por ende en indefensión a los mismos Estados. Dicha característica Transnacional es innata a la organización criminal de nuestros tiempos, porque va de la mano de un mundo globalizado. Sobre este punto ya lo habíamos resaltado en el Capítulo II, como característica propia de la organización criminal en el momento presente, pero

¹²⁷⁶ STS 341/2010, de 13 de abril, Fundamento de Derecho (Tercero). Consultado en el link (<http://vlex.com/vid/215147383>). / En el mismo sentido: la correcta aplicación del art. 370 (motivos mencionados en el anterior apartado 1) al hallarnos, siguiendo de nuevo la literalidad del “*factum*” de la recurrida, ante unas redes de narcotráfico que utilizaban buques para sus operaciones ilícitas de transporte, lo que, además de la excepcional cantidad de la sustancia objeto del delito, determina la extrema gravedad de los hechos a la que tal supuesto cualificado sanciona. *Vid.* STS 110/2016, de 19 de febrero (Roj: STS 768/2016), Fundamento de Derecho (Quinto). / sobre la utilización de un buque como agravante *Vid.* STS 695/2013, de 22 de julio, (Roj: STS 4490/2013), *passim*. / *Vid.*, también en referencia a la titularidad es un buque que transportaba importante cantidad de droga, STS 343/2007, de 20 de abril, (Roj: STS 3605/2007), fundamento de Derecho (Cuarto).

¹²⁷⁷ STS 207/2012, de 12 de marzo (Roj: STS 2156/2012), Fundamento de Derecho (Trigésimo Tercero).

como pudimos observar, no se tiene presente el factor transnacional en la tipificación del art. 570 *bis*, ni tampoco en sus circunstancias agravantes, como hasta ahora hemos podido notar, por tanto, consideramos necesario mencionar esta observación y que este vacío debería ser cubierto.

Sobre este particular son conscientes los organismos internacionales, tal es el caso de la Naciones Unidas, que expresó su preocupación por este fenómeno criminal así como su carácter transnacional, y así lo expresa en el primer artículo referido a la finalidad de su Convención, que establece: “El propósito de la presente Convención es promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional”¹²⁷⁸. En este mismo sentido también se manifiesta una Resolución del Consejo Europeo: “Considera que la lucha contra la delincuencia organizada internacional apoyada por una aplicación de la ley eficaz y sostenible también requiere un amplio abanico de medidas preventivas, elaboradas con el debido respeto a los derechos humanos fundamentales”¹²⁷⁹. El Reporte Anual de la Unión Europea alude a actuar de manera conjunta en la lucha contra la criminalidad organizada, propiamente en dicho caso contra el narcotráfico y su factor transnacional¹²⁸⁰.

Por otra parte, la Fiscalía General pone en relieve que el factor transnacional es una de las características de la organización criminal, al apreciar

¹²⁷⁸ CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL, hecha en Nueva York de 15 de noviembre de 2000, fue firmada por España en Palermo el 13 de diciembre de 2000, y ratificada mediante Instrumento de 21 de febrero de 2002.

¹²⁷⁹ RESOLUCION DEL CONSEJO, de 21 de diciembre de 1998, *Sobre prevención de la delincuencia organizada y adopción de una estrategia global para combatirla*, Diario Oficial de las Comunidades Europeas.

¹²⁸⁰ Las respuestas efectivas a estas amenazas transfronterizas deben realizarse a nivel europeo, ya que las redes de delincuencia organizada involucradas tienen carácter transnacional y se adaptan a las medidas tomadas contra el narcotráfico por cada uno de los Estados miembros. Cfr. INFORME ANUAL DE EUROJUST, 2010, pág. 36.

como signos característicos, de entre los que se mencionan, las “actuaciones transnacionales o intensa movilidad territorial dentro del Estado”¹²⁸¹.

La doctrina tampoco no se queda a un lado, al momento de advertir el carácter transnacional de la organización criminal¹²⁸², estimando el mismo cuando la organización se extiende por varios países, o bien tiene su sede y centro de decisiones en un país diferente a aquel en que ejecuta sus acciones delictivas. Por lo demás, la compleja estructura de estas organizaciones y su característica división de trabajo favorece la comisión de delitos a la distancia.

IV.- Sobre las circunstancias atenuantes

Aunque constituya la máxima manifestación del poder del Estado, el Derecho Penal nunca ha dejado de acudir a otros instrumentos de condicionamiento de la conducta para alentar o promover determinadas actitudes que se juzgan socialmente valiosas. Ciertamente, no todos ni siquiera la mayoría de los beneficios o medidas atenuatorias que la Ley penal ofrece para atemperar

¹²⁸¹ Circular 2/2011, de 2 de junio, de la Fiscalía General del Estado sobre Reformas del Código penal por Ley orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, pág. 3.

¹²⁸² SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M^a Isabel., «Función político-criminal del delito de asociación para delinquir: desde el Derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado», en *Libro Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, NIETO MARTÍN, Adán (Coord.), vol. II, Ediciones Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2001, pág. 665. / Entre otros muchos refiriéndose al factor transnacional Vid. MILITELLO, Vincenzo, «Criminal organizada transnacional y Unión Europea: Perfiles y problemas», trad. Jordi Gimeno Vebíá, en *Cahiers de Defense Sociale. Pour une politique criminelle humaniste*, 2011-2012, págs. 123-134. / ANARTE BORRALLÓ, Enrique, «Conjeturas sobre la criminalidad organizada», en FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos / ANARTE BORRALLÓ, Enrique (ed.), *Delincuencia organizada aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, Huelva, 1999, págs. 13 y sigtes. / ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, «Modelos de política criminal frente a la criminalidad organizada: la experiencia italiana (entre eficacia y garantías)», en *Revista General de Derecho Penal*, n^o 23, mayo 2015. / MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina, «Lucha contra la delincuencia organizada: Comentario a la Decisión Marco 2008/841» en *Revista General de Derecho Europeo*, n^o 18, 2009, págs. 1-3. / LÓPEZ-MUÑOZ, Julián, *Criminalidad organizada. Aspectos jurídicos y criminológicos*, Dykinson, Madrid, 2015, pág. 110. / También lo plantea como una característica de la organización criminal Vid. DELGADO MARTÍN, Joaquín, *Criminalidad organizada*, J.M^a. Bosch, Barcelona, 2001, págs. 28-29. / VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, «Trata de seres humanos y criminalidad organizada. Conexiones entre ambos fenómenos criminales y su plasmación jurídico-penales», *InDret*, Barcelona, enero 2012.

su respuesta a las circunstancias particulares de cada caso tienen la finalidad de alentar un cierto comportamiento “positivo” -posdelictivo-, pero no cabe duda que entre esas medidas de beneficios algunas pueden responder al propósito de favorecer en el curso del *iter criminis* o con posterioridad al mismo actitudes que en cierto modo representan la negación del delito, la reacción del propósito del sujeto ante el injusto cometido o por cometer¹²⁸³.

En este sentido, en los casos menos graves por la concurrencia de singulares elementos típicos de atenuación, se aprecian todas las circunstancias de esta índole que son tenidas en cuenta para la valoración del hecho y del autor, siendo indiferente que sean inherentes al hecho mismo, que le precedan, que le acompañen o que le sigan, siempre que permitan una conclusión acerca de la medida de la culpabilidad del autor¹²⁸⁴.

El fundamento de la atenuante goza de importante tradición en la filosofía de la pena y admite tanto la jurisdicción utilitaria como retribucionista; el premio puede, en efecto, concebirse como un estímulo para que el sujeto actué de cierta forma, pero también como una retribución merecida ante un comportamiento socialmente positivo. La diferencia de fondo no es notable, pero en ambos supuestos se pone de relieve que el Derecho penal trata de ofrecer respuesta jurídica y de condicionar las conductas no solo a través de sanciones negativas, sino también de sanciones positivas. En el fondo son dos forma contradictorias de control social: la primera responde a un modelo represivo, mientras que la segunda se podría definir como incentivadora¹²⁸⁵.

Por tanto, se trata de medidas de levantamiento o atenuación de la pena prevista en favor de los coimputados que colaboran con la justicia penal en el descubrimiento del delito. Todo ello basado en un pensamiento utilitario con el

¹²⁸³ LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, pág. 319.

¹²⁸⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 290-291.

¹²⁸⁵ LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento jurídico*, op. cit., págs. 319-320.

fin de fomentar conductas de desistimiento y arrepentimiento eficaz de la conducta criminal o bien de abandono futuro de las actividades delictivas y colaboración con las autoridades de persecución penal en el descubrimiento de los delitos ya cometidos o, en su caso, el desmantelamiento de la organización criminal a que pertenezca. La criminalidad organizada parece un campo especialmente apropiado para normas de estas características si tenemos en cuenta que hablamos por lo común de delitos de especial gravedad y además de difícil esclarecimiento dadas las características propias de las organizaciones criminales: complejidad, hermetismo e intimidación de los posibles testigos¹²⁸⁶.

Una de las estrategias habitualmente empleadas en el Derecho europeo y comparado frente a la delincuencia organizada, es la utilización de normas que prevén ciertos beneficios, es decir, atenuación o levantamiento de la pena, adelanto de la libertad condicional, para el reo que colabora con la administración de justicia, ya sea simplemente confesando su intervención en los hechos, sea de forma más activa, denunciando a sus compañeros o dando datos suficientes que permitan evitar la comisión de nuevos delitos¹²⁸⁷.

Invariablemente, estas leyes prevén, por un lado, un aumento considerable de las penas para los delitos cometidos por los miembros de organizaciones criminales y terroristas. Pero por otro lado, además de este incremento punitivo, quizá inspirándose en aquello de que “a grandes males grandes remedios”, todas ellas incorporan disposiciones que pretenden seducir con notables recompensas a aquellos miembros que se prestasen a cooperar¹²⁸⁸. El premio se condiciona a que el infractor “abandone voluntariamente” su vínculo con la organización y contribuya además de alguna de las siguientes maneras: colaborando en el esclarecimiento de hechos pasados; proporcionando información que sirva para

¹²⁸⁶ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 183.

¹²⁸⁷ FARALDO CABANA, Patricia, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el código penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 305.

¹²⁸⁸ GARRO CARRERA, Enara, «Comportamiento posdelictivo positivo y delincuencia organizada», en *Indret*, Barcelona, enero de 2013, pág. 9.

la identificación o captura de otros miembros; proporcionando información que sirva para prevenir delitos futuros de la organización; o bien proporcionando información que desestabilice la organización y ponga en riesgo su continuidad¹²⁸⁹.

A) Abandono de la actividad delictiva y colaboración con la justicia en los delitos de tráfico de drogas (art. 376 CP)

En referencia al art. 376 del CP relacionado con el delito de tráfico de drogas, se menciona la colaboración activa, para considerar la atenuación del delito. No es preciso para dicha bonificación opere que efectivamente se haya impedido la producción de algún delito, o se haya capturado a otros responsables o se haya impedido la actuación o desarrollo de organizaciones o asociaciones ilícitas¹²⁹⁰. Cabe resaltar también que la ausencia de tales efectos positivos en la persecución de este tipo de delincuencia se deba a razones ajenas a la voluntad del colaborador¹²⁹¹. En otras palabras, la pena final depende de la intensidad con la que el delincuente haya cumplido en requisito de colaboración, que es el que caracteriza e individualiza precisamente a esta “circunstancia atenuante con efectos privilegiados o excusa parcialmente absolutoria”. Aunque nunca se debe olvidar que el abandono voluntario de las actividades delictivas es un requisito imprescindible de la mencionada bonificación¹²⁹².

También la jurisprudencia se pronuncia en la STS 624/2002, referida a un delito de tráfico de drogas, respecto a los requisitos de las atenuantes¹²⁹³. Sin

¹²⁸⁹ GARRO CARRERA, Enara, «Comportamiento posdelictivo», op. cit. pág. 9.

¹²⁹⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, «Título XVII. Delitos contra la seguridad colectiva», en RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (Dir.), *Comentarios al Código penal*, Civitas, Madrid, 1997, pág. 1035.

¹²⁹¹ FARALDO CABANA, Patricia, *Asociaciones ilícitas y organizaciones*, op. cit. pág. 314.

¹²⁹² FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, «Título XVII. Delitos contra la seguridad», op. cit. pág. 1036.

¹²⁹³ STS 624/2002, de 10 de abril, (Roj: STS 2529/2002), Fundamento de Derecho (Segundo). / en el mismo sentido *Vid.* STS 1918/2002, de 15 de noviembre (Roj: STS

embargo, no existe ningún obstáculo para aplicar también aquí los beneficios del artículo 570 *quater.4* del CP si el abandono va referido a la actividad de integración o colaboración con la organización delictiva y no al concreto delito o delitos que se han realizado desde o con cobertura asociativa, máxime si tenemos en cuenta que, en este caso y en el relativo a los delitos de tráfico de drogas, se ha suprimido el requisito consistente en la presentación a la autoridad con confesión de los propios hechos¹²⁹⁴.

Por otro lado, se debe tener en cuenta una faceta de esta circunstancia atenuatoria, el cual es, el temor que tienen los colaboradores de sufrir represalias por parte del resto de los coimputados, lo que con frecuencia desanima a dar el paso de colaborador con la justicia. Estas situaciones son frecuentes cuando se trata de testificar sobre delitos cometidos por organizaciones criminales, dado el elevado potencial de respuesta violenta que éstas tienen. Para evitar la impunidad que su silencio puede en muchas ocasiones propiciar se impone la adopción de medidas de protección no sólo a los testigos, sino también a todos los que puedan colaborar con la justicia, lo que incluye al coimputado arrepentido dispuesto a ello¹²⁹⁵.

A tenor de lo dispuesto, se faculta a jueces y tribunales para que rebajen la pena en uno o dos grados si el sujeto abandona la actividad delictiva y colabora con la justicia para algunos de los fines mencionados anteriormente y que allí se explican. No se trata de alguna técnica premial desconocida, sino que tiene idéntico alcance a la prevista en materia de terrorismo en el art. 579.4 y de narcotráfico en el art. 376. Con independencia de la valoración que pueda merecer ese trato de favor, no puede obviarse que el hecho de que se circunscriba

7580/2002), Fundamento de Derecho (Tercero). / STS 923/2005, 13 de julio, (Roj: STS 4734/2005), Fundamento de Derecho (Tercero).

¹²⁹⁴ GARCÍA RIVAS, Nicolás / LAMARCA PÉREZ, Carmen, «Organizaciones», op. cit., pág. 515.

¹²⁹⁵ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel, «De las organizaciones», op. cit. pág. 1936.

únicamente a los delitos referidos a organizaciones y grupos criminales, dificultaría aún más la obligada elección.

B) Abandono voluntario de las actividades delictivas y colaboración con la justicia en los delitos de grupo y organización criminal (art. 570 bis. 4 CP)

Previamente al desarrollo de la atenuante del 570 bis.4 del Código Penal, necesariamente tenemos que hacer una reflexión relativa al ámbito internacional, y en este sentido tomamos como referencia la Decisión Marco de 2008, que en su art. 4 prevé circunstancias especiales, al establecer:

“Todos los Estados miembros podrán adoptar las medidas necesarias para que las sanciones previstas en el artículo 3 puedan reducirse o no aplicarse si, por ejemplo, el autor del delito:

- a) abandona sus actividades delictivas, y;
- b) proporciona a las autoridades administrativas o judiciales información que estas no habían podido obtener de otra forma, y que les ayude a:
 - i) Impedir, acabar o atenuar los efectos del delito,
 - ii) identificar o procesar a los autores del delito,
 - iii) encontrar pruebas,
 - iv) privar a la organización delictiva de recursos ilícitos o beneficios obtenidos de sus actividades delictivas, o
 - v) impedir que se cometan otros delitos mencionados en el artículo 2”¹²⁹⁶.

En similar sentido se habría pronunciado el Consejo de la Unión Europea, sobre la cooperación con la justicia”¹²⁹⁷.

¹²⁹⁶ DECISIÓN MARCO 2008/841/JAI DEL CONSEJO, *Relativa a la lucha contra la delincuencia organizada*, Diario Oficial de la Unión Europea, 2008. art. 4.

¹²⁹⁷ A efectos de la presente resolución se entenderá por cooperar con el proceso judicial: a) facilitar información útil a las autoridades competentes para fines de investigación y obtención de pruebas acerca de: i) la composición, estructura o actividades de las organizaciones delictivas, ii) sus vinculaciones, incluidas las internacionales, con otros grupos delictivos, iii) delitos cometidos o que pudiesen cometer estas organizaciones o grupos; b) brindar a las autoridades competentes una ayuda eficaz y práctica que pueda contribuir a privar a las organizaciones delictivas de recursos ilícitos o del producto de un delito. *Vid.* RESOLUCIÓN DEL CONSEJO 97/C10/01, de 20 de diciembre de 1996, «Relativa a las personas que colaboran

Por su parte, el CP en el art. 540 *quáter*.4¹²⁹⁸ introduce un tratamiento atenuado para el miembro de la organización o grupo criminal que colabora con la justicia, permitiendo la imposición de la pena inferior en uno o dos grados. Se trata de una norma muy similar a las preexistentes en el ámbito de los delitos de tráfico de drogas (art. 376 CP) y también de terrorismo (579.4 CP). Desde una perspectiva político-criminal, las normas del denominado “Derecho penal premial” vienen inspiradas en el reconocimiento de beneficios penales para el coimputado que colabora con la justicia, por razones de pragmatismo: contribuyen a evitar futuros delitos, entre otros medios propiciando en su caso el desmantelamiento de la organización criminal, y permiten el esclarecimiento de los ya cometidos, facilitando así la condena de sus responsables¹²⁹⁹.

De acuerdo al tenor literal del precepto que nos ocupa, el sujeto no puede limitar a la disociación, es decir, al abandono voluntario de sus actividades delictivas sino que se le exige además -siguiendo la Decisión Marco mencionada- una conducta de colaboración activa con las autoridades, bien para impedir un delito futuro, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o desarrollo de la organización a la que haya pertenecido¹³⁰⁰. Sobre las pruebas, se ha indicado que, sin embargo, dicho término no debe aquí entenderse en su acepción procesal estricta, sino en el sentido usual o más general de medios o instrumentos que permitan la finalidad

con el proceso judicial en la lucha contra la delincuencia internacional organizada», Diario Oficial de la Comunidad, 11.01.1997.

¹²⁹⁸ Dicho artículo establece que: “los jueces o tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer al responsable de cualquiera de los delitos previstos en este Capítulo la pena inferior en uno o dos grados, siempre que el sujeto haya abandonado de forma voluntaria sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las autoridades y sus agentes, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o grupos a que haya pertenecido, bien para evitar la perpetración de un delito que se tratara de cometer en el seno o a través de dichas organizaciones o grupos”.

¹²⁹⁹ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel, «De las organizaciones y grupos criminales», en GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.), *Comentarios al Código penal*, 2ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2011, pág. 1934.

¹³⁰⁰ FARALDO CABANA, Patricia, *Asociaciones ilícitas y organizaciones*, op. cit. pág. 313.

que aquí se exige que es la identificación o captura de otros responsables. En tal sentido, la colaboración para propiciar la captura de otros responsables se producirá cuando, por ejemplo, se facilite el domicilio o lugares donde suelen acudir y en cuanto a la identificación, si bien lo óptimo consistirá en aportar nombres, también admitir otras señas de identidad que permitan su individualización; por lo demás, no es necesario que efectivamente se produzca la detención o identificación plena, en todo caso, para que entre en juego la atenuación se debe proporcionar toda la información que posea¹³⁰¹.

Este conflicto ha sido objeto de consideración por parte del Tribunal Constitucional, que con relación al valor y la eficacia probatoria de la declaración inculpativa de un coimputado afirma “que cuando su declaración es única prueba de cargo no se le considere con consistencia plena si no es corroborada por otras o por otros elementos de prueba”. En la misma línea se pronuncia el Tribunal Europeo de Derecho Humanos que en un caso contra Italia, Sentencia 120, de 6 de abril de 2000 (caso Labita contra Italia), reconoce que “la colaboración de los “arrepentidos” representa un instrumento muy importante en la lucha que la autoridades italianas llevan contra la mafia, pero que el uso de sus declaraciones son susceptibles de ser resultado de manipulaciones, de perseguir únicamente el objetivo de acogerse a los beneficios que la ley italiana concede a los “arrepentidos” o incluso de construir venganzas”¹³⁰².

Cabe preguntarse también si la atenuación es aplicable a los sujetos que están ya en manos de la Administración de Justicia, ya que no es posible en este caso hablar de un abandono voluntario de las actividades delictivas. En situación al sentido de esta causa de atenuación basada en el comportamiento postdelictivo positivo, parece preferible admitir que el abandono voluntario pueda tener lugar

¹³⁰¹ Citada por GARCÍA RIVAS, Nicolás / LAMARCA PÉREZ, Carmen, «Organizaciones», op. cit., pág. 516.

¹³⁰² Sentencias citadas por CUENCA GARCÍA, M^a José, «La criminalidad organizada», op. cit., pág. 22.

incluso después de la detención¹³⁰³. Respecto al abandono voluntario, se ha indicado que, en la práctica, el sujeto que ha sido detenido no abandona “voluntariamente”, sino que es “forzosamente apartado” de la actividad, por lo que su conducta relevante de colaboración sólo puede dar lugar a la atenuante analógica del art. 21.6 en relación con el 21.4 lo que constituiría un arrepentimiento espontáneo¹³⁰⁴.

Con la colaboración se trata tanto de impedir cualquiera de las infracciones que venía realizando la organización o grupo criminal al que pertenece el arrepentido como impedir el mismo delito de asociación cuando lo que se evita es la constitución, el desarrollo o reorganización de estas agrupaciones. En cuanto a sobre qué delitos opera la atenuación, indudablemente en este caso es al delito de pertenencia o colaboración con una organización criminal o grupo criminal¹³⁰⁵. En esta circunstancia atenuante, no es suficiente el mero arrepentimiento del sujeto, incluso manifestado en su separación de la organización o grupo criminal, ya que el fin de esa medida es la persecución eficaz de la delincuencia organizada mediante la delación de sus miembros¹³⁰⁶.

Además, la aplicación de la rebaja no trata de premiar una actitud de sincera contrición del sujeto o su vuelta al redil reconociendo la validez del ordenamiento, sino que se basa en simples consideraciones utilitarias de Política criminal, en otras palabras, es alentar la delación y colaboración como lucha contra el crimen organizado. Basta pues con la concurrencia de sus presupuestos objetivos, sin que proceda indagar los motivos o la actitud interna del autor. Por lo mismo, no existe limitación temporal-procesal alguna para su aplicación¹³⁰⁷. Además la jurisprudencia deja claro que las atenuantes no tienen carácter

¹³⁰³ FARALDO CABANA, Patricia, *Asociaciones ilícitas y organizaciones*, op. cit. pág. 320.

¹³⁰⁴ GARCÍA ALBERO, Ramón, «De las organizaciones», op. cit., pág. 2230.

¹³⁰⁵ GARCÍA RIVAS, Nicolás / LAMARCA PÉREZ, Carmen, «Organizaciones», op. cit., pág. 516.

¹³⁰⁶ FARALDO CABANA, Patricia, *Asociaciones ilícitas y organizaciones*, op. cit. pág. 321.

¹³⁰⁷ GARCÍA ALBERO, Ramón, «De las organizaciones», op. cit., pág. 2230.

acumulativo, es decir, no se puede aplicar las circunstancias atenuantes genéricas y las específicas a la vez. Así lo establece la STS 234/2007 al afirmar: El principio *non bis in idem* que impide apreciar unos mismos datos de hecho para computarlos en dos agravaciones o atenuaciones diferentes¹³⁰⁸.

Al igual que sucede en el art. 376 CP, tampoco aquí se establece un límite temporal, por lo que la atenuación puede aplicarse hasta el momento de la Sentencia. Si el comportamiento positivo es posterior a la sentencia puede afectar a la progresión de grado y a la obtención de la libertad condicional¹³⁰⁹. Con respecto a las normas jurídicas preexistentes similares a ésta, el ya mencionado art. 376 y el art. 579.4 del CP, en la doctrina, se considera mayoritariamente como disposiciones que prevén semiexcusas absolutorias o causas personales de atenuación de la pena. En cuanto su fundamento político-criminal, se estima que el mismo reside, según sostiene de modo casi unánime la doctrina extranjera, en razones utilitarias y, acaso, en una menor necesidad de pena desde el punto de vista preventivo, por lo que parece claro que estas normas conciernen a la categoría de delito punibilidad¹³¹⁰.

¹³⁰⁸ STS 234/2007, de 23 de marzo, Id. vLex: VLEX-27820414, Fundamento de Derecho (Segundo).

¹³⁰⁹ FARALDO CABANA, Patricia, *Asociaciones ilícitas y organizaciones*, op. cit. pág. 322.

¹³¹⁰ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel, «De las organizaciones», op. cit. págs. 1934-1935.

CAPÍTULO VIII

GRADOS DE EJECUCIÓN E INTERVENCIÓN DELICTIVA

I.- El *iter criminis* en la comisión de la organización criminal

Previamente se debe tener presente que el *iter criminis* constituye el proceso de la vida del delito que abarca todas las facetas ejecutivas del mismo que transcurren desde el momento en que se manifiesta socialmente la resolución criminal del autor hasta el instante de la total ejecución de la conducta delictiva, con independencia de que se alcance la consumación o sólo el grado ejecutivo imperfecto de la tentativa: se extiende a todo el lapso existencial que va desde el incipiente comienzo hasta la plena ejecución del delito¹³¹¹. La tentativa como acto ejecutivo imperfecto es ampliamente reconocido por la doctrina como un adelantamiento de la protección un bien jurídico.

En palabras de Ferrando MANTOVANI, el delito, como toda obra humana, “nace, vive y muere”¹³¹². A este recorrido, que puede durar un amplio lapso de tiempo o ser prácticamente instantáneo, se denomina *iter criminis*¹³¹³. Desde un punto de vista naturalístico, el *iter criminis* está conformado por una fase interna

¹³¹¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Teoría del delito. Adaptadas al EEES*, 3ª ed., Mergablum, Sevilla, 2012, pág. 247. / *Vid.* también DE MIGUEL SERRANO, José Antonio, *El iter criminis*, Universidad Central de Venezuela. Facultad de Derecho, Volumen XVII, Caracas, 1957. / BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / ARROYO ZAPATERO, Luis / GARCÍA RIVAS, Nicolás / FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos / SERRANO PIEDECASAS, José Ramón, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Praxis, Barcelona, 1999, pág. 275.

¹³¹² Citado por POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2016, pág. 237.

¹³¹³ NUÑEZ CASTAÑO, Elena, «Formas de realización del delito: El *iter criminis*», en GÓMEZ RIVERO, Mª del Carmen (Dir.), *Nociones Fundamentales de Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2015, pág. 331.

y otra externa, que respectivamente representan el alma y el “cuerpo del delito”¹³¹⁴.

En primera instancia tenemos la fase interna del delito, que es intrascendente y carece de relevancia para el Derecho penal, pero contiene momentos que van desde la idea delictiva hasta la resolución criminal o decisión¹³¹⁵. Son actos internos o mentales, son actos de voluntad que pertenecen a la psique del autor, pero no son de ejecución de la conducta con relevancia jurídica¹³¹⁶. Por tanto, una decisión, empero, a diferencia del acto, es un proceso puramente interno, que no lesiona nada ni a nadie¹³¹⁷.

En la segunda fase, se sitúan los actos externos que dan inicio al *iter criminis* y que posee trascendencia jurídico-penal, debido a que estos actos representan la manifestación exterior de la voluntad personal y sólo estos actos tienen sentido social comunicativo con relevancia penal y con insidencia típica¹³¹⁸. El *iter criminis* sale a la luz, cuando el sujeto realiza actos que forman parte de su proyecto delictivo y que son observables en el exterior, se encuentra en la fase externa del mismo, que culminara, en su caso, con la consumación¹³¹⁹.

Se diferencian dos momentos en la fase externa, que son trascendentes para la legitimación de la intervención punitiva de Estado, es decir, que fundamentan la punibilidad de una acción: a) la realización de los actos

¹³¹⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., pág. 237.

¹³¹⁵ NUÑEZ CASTAÑO, Elena, «Formas de realización del delito», op. cit., pág. 331.

¹³¹⁶ Por lo que sólo pueden tener significación moral y -por lo tanto- resultan incompatibles con el Derecho penal. *Vid.* POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Teoría*, op. cit., pág. 247.

¹³¹⁷ STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general. El hecho punible*, trad. Manuel, Cancio Meliá y Marcelo A., Sancinetti, Aranzadi-Cizur Menor, Navarra, 2005, pág. 275.

¹³¹⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., pág. 238.

¹³¹⁹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / ARROYO ZAPATERO, Luís / GARCÍA RIVAS, Nicolás / FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos / SERRANO PIEDECASAS, José Ramón, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., pag. 276.

preparatorios, y b) la de actos ejecutivos que son punibles en tanto que suponen el comienzo de la tentativa¹³²⁰.

A) Actos prepatatorios punibles

Como indicamos, este tipo de actos son por regla general irrelevantes. Pero en algunos concretos delitos, el legislador considera que, por razones político-criminales, procede adelantar la necesidad de punición ya a los actos de preparación delictiva, sancionando excepcionalmente ciertos actos preparatorios o incriminando de manera autónoma ciertos delitos como consumados siendo así que, en esencia, conforman actos preparatorios¹³²¹. Están situados dentro de esta categoría de los actos preparatorios los siguientes: la conspiración¹³²², la proposición¹³²³ y la provocación¹³²⁴ a la que es equiaparada la apología¹³²⁵.

Hasta aquí, los mencionados delitos constituyen actos preparatorios generales, pero también existen actos preparatorios específicos, puesto que el Código penal también prevé figuras específicas de preparación delictiva. Se trata de modalidades a las que el legislador ha querido conceder una relevancia

¹³²⁰ NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, «Formas de realización del delito...», op. cit., pág. 331.

¹³²¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal...*, op. cit., pág. 238; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Teoría...*, op. cit., pág. 248. / *Vid.* también CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, tomo III, Tecnos, Madrid, 2005, págs. 177 y sigtes.

¹³²² El art. 17 del CP lo tipifica de la siguiente manera: (...) 1.- La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo (...). / *Vid.*, también sobre el tema, CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *La conspiración para cometer el delito: interpretación del art. 4, I, CP (los actos preparatorios de las participaciones)*, Barcelona, Bosch, 1978. / Sobre la conspiración, una reciente Sentencia del Tribunal Supremo da cuenta de su aplicabilidad en un delito contra la Corona: STS 843/2016, de 8 de noviembre, (Roj: STS 4778/2016), *passim*.

¹³²³ Art. 17 del CP dispone: (...) 2. La proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a ejecutarlo (...).

¹³²⁴ Art. 18.1 del CP establece: (...) La provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito (...).

¹³²⁵ Sobre la apología el art. 18 del CP establece: (...) Es apología, a los efectos de este Código, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito.

autónoma, bien para resaltar la especial gravedad del delito en cuestión bien para llamar la atención sobre la necesidad de penar autónomamente un acto que, en sí, entraña una gravedad elevada. Constituiría entonces una segunda técnica político-criminal de incriminación de actos preparatorios. Aunque en realidad se sancionan como delitos consumados actos que no son más que preparatorios¹³²⁶. Dentro de estos actos preparatorios específicos podemos mencionar: apología de genocidio; delito de enaltecimiento o justificación de terrorismo o terroristas, que para algunos constituye apología terrorista, entre otros¹³²⁷.

B) Actos ejecutivos

Para hablar de los actos ejecutivos primero debemos partir del tenor literal del art. 15 del CP el cual establece que: “1. Son punibles el delito consumado y la tentativa de delito”. Los actos ejecutivos de delito requieren la realización típica exterior: en el caso de la “consumación”, deberá tener los elementos objetivos del tipo con la producción del resultado típico, puesto que elemento imprescindible el grado máximo, en el grado consumativo o perfecto; la “tentativa”, deberá contener todos o parte de los elementos objetivos del tipo pero no se producirá el resultado típico por causas ajenas a la voluntad del autor, sería por tanto, un supuesto de ejecución imperfecta¹³²⁸. En suma, son actos ejecutivos los que realizan, total o parcialmente, la conducta típica descrita en la Ley penal, de manera que su realización supone, al menos, un peligro para el bien jurídico protegido¹³²⁹.

¹³²⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., págs. 242-243.

¹³²⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., págs. 243.

¹³²⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Teoría*, op. cit., pág. 249.

¹³²⁹ NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, «Formas de realización del delito», op. cit., pág. 332.

1) ¿Tentativa en la organización criminal?

El tema de la tentativa jurídico-penal es tan amplio y tan rico de matices, que plantea una infinidad de problemas que no pueden abarcarse en este espacio¹³³⁰. Por eso es nuestro propósito reflexionar brevemente sobre la misma, y determinar si es aplicable en el caso concreto de la organización criminal. Ahora bien, el delito en grado de tentativa, al igual que el delito consumado, supone una lesión de la norma, una desautorización de la misma, y por ello se hace acreedor a una reacción normativa como aseguramiento necesario de la validez de la norma¹³³¹. En palabras de JAKOBS, “el fundamento de la punición de la tentativa es exactamente el mismo de la consumación, como se evidencia también el hecho de que numerosos delitos consumados no son materialmente sino tentativa”¹³³².

Por otro lado, existen delitos de tentativa autónomamente configurados, portadores de un elemento subjetivo transcendente más allá del ámbito del dolo que comprende los elementos objetivos del tipo, y que se concretan cuando se realizan todos o parte de los actos ejecutivos sin la consecución del resultado típico, pero con la concurrencia del singular momento anímico exigido en la figura penal¹³³³.

Ciertamente el alcance efectivo y los límites de la tentativa dependen, además y sobre todo, de las posibilidades que conceden las disposiciones de la

¹³³⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, pág. 10-11.

¹³³¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El injusto de la tentativa...*, op. cit., pág. 13. / Especialmente sugerente sobre una armonización de la tentativa en el espacio europeo *Vid.* CANCIO MELIÁ, Manuel, «Consideraciones sobre una regulación común europea de la tentativa», en TIEDEMANN, klaus (Dir.), *Eurodelitos. El Derecho penal económico en la Unión Europea*, Ediciones de la Universidad Castilla-Lamancha, Cuenca, 2004, págs. 53-62.

¹³³² JAKOBS, Günther, *Derecho penal parte general fundamentos y teoría de la imputación objetiva*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 860.

¹³³³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El injusto típico en la Teoría del delito*, Mario A. Viera Editor, Corrientes, Argentina, 2000, pág. 230.

parte general del Código. Éstas en materia de tentativa tienen, cuanto menos, tanto que decir como las de la parte especial, y, de hecho, en varios de los aspectos fundamentales de la tentativa, poseen prácticamente la única palabra. Así es, respectivamente, por un lado, en cuanto se refiere a su tipicidad, y, por otro, en lo que atañe a su penalidad¹³³⁴.

Por tanto, se debe tener en cuenta que la tentativa es el primer estadio punible de realización del delito¹³³⁵. Es descrita en el art. 16.1 CP al disponer: Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los que actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.

El fundamento y límites de la punibilidad de la tentativa han constituido por varias décadas, en razón de que ellos tocan el núcleo de la teoría del ilícito penal, uno de los temas mas discutidos y controvertidos de la dogmática de la parte general¹³³⁶. La esencia de la tentativa consiste, pues, en dar principio a la ejecución del delito, es decir, sólo “principio”, y no final. La determinación de la tentativa contiene pues un límite mínimo y un límite máximo. En otras palabras, la tentativa constituye un acto exterior como comienzo de la ejecución y también la ejecución de todos o parte de los actos ejecutivos que integran el delito¹³³⁷.

Sobre el tema JESCHECK ofrece una importante panorámica histórica de la tentativa y además de las teorías que fundamentan la misma¹³³⁸. El fundamento

¹³³⁴ Para Doval Pais, “la tentativa permite actuar en el mismo segmento del ataque dirigido dolosamente a la afectación de un bien jurídico-penal, en términos de consumación, pero en un momento anticipado con respecto a ésta”. Vid. DOVAL PAIS, Antonio, *Penalidad de la las tentativas de delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, págs. 27-28, 31.

¹³³⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., págs. 244.

¹³³⁶ STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 279.

¹³³⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., págs. 244. / Vid., en el mismo sentido, DOVAL PAIS, Antonio, *Penalidad de la las tentativas*, op. cit., pág. 32.

¹³³⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., trad. Miguel Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2003, págs. 550 y sigtes.

jurídico de la punibilidad de la tentativa no reside en la voluntad del autor, sino en el peligro cercano de realización del resultado típico. Por consiguiente, la tentativa es castigada a causa de la alta probabilidad del acaecimiento del injusto de resultado¹³³⁹.

La delimitación de la tentativa con la consumación, fundamentalmente, radica en una diferenciación objetiva en el grado de ejecución del delito, el desvalor de la acción es el mismo, sin embargo, el desvalor del resultado es superior en la consumación que en la tentativa, dado que en ésta no se ha llegado a producir el resultado. Aquí radicaría la diferente penalidad de ambos¹³⁴⁰. Dicho sea de otro modo, la tentativa empieza allí donde acaba el acto preparatorio, y la consumación empieza allí donde acaba la tentativa¹³⁴¹.

En los tipos de delito subjetivamente configurados de tentativa objeto de una incriminación autónoma, la tentativa se determina como una consumación anticipada, y con ello tales tipos legales representan un adelanto de la barrera de protección penal, pues se estima ya la consumación delictiva en el propio grado ejecutivo imperfecto de la tentativa¹³⁴².

Expuesto lo anterior, es pregunta obligatoria ¿es susceptible de apreciar la tentativa en el delito de organización criminal?

Al respecto, tradicionalmente se ha venido señalando en la doctrina que las formas imperfectas de ejecución son difícilmente admisibles en los delitos de organización criminal¹³⁴³. Así se advertía que la admisibilidad de las formas imperfectas plantea serias dificultades en los delitos de *organización criminal*.

¹³³⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 551.

¹³⁴⁰ NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, «Formas de realización del delito», op. cit., pág. 335

¹³⁴¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., págs. 244.

¹³⁴² POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El injusto típico...*, op. cit., pág. 230.

¹³⁴³ FARALDO CABANA, Patricia, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 335.

Por un lado, porque un importante sector de la doctrina los caracteriza como delitos de “mera actividad”, de “peligro o consumación anticipada”, propugnando por ello un tratamiento excepcional de los mismos. Por otro lado, bajo dicha rúbrica coexisten en el Código penal tipos de muy diversa naturaleza y estructura, lo que recomienda ya de antemano un examen discriminado de las respectivas figuras¹³⁴⁴. Sobre la admisibilidad conceptual de las formas imperfectas de ejecución, se puntualiza a su favor: 1) la admisibilidad o inadmisibilidad es independiente del principio de ejecución del programa delictivo de la empresa criminal, porque tales delitos son ajenos al tipo. Que se llegue a ejecutar éstos puede afectar a la problemática del concurso pero no a las formas imperfectas de *organización criminal* que se consuma sin necesidad de que se inicie la ejecución de los hechos criminales; 2) El problema exige una respuesta discriminada y un examen particularizado de cada uno de los tipos *promover, constituir (fundar), organizar, coordinar o dirigir, etc.* Una organización tiene por objeto cometer algún delito, es decir, la asociación como tal, no es tipo sino el marco en el que se desenvuelven los respectivos comportamientos típicos; 3) El injusto viene dado: por el mero hecho de la afiliación, en el caso del mero individuo y, por el despliegue de un comportamiento activo del miembro de la organización. En el supuesto del socio activo, por el ejercicio de funciones de mando y responsabilidad, respecto a los directivos; y, por la efectiva aportación prestada a la empresa criminal en la hipótesis legal del favorecimiento. El problema es si cabe la tentativa de adquirir la condición de socio, afiliado y si cabe realizar actividades fundacionales, de presidencia, dirección o de favorecimiento en grado de tentativa: se estima conceptualmente viable¹³⁴⁵.

¹³⁴⁴ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas en el Código penal*, Bosch, Barcelona, 1978, pág. 325. (cursivas son nuestras)

¹³⁴⁵ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., págs. 333-334. / También Patricia Ziffer indica que dejar fuera del ámbito de lo punible esas conductas porque “la asociación ilícita no admite tentativa” sería pretender poner un límite puramente azaroso al ámbito de reserva; en otras palabras, si el particular de una banda puede ser legítimamente definido como delito, también debe ser definido como tentativa el haber realizado, al menos uno de los tres sujetos, la totalidad de la conducta prohibida por la norma.

Por otro lado, en contra de la punibilidad de las formas imperfectas se ha argumentado lo siguiente: 1) la efectiva constitución de la *organización* es un elemento esencial del tipo: si la organización no llega a establecerse, no cabe hablar entonces mas que de actos preparatorios y atípicos, pero no de tentativa; 2) la conducta típica no es fraccionable, o bien, existe tal relación entre las diversas figuras delictivas que lo que podría calificarse como tentativa en función de un determinado tipo, basta para entender consumado otro: la tentativa de constituir una *organización* agotaría ya el tipo; 3) por último, identificando el tipo como puesta en marcha del programa criminal, se ha querido descartar la tentativa por estimar que una vez iniciada la ejecución de éste, sólo solo arbitrariamente podría distinguirse la tentativa de la consumación¹³⁴⁶.

Las conductas individuales de fundación, dirección, integración o favorecimiento deben realizarse en el seno o a favor de una organización, que con la única excepción de la conducta típica de la fundación debería estar ya constituidos¹³⁴⁷.

Esto nos abriría la posibilidad de que ciertamente el acto ejecutivo imperfecto se podría efectuar en un acto anterior a constituir una organización criminal. Posibilidad que consideramos inviable por las siguientes razones: 1) el delito de organización criminal constituye es un delito autónomo y su fundamentación, ya de por sí es compleja, y extender aún más esa punibilidad al grado de tentativa sería extralimitarnos al adelantamiento que se busca conseguir con este tipo de delito autónomo; 2) Si consideramos las conductas individuales

Vid. ZIFFER, Patricia, *El delito de asociación ilícita*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, págs. 160-161.

¹³⁴⁶ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., págs. 329-330 (las cursivas son nuestras).

¹³⁴⁷ FARALDO CABANA, Patricia, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 337, 342, para quien la cesación voluntaria del estado antijurídico (la disociación) o la disolución de la organización criminal pueden afectar a la consumación de la conducta de integración activa (no a la de mera integración, que ya se ha producido), porque el tipo no se consuma en el momento de la afiliación, sino cuando realizan actos constitutivos de integración activa.

de los sujetos que integran la organización criminal, veremos que la mayoría tiene un carácter posterior a la fundación de la organización, además todos los elementos que integran el delito de organización criminal, dan cuenta de que se trata de un adelantamiento de la punibilidad donde no cabe la tentativa; 3) la conducta típica en este tipo delictivo no es fraccionable como en un delito común, debido a su singular carácter anticipado donde por ende no cabe la tentativa.

2) Consumación delictiva en el delito de organización criminal

Junto a la tentativa se sanciona, además un segundo acto ejecutivo: La consumación delictiva. Esta consumación conforma el acto ejecutivo perfecto acabado, es decir, que el tipo penal queda realizado en su totalidad cuando se consuma su ejecución, esto es, cuando el sujeto no sólo infringe la norma y realiza todos los actos que producen el resultado, sino que éste además tiene lugar¹³⁴⁸.

El acto ejecutivo de la consumación requiere, pues, la realización típica de todos los elementos del tipo con la producción acabada del resultado típico, más el resultado material, si se exige en el tipo. La consumación no comprende, en cambio, el pretendido agotamiento del delito, el cual trasciende de la esfera de ejecución, en la medida en que se refiere a efectos derivados o sobrevinientes¹³⁴⁹.

De acuerdo con estos parámetros, deberíamos remitirnos al art. 570 *bis* del CP para analizar cuándo se consuma el delito de organización criminal. Para ello hemos de partir del concepto que el texto legal ofrece:

(...) se entiende por organización criminal la agrupación conformada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera

¹³⁴⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., págs. 248.

¹³⁴⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., págs. 248.

concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos (...).

En primer término, cuando menciona “la agrupación conformada”, deja entender que la organización ya está constituida, luego el punto inicial de la consumación giraría en torno a la constitución. A ello se suma el carácter estable o indefinido, que también son posteriores a la cristalización de la organización. De la mano también está el reparto de tareas, además de la existencia de una finalidad delictiva. Sobre este último elemento, debemos indicar que el mismo no requiere, sino que antes bien excluye en cuanto elemento típico subjetivo que es, la objetiva concreción del delito intencionalmente proyectado.

Por último, desde el punto de vista normativo, la tentativa no es un concepto derivado de la consumación, sino que ambos conceptos tienen autonomía el uno respecto del otro, y precisamente por ello tanto el injusto intentado como el consumado pueden explicarse como un quebrantamiento perfecto de una norma penal: tanto la tentativa como la consumación suponen una lesión de la norma, una desautorización de la misma, un quebrantamiento normativo; y por ello también a la tentativa le corresponde una reacción normativa, como aseguramiento necesario de la validez de la norma¹³⁵⁰. En otras palabras: tanto la tentativa cuanto la consumación son manifestaciones de sentido comunicativamente relevantes, que expresan un sentido y tienen una relevancia social¹³⁵¹.

¹³⁵⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., págs. 249.

¹³⁵¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *ibidem*.

II.- La problemática de la intervención delictiva en la organización criminal

La teoría general del delito se ocupa de construir los presupuestos jurídicos generales de la punibilidad comunes a todo hecho punible o a ciertos grupos delictivos, a través de la elaboración sistemática de las características generales que el Derecho positivo permite atribuir al delito¹³⁵².

Explica DE LA CUESTA ARZAMENDI que la insuficiencia de las categorías tradicionales de autoría y participación, con vista a alcanzar a los jefes y dirigentes de la organización por los hechos delictivos particulares cometidos, debería llevar su “prudente modernización” a partir del principio de la responsabilidad organizativa, de modo que en las organizaciones jerárquicamente estructuradas las personas con un poder de decisión y de control puedan ser responsables de los actos cometidos por otros miembros bajo su control, si dieron la orden de comisión de esos actos o si omitieron conscientemente prevenir su comisión¹³⁵³.

De este modo, la comisión de un delito exige necesariamente la existencia de un responsable, es decir, de un autor, pero también se debe señalar que no siempre el delito es cometido por una sola persona, puesto que en algunos supuestos delictivos -como la organización criminal- en la materialización del mismo interviene un colectivo típico o de infracción, lo que implica que varias

¹³⁵² DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, «El Derecho penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites», en GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, Faustino / VALCÁRCE LÓPEZ, Marta, *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2001, pág. 98.

¹³⁵³ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, «Principales lineamientos político-criminales de la Asociación Internacional de Derecho penal en un mundo globalizado», en *Eguzkilore: Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología*, nº 20, San Sebastián, Diciembre 2006, pág. 10.

personas participen en dicho acto delictivo¹³⁵⁴. En la determinación de la autoría y participación -en el delito de organización criminal- se trata de comprobar en qué relación se encuentran las responsabilidades de varios intervinientes por un suceso delictivo. Para ello encontramos dos modelos de regulación, el modelo de los delitos de “infracción de deber” y el modelo de los “delitos de dominio”¹³⁵⁵. El segundo denominado también “delitos por competencia en virtud de la organización”¹³⁵⁶.

Centraremos nuestra atención sobre el segundo caso, debido a que en la mayoría de los delitos la responsabilidad no se vincula a un deber especial, sino a los actos organizativos del titular de un ámbito de organización¹³⁵⁷. En este sentido, la libertad de organizar englobaría la facultad de actuar en forma de división de trabajo. Varias personas pueden, por tanto, armonizar entre sí sus organizaciones de comportamientos, de tal forma que, comportándose como una unidad organizativa colectiva, asuman una administración común, y también conjuntamente, como colectivo, respondan¹³⁵⁸. La libertad de organizar una conducta dirigida a un objetivo delictivo, claramente responde a la organización criminal.

¹³⁵⁴ CORCINO BARRUETA, Fernando, «Coautoría, imputación objetiva y semántica social», en KINDHÄUSER, Urs / POLAINO-ORTS, Miguel / CORCINO BARRUETA, Fernando, *Imputación normativa. Aspectos objetivos y subjetivos de la imputación penal*, ConTexo, Resistencia-Chaco, Argentina, 2011, pág. 63.

¹³⁵⁵ JAKOBS, Günther, *Derecho penal parte general fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 718.

¹³⁵⁶ JAKOBS diferencia entre delitos de dominio de la organización y delitos de deber: Sobre el primero, parte del sinalagma de la libertad de comportamiento y responsabilidad por las consecuencias, la institución elemental de cualquier sociedad de libertades, fundamenta la competencia de toda persona porque su círculo de organización no lesione a otra persona. En el segundo, están los delitos de deber, la autoría no se infiere del dominio del hecho, ya que su contenido no es la usurpación de libertad ajena, al menos no lo es *per se*, sino -en- la falta de cuidado por una persona o una institución del estado, dicho de otro modo, la competencia por no mejorar su situación. *Vid.* JAKOBS, Günther, *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del Derecho penal*, trad. Manuel Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, págs. 106-107.

¹³⁵⁷ JAKOBS, Günther, *Derecho penal parte general*, op. cit., pág. 718.

¹³⁵⁸ LESCH, H. Heiko, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, pág. 68.

Así pues, con acierto KANTOROWICK señalaba que “la teoría de la participación es el capítulo más oscuro y confuso de la Ciencia penal alemana”¹³⁵⁹. Por tal razón establecer con nitidez y precisión los diferentes niveles que componen la doctrina de la autoría y participación punibles no es, desde luego, tarea exenta de problemas. Todo lo contrario, se trata de las cuestiones más debatidas a lo largo del desarrollo histórico de la Dogmática penal¹³⁶⁰. Entendiendo que cuando se refiere a participación hace mención también a la autoría. Por tal razón hasta la actualidad el desarrollo histórico de la autoría y la participación a través de sus teorías siempre han dejado cabos sueltos, es decir de todas las teorías planteadas durante su evolución, han llegado en determinado momento a presentar diferencias o vacíos que hacía que la teoría vigente se agote en un punto sin -aparente- solución¹³⁶¹.

Ahora bien, quizás el tema más espinoso de los delitos cometidos por organizaciones criminales sea el punto de la determinación de la responsabilidad penal individual. En realidad, la consideración de la asociación criminal como una institución propia, con una sustancialidad distinta a la de sus integrantes, chocaría con principios básicos del Derecho Penal clásico como es el de culpabilidad en su vertiente de responsabilidad personal¹³⁶². Por eso la dificultad mayor consiste en cómo hacer responder penalmente a los que dirigen las organizaciones criminales, quienes no intervienen directamente en la realización de los hechos concretos que llevan a cabo otros, siendo aquéllos quienes asumen el diseño, planificación y control final de su realización.

¹³⁵⁹ Citado por ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, 7ª ed., trad. Joaquín Cuello contreras / José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 19.

¹³⁶⁰ CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de teoría del delito. Materiales de aplicación a la investigación y judicialización de los delitos cometidos en el ejercicio de la función pública*, Ara Editores, Lima, 2014, pág. 157.

¹³⁶¹ CORCINO BARRUETA, Fernando, «Coautoría, imputación objetiva», op. cit., pág. 64.

¹³⁶² ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, «Redes internacionales y criminalidad: a propósito del modelo de “participación en organización criminal”», en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura / MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina / DIEGO DÍAZ-SANTOS, M^a Rosario, (coords.), *El Derecho penal ante la globalización*, Colex, Madrid, 2002, pág. 67.

También se puede indicar que la decisión, planificación y ejecución de comportamientos delictivos por parte de las organizaciones integradas por una pluralidad de personas, como lo son las organizaciones criminales. Presenta perfiles peculiares. Lo más característico es la división de funciones en el seno de la organización, de tal modo que, por lo general, las actividades indicadas radican en niveles diferentes que además -en muchos casos- se encuentran jerarquizados -aunque también tienen una estructura flexible-. Mientras los dirigentes deciden, diseñan y ulteriormente controlan la ejecución, ésta última, la ejecución material, se encargara a los niveles inferiores¹³⁶³.

Por tanto, se trata de uno de los delitos en los que el tipo sólo se realiza cuando varias personas pretenden el resultado sumando sus esfuerzos, y la dinámica superior de los esfuerzos sumados es la que fundamentaría o cualificaría el comportamiento delictivo frente a otros comportamientos posibles¹³⁶⁴. La categorización de la organización criminal permite extraer la conclusión de que es necesaria la presencia de al menos tres miembros que puedan ser considerados plenamente como tales, en tanto el disvalor del tipo se relaciona estrechamente con la creación de una cierta dinámica grupal y su poder ofensivo sólo es jurídicamente relevante a partir de tres integrantes que actúan en una misma dirección “delictiva”¹³⁶⁵. El problema que se presenta en materia de autoría es determinar, frente a hecho delictivo en el que han participado varias personas, quién de ellos ha sido el autor y quienes los partícipes. Cuando hablamos de autor nos referimos al sujeto al que se puede imputar el hecho como suyo, aquel que lo realiza y del que puede decirse que “ese hecho le pertenece” en su generalidad¹³⁶⁶.

¹³⁶³ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Dykinson, Madrid, 2005, págs. 157-158.

¹³⁶⁴ ZIFFER, Patricia, *El delito de asociación ilícita*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, pág. 137.

¹³⁶⁵ ZIFFER, Patricia, *El delito de asociación*, op. cit., pág. 138.

¹³⁶⁶ DONNA, Edgardo Alberto, «El concepto de autor», en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo / ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *Dogmática y ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, tomo I, Marcial Pons, Madrid, 2004, págs. 177-178.

Cuando se trata de varios intervinientes en un mismo hecho delictivo la situación tiende a complicarse al momento de determinar quién es autor y quién participe. En el ejemplo de GÖSSEL, supongamos que con el fin de asesinar a X, A, mediante el pago de una suma de dinero, dio el impulso inicial, en tanto C consiguió armas, B averiguó la oportunidad más adecuada para la comisión del hecho, D efectuó el disparo mortal y E consiguió un vehículo motorizado con el cual F ayudó a D a huir con posterioridad a la comisión del delito. En este supuesto la determinación del autor se hace mucho más compleja y por ello es necesario recurrir a la dogmática jurídica a fin de poder determinar el verdadero concepto de autor¹³⁶⁷, o por lo menos el que sea más viable para poder determinar la autoría y participación en el delito, similar situación se plantea en los delitos de organizaciones criminales.

De acuerdo con DE LA CUESTA ARZAMENDI, desde el prisma sustantivo, las dificultades a las que se enfrenta la exigencia de responsabilidad de los intervinientes en la “organización criminal” lleva a sectores diversos a destacar la necesidad de construcción de nuevos instrumentos conceptuales y dogmáticos que permitan afirmar la responsabilidad en calidad de autores de quienes dirigen la organización criminal, aun cuando no ejecuten directamente los hechos delictivos particulares¹³⁶⁸. En este sentido, los esfuerzos en la literatura penal se han dedicado al análisis de esta cuestión y a la discusión de diferentes soluciones de tratamientos de alternativas a la tradicional¹³⁶⁹.

Si bien es cierto que la organización criminal no es una forma de participación de las establecidas en la parte general así como la codelincuencia y conspiración, de ello no se puede derivar que el tipo carezca de toda relación con

¹³⁶⁷ Citado por DONNA, Edgardo Alberto, *La autoría y la participación criminal*, 2ª ed., Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002, pág. 10.

¹³⁶⁸ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, «El Derecho penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites», en GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, Faustino / VALCÁRCE LÓPEZ, Marta, *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2001, pág. 95.

¹³⁶⁹ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, *La criminalidad organizada*, op. cit., pág. 158.

las reglas de participación. Por el contrario, dada formulación de la descripción de la conducta prohibida, serán dicha reglas, en gran parte, las que permitirán determinar la existencia misma del delito: el miembro de una organización criminal, sólo será responsable como coautor en tanto “tome parte” en la ejecución del delito, es decir, en tanto realicen un aporte a la organización. Desde esta perspectiva, es indudable que esta interpretación que se haga del alcance de los conceptos de autoría y participación correspondiente a la parte general constituiría una herramienta interpretativa de significación¹³⁷⁰.

Por otro lado, desde un punto normativo-funcionalista, la diferenciación entre autoría y participación sería, por tanto, una diferenciación que debe ser graduada según el peso en el ámbito de la medición de la pena; en particular, no hay una distinción material del coautor frente al cómplice y, todavía menos, no habría motivo alguno para anudar el concepto de autoría a un tomar parte en el momento de la ejecución: en la división vinculante del trabajo, los intervinientes en los actos previos no tienen necesariamente por qué haber participado en una forma más endeble que el ejecutante, pues también para ellos es ejecutado el hecho. Al respecto, es cierto que desde un punto de vista práctico, puede que habitualmente sean los intervinientes en los casos previos quienes declinan en el ejecutor las partes más esenciales, pero que ello no tiene por qué ser así necesariamente los demuestra la figura del jefe de la banda en organizaciones criminales, donde sucede precisamente lo contrario¹³⁷¹.

La graduación del injusto de los intervinientes depende de la magnitud de los actos de organización de cada uno para la concreta realización típica. Ello no debe entenderse en un sentido estrictamente factico, sino que incluye también elementos simbólico-comunicativos y, de concurrir, elementos de infracción de

¹³⁷⁰ ZIFFER, Patricia, *El delito de asociación*, op. cit., págs. 138-139.

¹³⁷¹ JAKOBS, Günther, «La intervención delictiva», en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 85, enero, 2005, págs. 81-82.

eventuales deberes¹³⁷². Las dificultades de la teoría de la intervención delictiva para dar respuesta a las manifestaciones actuales de intervención entre individuos pueden agruparse dos bloques, que a su vez se corresponden con dos grandes formas posibles de abordar la estructura de la intervención de una pluralidad de sujetos en un mismo contexto delictivo¹³⁷³.

En primer lugar, puede analizarse la responsabilidad de una pluralidad de sujetos que concurren en un mismo delito esto desde un punto de vista de interacción vertical. En el marco de dicha interacción vertical las principales estructuras de imputación son la autoría mediata y comisión por omisión¹³⁷⁴.

En segundo lugar, se presenta la interacción horizontal, en ésta a diferencia de la vertical, cobra especial importancia la cuestión de cuando pueden afirmarse la existencia de ámbitos de responsabilidad asociados. La disociación de responsabilidad pasa a ser un fenómeno secundario, dado que la imputación a título de autoría suele estar en correspondencia con la ejecución material del delito. Por ello, en este nivel de la interacción horizontal la estructura de imputación de autoría por excelencia es la coautoría¹³⁷⁵.

Por último, cabe advertir que la principal dificultad se encuentra en la hipótesis de que la variable organizacional determinaría la pertinencia de una determinada estructura de imputación por antonomasia frente a la pregunta de la configuración de la responsabilidad, al interior de la organización, por uno o más hechos delictivos determinados. En este sentido se trata de una premisa

¹³⁷² ROBLES PLANAS, Ricardo, «Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión)», en *Revista para el Análisis del Derecho InDret*, Barcelona, abril 2012, pág. 5.

¹³⁷³ ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito: fundamentos y límites*, Marcial Pons, Barcelona, 2003, pág. 26. / En este sentido, haciendo un estudio a Sentencias del Tribunal Supremo, Silva Sánchez identifica dos bloques o grupos como son: horizontal y vertical, con mayor detalle *Vid.* SILVA SÁNCHEZ, José María, «Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas», en *Cuaderno de Derecho Judicial*, Madrid, 1997, págs. 20 y sigtes.

¹³⁷⁴ ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito*, op. cit. págs. 27-28.

¹³⁷⁵ ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito*, op. cit. pág. 30.

compartida por un conjunto bastante heterogéneo de propuestas de articulación dogmática¹³⁷⁶, que han de ser objeto de un análisis sistemático con el debido detenimiento.

III.- Propuestas doctrinales respecto a la autoría y participación en la organización criminal

A) La autoría mediata en la organización criminal (Roxin)

Tenemos como primera propuesta dogmática la autoría mediata elaborada por ROXIN, cabe destacar que dicha propuesta fue desarrollada a propósito del “caso Eichmann”¹³⁷⁷, y ésta se basaba en el dominio como criterio de decisión para delimitación de autoría y participación, “Eichmann” debía ser considerado autor mediato, no obstante los que habían cometido el asesinato con sus propias manos -desde esta perspectiva-, igualmente eran responsables como autores. La razón es que tratándose de una organización criminal, la realización del delito en modo alguno depende de los singulares ejecutores. Ellos solamente ocuparían una posición subordinada en el aparato de poder, porque son intercambiables y no pueden impedir que el hombre de atrás alcance el resultado¹³⁷⁸.

Por tanto, la responsabilidad de los dirigentes podría exigirse a título de autoría mediata por dominio de la organización, al haberse aprovechado del aparato organizado de poder estatal que controlaban; un aparato que funcionaba

¹³⁷⁶ MAÑALICH, R. Juan Pablo, «Organización delictiva. Bases para su elaboración dogmática en el Derecho penal chileno», en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38, nº 2, 2011, págs. 283-284.

¹³⁷⁷ *Vid.*, con mayor detalle, ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho*, op. cit., págs. 273 y sigtes.

¹³⁷⁸ ROXIN, Claus, «Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada», en FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos / ANARTE BORRALLA, Enrique (eds.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, Procesales y criminológicos*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, Huelva, 1999, pág.192.

como una máquina, casi de manera automática, lo que permitía declarar el dominio de la voluntad por parte de los hombres de atrás¹³⁷⁹.

Bajo ésta teoría el hombre de atrás, controlaría el resultado típico a través del aparato, sin tomar en consideración a la persona que como ejecutor entra en escena más o menos casualmente. En consecuencia, aquél -el hombre de detrás- tiene en sentido liberal de la palabra el dominio y por tanto es un autor mediato¹³⁸⁰.

Ahora bien, ¿cómo es posible fundamentar entonces la autoría mediata del que da las órdenes si no concurren coacción ni error? Esta cuestión apenas se había planteado, porque con ayuda de la teoría del *animus auctoris* se podía atribuir fácilmente la voluntad de autor al sujeto de detrás, salvando así todas las dificultades. Pero ésa sería una solución sólo aparente, pues ciertamente quienes mueven los hilos de tales organizaciones tienen un interés relevante en el éxito del delito, en el sentido de la teoría subjetiva. Pero eso ocurre también normalmente en los inductores y, por tanto, no puede ser un criterio útil para distinguir inducción y autoría mediata, por no hablar de que una construcción en tal sentido no sería compatible en ningún caso con la autoría del dominio del hecho¹³⁸¹. La diferencia de la autoría mediata con la inducción también se debería de dar de manera objetiva, que sería por un entendimiento previo natural del concepto de “dominio del hecho”, es evidente que una autoridad superior domina la realización del resultado de manera distinta a un inductor común. En tal sentido nadie vacilaría en atribuir a quien da las órdenes una posición clave en el acontecer global, posición que no les corresponde a los meros instigadores en los casos de criminalidad “común”¹³⁸².

¹³⁷⁹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luís, «El Derecho penal ante la criminalidad», op. cit., págs. 101-102.

¹³⁸⁰ ROXIN, Claus, «Problemas de autoría y participación», op. cit., pág. 192.

¹³⁸¹ ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho...* op. cit., pág. 271.

¹³⁸² ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho*, op. cit., pág. 272. / “Para la concepción naturalista el autor mediato aparece como inductor, ambos no son ejecutores, sólo se diferencian entre sí por su significación normativa en lo que respecta al concepto de ejecutor; frente al inductor aparece el ejecutor como autor principal, totalmente punible y frente al autor mediato

Una organización así desplegaría una vida independiente de la identidad variable de sus miembros. Es decir funciona “automáticamente”, sin que importe la persona individual del ejecutor¹³⁸³. En tales casos, el factor decisivo para fundamentar el dominio de la voluntad (que se presenta como la tercera forma de autoría mediata, delimitada claramente con respecto al dominio por coacción y por error) residiría, pues, en la “fungibilidad” del ejecutor¹³⁸⁴. Por último, ROXIN hace énfasis en tres puntualizaciones:

1) El autor mediato no es sólo el jefe máximo de una organización criminal, sino todo aquel que en el ámbito de la jerarquía transmite la instrucción delictiva con poder de mando autónomo. Puede por lo tanto ser autor incluso cuando él mismo actúa por encargo de una instancia superior, formándose así una cadena completa de autores mediatos. Por el contrario, quien colabora con quien da la orden, por ejemplo realizando un trabajo accesorio, solo será cómplice¹³⁸⁵.

2) Considera también que la validez de esta teoría debería afirmarse en lo fundamental para cualquier clase de criminalidad organizada. Es decir, como cabía invocar la autoría mediata en el ámbito de los aparatos organizados de poder tanto respecto de los crimines de estado, como de “los que se cometen en el ámbito de los movimientos clandestinos, organizaciones secretas, bandas criminales y agrupaciones semejantes”¹³⁸⁶. Asimismo ROXIN enfatiza que hay que ser cautelosos al estimar el dominio de la organización, pues advierte que si simplemente varias personas se conciertan para cometer delitos en común y eligen un cabecilla no estaremos aún ante un aparato de poder, en cuanto la comunidad se basa en las relaciones individuales recíprocas entre los

solamente como un instrumento impune o no totalmente reprochable”. Vid. OLMEDO CARDENTE, Miguel Domingo, *La inducción como forma de participación accesorio*, Edersa, Madrid, 1999, pág. 158.

¹³⁸³ ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho*, op. cit., pág. 272.

¹³⁸⁴ ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho*, op. cit., pág. 272.

¹³⁸⁵ ROXIN, Claus, «Problemas de autoría y participación», op. cit., pág. 197.

¹³⁸⁶ ROXIN, Claus, «Problemas de autoría y participación», op. cit., pág. 197.

intervinientes y no tiene una existencia independiente de sus miembros como exige esta forma específica del dominio de la voluntad¹³⁸⁷.

3) Si la orden que se da fracasa, se debería considerar como una autoría mediata intentada. Pero ello no pone en duda la existencia de una autoría mediata que habría quedado en grado de tentativa. Se entiende también que tampoco en el caso de la autoría mediata hay alguna garantía absoluta de éxito¹³⁸⁸.

Ahora bien, recientemente ROXIN ha indicado que su idea básica era que, considerado el dominio del hecho criterio decisivo para la autoría, sólo habría tres formas prototípicas (o idealmente típicas) en las que se puede dominar un acontecimiento o suceso sin poner las manos en la ejecución: se puede obligar o forzar al ejecutor; también se le puede engañar; o se puede disponer de un aparato que asegure la ejecución de órdenes incluso sin fuerza o engaño, porque el aparato como tal garantiza la ejecución. Es decir, el que da la orden puede prescindir de coaccionar o engañar al autor inmediato, porque el aparato, incluso si falla una persona concreta, dispone de otras que asumen su función -referido a la fungibilidad del ejecutor-. Por eso es también característico de esta forma de autoría mediata el sujeto de atrás no conozca la mayoría de las veces al ejecutor inmediato¹³⁸⁹.

De acuerdo con lo expresado la concepción, en cambio ya no se trataría de un caso específico de autoría mediata por “dominio de la organización”. La consecuencia fundamental que de ello ROXIN no duda en extraer explícitamente radica en que como “instrumento” del autor mediato habría que considerar, no al ejecutor, sino a la propia organización: “el verdadero instrumento es más bien el

¹³⁸⁷ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, *La criminalidad organizada*, op. cit. pág. 162.

¹³⁸⁸ ROXIN, Claus, «Problemas de autoría y participación», op. cit., pág. 197.

¹³⁸⁹ ROXIN, Claus, *Derecho penal parte general. Especiales formas de aparición del delito*, tomo II, trad. Diego Manuel Luzón Peña / José Manuel paredes Castañón / Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Aranzadi S. A., Navarra, 2014, pág.

aparato como tal”¹³⁹⁰. Dejando ciertamente de lado la fungibilidad del ejecutor como fundamentación de la autoría mediata y dando mayor relevancia al aparato organizado por una parte, indica además que el dominio de la organización encuentra cuatro condiciones: 1) el poder de mandato; 2) la desvinculación del ordenamiento jurídico del aparato de poder; 3) la fungibilidad del autor inmediato; 4) la considerablemente elevada disponibilidad al hecho del ejecutor¹³⁹¹.

De lo expuesto se puede extraer básicamente que la aplicación de la autoría mediata, aplicada a los delitos de organización criminal, encuentra en principio su fundamento en el dominio de la organización. Ahora bien, dicha organización se entiende que tendría una férrea organización vertical de la que el autor mediato se vale como “jefe del aparato de poder” teniendo así de esta manera el dominio de la voluntad en razón del “dominio de la organización”. En consecuencia -conforme ésta propuesta-, debería ser tratado como autor mediato, por el delito de organización criminal, independientemente de si haya tomado parte en la ejecución como sí no, ya que debido al “aparato de poder” se busca que el delito se plasme. Una de las características de esta propuesta es que nace para solucionar la responsabilidad de los sujetos en los aparatos organizados de poder “estatal”, y no así, para las organizaciones criminales de naturaleza eminentemente delictivas, que a su vez como pudimos apreciar en el capítulo I son diversas en cuanto a su forma de organización. Por lo cual desde nuestra humilde opinión sería inviable aplicar dicha teoría al tipo delictivo de la organización criminal.

Por último y dando paso a la siguiente propuesta dogmática, en opinión de JAKOBS, considerar la autoría mediata para incriminar a los directivos o “hombres del escritorio” es algo tan superfluo como nocivo. Por un lado, es

¹³⁹⁰ ROXIN, Claus, «El dominio de la organización como forma independiente de autoría mediata», en *Revista de Estudio de la Justicia*, nº 7, 2006, pág. 14. / MAÑALICH R., Juan Pablo, «Organización delictiva», op. cit., pág. 284.

¹³⁹¹ ROXIN, Claus, «El dominio de la organización», op. cit., págs. 15 y sigtes.

superfluo porque, con la superioridad objetiva, la teoría subjetiva no hace más que crear la base para construir la voluntad de autor de todos modos irrelevante, mientras que la teoría del dominio del hecho en la versión de que las aportaciones son necesarias después del comienzo de la tentativa, vuelve a eliminar mediante la autoría mediata esta restricción innecesaria por una parte. Conforme a la concepción aquí mantenida, la coautoría, en los supuestos normales, no presenta problemas; en los demás casos queda la inducción. Por otro lado, la construcción de la autoría mediata es nociva, porque, en los hechos de la época del régimen nacional-socialista, encubre la vinculación organizativa de todos los intervinientes, ni mucho menos siempre forzada, hasta convertirla en un hacer común: sólo mediante la conjunción de quien imparte la orden y quien la ejecuta se puede interpretar un hecho singular del ejecutor como aportación a una unidad que abarque diversas acción ejecutivas¹³⁹².

B) La coautoría en la organización criminal (*Jakobs*)

Puede haber varios sujetos que forman parte, coordinando mutuamente sus ámbitos de organización de tal modo que organizan conjuntamente un delito. Si ocurre esto mediante actos organizativos de la misma importancia, los partícipes son coautores¹³⁹³. El carácter colectivo de los delitos de organización criminal y todo lo que conlleva ése carácter, es decir, estructura, organización y finalidad delictiva, hace que la relevancia en la intervención delictiva se produzca en grado de coautoría.

¹³⁹² JAKOBS, Günther, *Derecho penal, Parte general*, op. cit., págs. 783-784. / Por su parte, Robles Planas indica que: “las dificultades para calificar como autor a quien manda en un -así llamado- aparato organizado de poder, son buena prueba de los criterios de autoría manejados por la doctrina dominante. La responsabilidad del superior no es de menor intensidad que la del inferior, pese a la distancia autorresponsabilidad del ejecutor, pues sus actos organizativos tienen una dimensión de injusto desde el punto de vista normativo particularmente grave, reflejándose plenamente en el injusto del hecho que exterioriza el ejecutor”. *Vid.* ROBLES PLANAS, Ricardo, «Los dos niveles del sistema de intervención», op. cit., pág. 6.

¹³⁹³ JAKOBS, Günther, *Derecho penal parte general*, op. cit., pág. 718.

Desde el punto de vista funcionalista, el delito de organización criminal estaría dentro de los delitos por organización, partiendo de la facultad que tienen las personas de configurar el mundo libremente, siendo éste el fundamento de la competencia sobre esa configuración. En este sentido la libertad de organizar engloba la facultad de actuar en forma de división de trabajo. Varias personas pueden por tanto armonizar entre sí sus organizaciones de comportamientos, de tal forma que, comportándose como una unidad organizativa colectiva, asuman una administración común, y también conjuntamente, como colectivo, respondan¹³⁹⁴.

A pesar de corresponder la organización a varias personas, solo hay un comportamiento típico de ejecución que constituye injusto. La colaboración común en el ámbito previo a la realización del tipo no determina por sí misma, a falta de exteriorización, una perturbación social, sino solo el fundamento para atribuir el comportamiento de ejecución a cada uno de los que toma parte. La situación en el ámbito previo es parangonable a la que se produce en Derecho civil al firmar un contrato de sociedad: este contrato no constituye, al firmarlo, negocio alguno, desde las perspectivas de las relaciones exteriores, y tampoco llega a serlo después, pero si forma parte del fundamento para atribuir a los socios los negocios que después se acuerden en las relaciones exteriores¹³⁹⁵.

Por su parte, al respecto ya indicó JESCHECK que la coautoría se fundamenta a través del dominio del hecho pero, como en su ejercicio concurren varios, el dominio del hecho debe ser conjunto. Cada coautor domina el curso global en colaboración con otro o con otros. Por consiguiente, la coautoría consiste en una “división de trabajo” que hace posible que el delito, lo facilita o disminuye sustancialmente el riesgo del hecho. Del lado subjetivo, exige que los intervinientes estén vinculados recíprocamente por medio de una resolución conjunta, con lo que, en el marco del acontecimiento global, cada uno de ellos

¹³⁹⁴ LESCH, H. Heiko, *Intervención delictiva*, op. cit., pág. 68.

¹³⁹⁵ JAKOBS, Günther, *Derecho penal parte general*, op. cit., págs. 718-719.

debe asumir una función parcial de carácter esencial que les haga parecer como portadores de la responsabilidad por la ejecución del conjunto del hecho¹³⁹⁶.

1) La decisión común del hecho como objetivo común

Sobre la resolución conjunta como aspecto subjetivo, JAKOBS cuestiona la necesidad de dicho elemento y busca dar mayor importancia al aspecto objetivo, en tal caso se debe tener en cuenta los siguientes elementos que contribuyen a su fundamentación.

Inicialmente no está clara ni la necesidad absoluta del mutuo acuerdo como elemento subjetivo de la coautoría, ni tampoco la significación que pueda tener en aquellos casos en los cuales se pueda entender obligada su concurrencia¹³⁹⁷.

En este sentido, la resolución delictiva común es la abrazadera que conecta las piezas individuales del todo. En su *aspecto objetivo* aquello que cada uno de los coautores desencadena debe mostrar una determinada medida de significado funcional, de forma que el desarrollo de cada uno del papel que le

¹³⁹⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit. pág. 726. / Sobre la necesidad de un acuerdo previo como elemento subjetivo de la coautoría, podemos citar entre otros: STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general I El hecho punible*, trad. Manuel Cancio Meliá / Marcelo A. Sancinetti, Editorial Aranzadi, Navarra, 2005, págs. 335 y sigtes. / LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Autoría y Participación*, Ediciones Akal, Madrid, 1996, págs. 63 y sigtes. / BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pág. 501. / FRISTER, Helmut, *Derecho penal Parte general*, 4ª ed., trad. Marcelo Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2011, pág. 538. / MUÑOZ CONDE, Francisco, “Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada”, en FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos / ANARTE BORRALLA, Enrique, *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, Huelva, 1999, págs. 151 y sigtes., quien se muestra a favor de la aplicación de la coautoría en delitos de organización criminal. / Asume también el acuerdo previo como requisito para la coautoría MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 10ª ed., Editorial Repertor, Barcelona, 2015, págs. 404-406.

¹³⁹⁷ GARCÍA DEL BLANCO, Victoria, *La coautoría en el Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 603.

corresponde se presente como una pieza esencial de la realización del plan delictivo conjunto¹³⁹⁸.

Cuando se hace mención a la coautoría, se está extrayendo la consecuencia lógica de que sea posible la división del trabajo. Por tanto, la coautoría concurriría cuando, según el plan de los intervinientes, se distribuyen las aportaciones necesarias para la ejecución, -cabe la aclaración- sea en todos los estadios del delito, sea entre los distintos estadios, de manera que también personas no participantes co-determinan la configuración de ésta, o el que se lleve o no a cabo¹³⁹⁹. Los elementos de la coautoría serían, según este criterio, dos: la decisión común del hecho y la intervención en la comisión común a título de autor¹⁴⁰⁰.

En opinión de JAKOBS, no podría objetarse la ausencia de mutuo acuerdo, pues exigir que los intervinientes se conozcan o que hayan negociado la distribución del trabajo supondría un “entendimiento psicologizante erróneos de los requisitos de la división del trabajo”, irrelevante en el delito como hecho legal, bastando con ese aporte se lleve a cabo con conocimiento del contexto. La decisión común del hecho se refiere al acuerdo expreso o concluyente sobre la distribución de las aportaciones singulares a un hecho. Y se distingue del acuerdo de voluntades propio de la participación por su contenido (versa sobre aportaciones en plano de igualdad) y por su reciprocidad (carácter común): todo intervinientes debe saber que otros cooperan dolosamente. La significación de este último elemento no es clara, como también su dudosa necesidad absoluta. Su origen se debe a la primera teoría subjetiva, que atendía a la dependencia reciproca de los propósitos delictivos de los distintos intervinientes. Dado este

¹³⁹⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 726.

¹³⁹⁹ JAKOBS, Günther, *Derecho penal parte general*, op. cit., pág. 745.

¹⁴⁰⁰ DONNA, Edgardo Alberto, *La autoría y la participación*, op. cit. pág. 42.

criterio, es inesencial para la autoría que el carácter común de la decisión del hecho, y hay, al menos, que reducirla¹⁴⁰¹.

No debe confundirse dicho reparto de tareas o mutuo acuerdo con la realización dolosa, es decir, no se trata de exigir una cooperación consciente y querida u otras interioridades subjetivas, sino se trata de dividir objetivamente el trabajo en orden a la realización de una realización típica. Es este reparto de tareas lo que va a crear un riesgo no permitido que fundamentara la imputación del hecho a cada uno de los intervinientes desde un punto de vista normativo¹⁴⁰².

Reforzando la argumentación sobre la “dudosa necesidad” que implica el acuerdo previo, como aspecto subjetivo de la coautoría se manifiesta LESCH, indicando que el mutuo acuerdo o finalidad común que integraría cada aportación individual en una acción conjunta debe ser despsicologizada. Considera que hay que abandonar la exigencia de mutuo acuerdo en la coautoría que viene identificando este elemento una voluntad común compuesta por los propósitos individuales idénticos de los coautores, es decir, como una realidad psíquica que determinara la ejecución del hecho hacia una determinada finalidad, pues lo relevante es la “voluntad que es determinada para el fundamento del injusto, como expresión de sentido referida a la obligatoriedad de la norma”. La coautoría sería la realización del delito mediante la división del trabajo no se trata de la conformidad de voluntades (recíprocas), sino del reparto de trabajo que debe prestarse para la realización del tipo¹⁴⁰³. De esta manera, se hace prevalecer el aspecto objetivo sobre el subjetivo en la coautoría.

Asimismo, cuando se produce una actuación en conjunto, el objeto de referencia de la responsabilidad jurídico penal no es la propia intervención de cada uno, sino la realización del tipo en conjunto, llevada a cabo en forma de

¹⁴⁰¹ JAKOBS, Günther, *Derecho penal parte general*, op. cit., pág. 746. / Vid. GARCÍA DEL BLANCO, Victoria, *La coautoría*, op. cit., pág. 608.

¹⁴⁰² GARCÍA DEL BLANCO, Victoria, *La coautoría*, op. cit. pág. 605.

¹⁴⁰³ LESCH, H. Heiko, *Intervención delictiva*, op. cit., pág. 90. / GARCÍA DEL BLANCO, Victoria, *La coautoría*, op. cit. pág. 611.

división de trabajo. Como el interviniente por sí mismo en la coautoría, *per definitionem*, debe realizar menos que un autor único a ninguno de los intervinientes por sí solo les incumbe el todo, es decir, no hay por tanto, un hecho propio de cada uno, sino sólo un hecho en conjunto, en otras palabras, un hecho a imputar a un colectivo¹⁴⁰⁴. Coautores pueden serlo también los intervinientes que influyen en la acción mediante la configuración conjunta coordinada, aun cuando, de haberse apartado de ellos, los habrían reemplazado otros, ya que al fin y al cabo han configurado realmente. Sin embargo, si el que uno de ellos dejara de intervenir solo habría modificado a lo sumo circunstancias secundarias, su colaboración es superflua, pues una organización completa no se puede seguir completando, de modo que entonces no ha tenido lugar una configuración conjunta¹⁴⁰⁵.

Por su parte, JESCHECK ha señalado que se acepta con frecuencia un dominio del hecho por medio de aparatos organizados de poder, de modo que el “autor de la mesa del despacho” que controla la organización aparece siempre como autor mediato, con comentario aprobatorio de ROXIN. Sin embargo, esta visión sólo merece ser aprobada allí donde los ejecutores mismos no puedan ser considerados plenamente responsables. En caso de que lo sean, la persona que ocupa la posición central es coautor precisamente porque domina la organización. El carácter común de la resolución delictiva se produce a través de la conciencia del director del aparato y de los ejecutores de que un hecho determinado o varios de ellos de la misma clase deben ser llevados a cabo en correspondencia con las indicaciones de la dirección¹⁴⁰⁶.

¹⁴⁰⁴ LESCH, H. Heiko, *Intervención delictiva*, op. cit., págs. 86-87.

¹⁴⁰⁵ JAKOBS, Günther, *Derecho penal parte general*, op. cit., pág. 754.

¹⁴⁰⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 722. / *Vid.*, en la misma línea, STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general I*, op. cit., págs. 335 y sig.

2) División de trabajo como aspecto objetivo

Desde el punto de vista objetivo, se requiere la comisión en común. Por comisión no se ha de entender la realización directa, es decir, de propia mano. La medida y la intensidad de la configuración de un delito no cometido de propia mano son independientes del momento del influjo, e incluso del el influjo el elemento material vinculado con la ejecución de propia mano no forzada, sobre la decisión de si el hecho tendrá o no lugar, no quedaría consolidado por una aportación realizada después del comienzo de la tentativa, ni -tampoco- quedaría excluida sin tal aportación. Así pues, también cabe realizar la aportación en el estadio de los actos preparatorios¹⁴⁰⁷. En este sentido, las esferas de organización de cada individuo se entrelazan en función de la división del trabajo, cohesionando así de esta manera el conjunto de configuraciones que se dirigen a la creación y consolidación de una organización criminal, que se objetivizan al desempeñar cada uno un determinado rol dentro de la organización.

En el dominio compartido, se explica que cuando falta la participación en el dominio formal del hecho, es decir, la ejecución de propia mano, también faltara siempre en el ámbito de la coautoría en el dominio de la decisión, pues sobre si el hecho se realizará o no decide el ejecutor no subordinado. El que sólo la ejecución de aportaciones precedentes haya posibilitado el hecho no comportaría el dominio de la decisión. Ello se pondría de manifiesto -más propiamente- en el inductor y en el cooperador necesario: ambos posibilitan el hecho, pero sólo constituyen prototipos de participación. En tal sentido podría darse una intervención, obviamente subordinada, en el dominio de la decisión se produciría, sin embargo, cuando un participe, mediante promesas o anuncio de represalias etc., dirige la motivación del ejecutor hacia una determinada ejecución, sin que el influjo alcance la medida necesaria para poder ser calificada de autoría mediata. Dicha intervención puede tenerse en cuenta en la coautoría,

¹⁴⁰⁷ JAKOBS, Günther, *Derecho penal parte general*, op. cit., pág. 750.

pero el no ejecutor participa en menor medida que el ejecutor en el dominio material, en forma de dominio de la decisión; sin embargo, este *minus* puede quedar compensado por un *plus* en el dominio material, en forma de dominio de la configuración, que se ejerce en el estadio de la preparación¹⁴⁰⁸.

Incluso sin intervención alguna en el dominio de la decisión es posible la coautoría a través de la configuración o al menos configuración conjunta. Ahora bien, la configuración hecho consiste en disponer del suceso que realiza el tipo en su desenvolvimiento concreto, tal como se perfecciona desde la ejecución hasta la consumación¹⁴⁰⁹. Las configuraciones son pues, la organización del autor, del objeto del hecho, de la medida de su lesión, del medio, y en su caso de otras circunstancias pertenecientes al suceso concreto que realiza el tipo. La disposición puede tener lugar en todo estadio de preparación o tentativa, hasta incluso la ejecución de la acción ejecutiva; en el supuesto límite, el ejecutor lo único que hace es poner en marcha la “maquinaria delictiva” ya preparada y dispuesta¹⁴¹⁰.

En este punto se mencionaría al “jefe de la banda”, que se entiende también como los que; promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren una organización criminal, en consecuencia los mismos se constituirían en coautores del delito. Por otro lado, no debe confundirse este reparto de tareas o mutuo acuerdo con la realización dolosa, es decir, no se trata de exigir una cooperación consciente y querida u otras interioridades subjetivas, sino que se trata de dividir objetivamente el trabajo en orden a la realización de una realización típica. Este reparto de tareas lo que va a crear un riesgo no permitido que fundamentará la imputación del hecho a cada uno de los intervinientes desde un punto de vista normativo¹⁴¹¹. El reparto de roles es una clara objetivación de la estructura, teniendo cada individuo su dominio del hecho

¹⁴⁰⁸ JAKOBS, Günther, *Derecho penal parte general*, op. cit., pág. 750.

¹⁴⁰⁹ JAKOBS, Günther, *Derecho penal parte general*, op. cit., págs. 750-751.

¹⁴¹⁰ JAKOBS, Günther, *Derecho penal parte general*, op. cit., pág. 751.

¹⁴¹¹ GARCÍA DEL BLANCO, Victoria, *La coautoría*, op. cit., pág. 605.

particular, pero con una voluntad conjunta o colectiva, teniendo así una relevancia social negativa que cuestionaría la vigencia de la norma.

Sobre autoría mediata, aplicada al caso de los tres altos cargos de la antigua República Democrática Alemana (DDR), enjuiciados por homicidio, y condenados como autores mediatos, JAKOBS considera que la aplicación de la autoría mediata es un error, pues opina que hablar de “estructura organizadas” es una trivialidad, y ello, porque en una sociedad con una estructura monolítica se producen comportamientos de terceros de forma “casi automática”, lo cual no aporta nada respecto a una jerarquía jurídica relevante. Pues desde un punto de vista jurídico, las personas se encontrarían en un mismo plano siempre que se comporten de manera responsable¹⁴¹². Asimismo indica que en el caso citado se debería haber condenado a los tres altos cargos de la DDR como coautores, pues un comportamiento de este tipo es sin lugar a dudas de la misma importancia que otras aportaciones que se llevan a cabo mediante división de trabajo y, en este sentido, según la teoría del dominio del hecho, es un comportamiento de coautoría¹⁴¹³.

En consecuencia, la coautoría no supondría la existencia de varios coautores, sino únicamente la existencia de varios autores. Y el riesgo no deriva de la realización *per se* de los aportes al hecho, sino de la realización de esos aportes en un determinado contexto social, es decir, en un contexto delictivo. Así pues, independientemente de que la intervención se lleve a cabo en fase preparatoria o en fase ejecutiva, permite la imputación del hecho, como injusto propio en sentido jurídico-penal, en función de la naturaleza de dicha aportación¹⁴¹⁴. Bastara con el sentido social del comportamiento sea de continuidad delictiva para que se le impute como propio el hecho realizado por el ejecutor, sin necesidad de que exista una conexión subjetiva, la cual es entendida como conocimiento recíproco de la intervención dolosa de los demás

¹⁴¹² Citado por GARCÍA DEL BLANCO, Victoria, *La coautoría*, op. cit., págs. 607-608.

¹⁴¹³ GARCÍA DEL BLANCO, Victoria, *La coautoría*, op. cit., pág. 608.

¹⁴¹⁴ GARCÍA DEL BLANCO, Victoria, *La coautoría*, op. cit., pág. 609.

coautores¹⁴¹⁵. En el caso de los que se encuentran en la cúpula organizativa el grado de aporte será fundamental para su responsabilidad como autores y en su caso sería como coautores, ya que fueron los que inicialmente orquestaron por decirlo de alguna forma y allanaron el camino para la cristalización de la organización criminal.

En este punto el elemento constitutivo de la comunidad personal es la persecución de un objetivo común supraindividual, que consiste en la producción común en trabajo dividido de un determinado delito. En tanto un delito este constituido por fases aisladas, y las diferentes fases sean ejecutados respectivamente por distintas personas solas, éstos responderán como coautores por el todo, sólo cuando se unan para lograr la consecución de lo común; en efecto, tan solo el objetivo común define los aportes individuales como parte del todo¹⁴¹⁶. La suma de acciones orientadas a una finalidad delictiva, es decir una voluntad colectiva que se materializa como dijimos antes mediante la objetivación de la organización, dejando a un lado la parte subjetiva.

3) Recapitulación

Es posible afirmar también que cada coautor realiza su propia conducta delictiva a pesar de no ejecutar de propia manos todos los elementos descritos en el tipo. En efecto, al coautor se le imputa la realización típica y no una conducta ajena¹⁴¹⁷. Así también los autores son aquellos intervinientes que configuran el delito de tal forma que entre sus correspondientes *quantums* de intervención y los de los otros existe una diferencia significativa. Dicha valoración no puede ser medida con exactitud matemática ya que la cuantificación no puede ser formulada en cifras. Por ello tampoco es necesario que todos los coautores

¹⁴¹⁵ GARCÍA DEL BLANCO, Victoria, *La coautoría*, op. cit., pág. 609.

¹⁴¹⁶ LESCH, H. Heiko, *Intervención delictiva*, op. cit., pág. 89.

¹⁴¹⁷ BOLEA BARDÓN, Carolina, *La cooperación necesaria: análisis dogmático y jurisprudencial*, Atelier, Barcelona, 2004, págs. 35-36.

configuren exactamente lo mismo, es decir, que tengan que prestar un aporte de la misma dimensión que los aportes de los otros¹⁴¹⁸.

Por otro lado, si se parte de que resulta imposible reconstruir como acción “natural” de una sola persona, la realización de delitos consistentes en varios actos finalmente vinculados por varios intervinientes, parece una consecuencia lógica optar por considerar los diversos actos como obra de una persona colectiva. Por lo tanto, en la coautoría, la acción contraria a la norma sería la acción del sujeto global que se le imputaría en su conjunto al individuo, en la medida que contribuye al hecho y con ello forma parte del colectivo¹⁴¹⁹.

El fundamento de la coautoría propuesta por JAKOBS no pasa tanto por el acuerdo previo, sino más por la división de trabajo entre los integrantes, así como también la intensidad del dominio de la configuración del delito que se puede dar en un ámbito previo, esto se entrelaza ciertamente con la fase nuclear de la creación de la organización criminal, es decir, el momento en que se materializa el delito.

Sobre la misma línea, LESCH indica que tampoco interesaría una reciprocidad de la adaptación de los aportes. Esto se infiere ya, de que una prestación común se puede producir no solo en forma de división de trabajo paralela, sino también en división de trabajo sucesiva: un aporte crea un presupuesto para la organización ulterior, el aporte subsiguiente se produce bajo el aprovechamiento de ese aporte. En caso de que al primer aporte le falte una relación objetiva respecto del segundo, puede también tener lugar una simple coordinación unilateral y una vinculación de los aportes por parte del segundo actuante. En cuanto a la comunidad no es establecida a través de una adaptación

¹⁴¹⁸ LESCH, H. Heiko, *Intervención delictiva*, op. cit., pág. 75.

¹⁴¹⁹ KINDHÄUSER, Urs, «Cuestiones fundamentales de coautoría», en *Revista Penal*, n° 11, 2003, pág. 55.

de los aportes bilateral sino unilateral, la asociación de los aportes se extiende precisamente más, que el círculo de los que son responsables¹⁴²⁰.

Respecto a la voluntad común, es decir, no se trata pues sino de la expresión de sentido del suceso denota, como “voluntad particular” colectiva, el significado de una contradicción colectiva contra la norma, esto es, de una contradicción con la norma organizada en división de trabajo en común¹⁴²¹.

Por tanto, la coautoría no presupone acuerdo de ejecución común, y en verdad ni en forma expresa ni en forma concluyente. Responsabilidad accesoria no es sobre todo consecuencia ni de una efectiva comunicación real, ni de un acuerdo efectivo de voluntades entre los intervinientes, sino muy por el contrario el producto de la imputación objetiva, esto es, el significado social normativo del suceso. La interpretación contraria encontraría su fundamento en una reliquia todavía generalizada de la dogmática jurídico penal naturalista, es decir, en la reducida interpretación del injusto penal como suceso causal del mundo exterior, con lo que sencillamente se escamotea el contenido comunicador específico-jurídico-penal del significado del hecho, como contradicción con la norma¹⁴²².

La relevancia comunicativa de manera negativa, contraria a la norma al momento de la creación de dicho injusto, constituye un riesgo no permitido. En suma, la horizontalidad con la que son tratados los intervinientes en el delito de organización criminal, aplicado al delito objeto de nuestro análisis, hace que se pueda considerar a la coautoría como la opción más viable desde nuestro punto de vista.

¹⁴²⁰ LESCH, H. Heiko, *Intervención delictiva*, op. cit., pág. 101.

¹⁴²¹ LESCH, H. Heiko, *Intervención delictiva*, op. cit., pág. 96.

¹⁴²² LESCH, H. Heiko, *Intervención delictiva*, op. cit., págs. 113-114.

4) **¿Posibilidad de la tácita coautoría en los delitos de organización criminal?**

La particularidad de este fenómeno delictivo, y las características propias de las que esta revestida, nos lleva a cuestionarnos si debería tener un tratamiento especial en torno a lo que se refiere a la autoría y participación, esto también en razón de su eminente peligrosidad. Todo ello, a decir de JAKOBS, porque “la dogmática tradicional ha circunscrito el sentido de la intervención delictiva a la autoría individual en vez de asumir la tarea de descifrar la semántica de la actuación conjunta”¹⁴²³. Como se indicó en el Capítulo V, el factor colectivo de una organización con idoneidad delictiva resulta de una estructura organizada, que va más allá de la simple autoría individual. Y partir del autor individual para dar solución a una responsabilidad colectiva, consideramos que no sería lo más ajustado.

En tal sentido, para considerar una responsabilidad colectiva de la organización criminal, se debe entender que en ésta implícitamente existe una pluralidad de personas y, que están cohesionadas en una estructura muy variada, es decir, puede ser rígida o flexible, además de poseer carácter permanente e indefinido, con orientación e idoneidad delictiva. Así también existe una voluntad común de la configuración de la organización criminal en función de la integración al injusto. Todos los elementos citados, hacen que la organización criminal tenga que ser estudiada desde una perspectiva particular, es decir, partiendo del colectivo como responsable del injusto. Existiendo de esta manera la posibilidad de situar a los individuos que son parte del entramado organizacional como coautores de manera tácita, al momento de constituir dicho fenómeno delictivo.

¹⁴²³ CORCINO BARRUETA, Fernando, «Coautoría, imputación objetiva», op. cit., págs. 64-65. / FRISTER, Helmut, *Derecho penal*, op. cit., pág. 538.

Otro elemento a considerar es la autonomía delictiva de la organización criminal como tal, que en este caso es determinado por el Código penal como un delito autónomo, ya que conceptualiza -de forma novedosa- que es una organización criminal. Cabe preguntar entonces: ¿Debería considerarse como la fase ejecutiva del delito de organización criminal el momento embrionario o por el contrario sólo cuando se da inicio a la ejecución del plan delictivo? Cuestionamos esto, porque hasta ahora lo que versa sobre coautoría o por lo menos la gran parte dirige su atención al momento de la ejecución del delito, esto es, los clásicos ejemplos de (A sujeta a B para que C pueda yacer con B) o cuando (A sujeta y amenaza con un cuchillo a B mientras C toma el dinero), por nuestra parte consideramos que el delito de organización criminal merece otro tipo de atención y en consecuencia se debería dar un paso adelante para determinación de la intervención delictiva en la organización criminal, esto pasa por tomar en cuenta en principio su mismo carácter colectivo y su naturaleza delictiva, así como también su carácter permanente e indefinido, y su organización.

Por lo tanto, habría dos momentos diferentes en los que se tendría determinar intervención delictiva desde nuestra perspectiva, la primera sería, la que se produce en un momento anterior a la ejecución del hecho delictivo, esto es, en un estadio previo, en este caso los intervinientes en este grado podrían ser considerados coautores. En esta fase entendemos que todo aporte va dirigido a la materialización de la organización con esta conducta estarían “rebasando su deberes negativos”¹⁴²⁴, en tal sentido, desde el fundador hasta el integrante o miembro activo son competentes por sus aportes cuantitativos¹⁴²⁵.

Dichos aportes tienen que tener sentido, es decir, tienen que haber ajustado su porte de tal modo que adquiriera sentido, así como haber prestado un

¹⁴²⁴ Las relaciones negativas pueden configurarse como mandatos, concretamente, cuando es necesario un mandato para evitar o cesar la lesión de una organización ajena. *Vid.* JAKOBS, Günther, *Injerencia y dominio del hecho*, op. cit., pág. 13 y sig.

¹⁴²⁵ JAKOBS, Günther, «La intervención», op. cit. págs. 73-74.

aporte que ostente ya el sentido estereotipado de facilitar la ejecución, aclarando que en todo caso el aporte no debe ser pues neutral, socialmente adecuando, sino que debe estar relacionado especialmente con el delito¹⁴²⁶. Por otro lado, la segunda se produciría precisamente en la fase ejecutiva del delito, es decir, cuando toda la maquinaria delictiva se pone en marcha y se empieza a ejecutar el delito, en esta segunda parte entendemos que es viable la intervención el cooperador necesario del cual hablaremos más adelante.

Particularmente nos interesa la fase previa de la organización criminal que aún no ha ejecutado ningún proyecto delictivo, pero que ya se ha constituido, esto por la problemática de la determinación de la intervención delictiva, que llegaría a ser un poco complicada. Siguiendo la línea JAKOBS, frente a dichos actos se debería actuar de manera anticipada, sobre esta línea se hace una diferenciación de tratamiento de este tipo de delitos, éste tipo de delitos estarían fuera de lo que se denomina del Derecho penal del ciudadano, pasando a integrar lo que se viene a denominar de Derecho penal del enemigo. En este sentido, la punibilidad se adelanta un gran trecho hacia el ámbito de la preparación, en consecuencia la pena se dirigiría hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos¹⁴²⁷. En ambos casos JAKOBS indica que son tipos ideales, es decir, que en la práctica no se encontrarían de manera pura¹⁴²⁸.

¹⁴²⁶ JAKOBS, Günther, «La intervención», op. cit. pág. 75.

¹⁴²⁷ JAKOBS, Günther, / CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, 2ª ed., Civitas, 2006, págs. 40-41. / CANCIO MELIÁ, Manuel / FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad. Seminario con Günther Jakobs en la UAM*, Aranzadi-Cizur Menor, Navarra, 2008, págs. 38 y sigtes. / Ampliamente también en JAKOBS, Günther, «Terroristas como personas en derecho», en CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ JARA-DÍEZ, Carlos (Coord.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. 2, Edisofer, Madrid, 2006, págs. 77-92. / También fundamental acerca de las normas de flanqueo que son quebrantadas con la sola existencia de asociaciones criminales y terroristas. *Vid.* JAKOBS, Günther, *Fundamentos del Derecho penal*, trad. Manuel Cancio Meliá / Enrique Peñaranda Ramos, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, págs. 219 y sigtes. / Críticos con esta teoría, entre otros, MIRÓ LLINARES, Fernando, «Democracia en crisis y Derecho penal del enemigo. Política criminal frente al terrorismo en los Estados democráticos antes y después del 11 de septiembre del 2001» en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 87, 2005, págs. 185-288; GRACIA MARTÍN, Luis, «Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado Derecho penal del enemigo», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 07-02, 2005, págs. 1-43.

¹⁴²⁸ JAKOBS, Günther, «Diez años después: El Derecho penal del enemigo», en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 105, III, Época II, diciembre 2011, págs. 5-25.

Se hace mención a esta teoría porque al determinar que delito de organización criminal está tipificado de manera autónoma, podemos también en esta fase previa determinar el grado de intervención -cuantitativa- que tienen todos los que intervienen en la organización criminal.

IV.- La coautoría en la jurisprudencia

Resulta muy orientativo e importante al momento de poder determinar los elementos que comporta la coautoría, tener presente las Sentencias del Tribunal Supremo sobre este tema, que además marca jurisprudencia al momento de pronunciarse sobre los elementos que intervienen para la determinación de coautor de un determinado delito. Los cuales se podrían resumir en los siguientes puntos o elementos:

1) La coautoría se aprecia cuando varias personas, de común acuerdo, toman parte en la ejecución de un hecho típico constitutivo de delito. Ello requiere, de una parte, la existencia de una decisión conjunta, elemento subjetivo de la coautoría, y un dominio funcional del hecho con aportación al mismo de una acción en la fase ejecutiva, que integra el elemento objetivo. Será coautor quien dirija su acción a la realización del tipo condonación de la acción, que será funcional si existe la división de funciones entre los intervinientes, pero todas con ese dominio de la acción característico de la autoría¹⁴²⁹.

2) La existencia de una decisión conjunta, elemento subjetivo de la coautoría, puede concretarse en una deliberación previa realizada por los autores, con o sin reparto expreso de papeles, o bien puede presentarse al tiempo de la ejecución cuando se trata de hechos en los que la ideación criminal es prácticamente simultánea a la acción o, en todo caso, muy brevemente anterior a ésta. Y puede ser expresa o tácita, lo cual es frecuente en casos en los que todos

¹⁴²⁹ STS 1180/2010, de 22 de diciembre, (app.vlex.com/#vid/252334610), Fundamento de Derecho (Primero).

los que participan en la ejecución del hecho demuestran su acuerdo precisamente mediante su aportación¹⁴³⁰.

3) La línea jurisprudencial que ya venía incluyendo en el concepto de autoría, a través de la doctrina del “acuerdo previo”, a los cooperadores no ejecutivos, es decir a quienes realizan aportaciones causales decisivas, pero ajenas al núcleo del tipo la “realización conjunta del hecho” implica que cada uno de los concertados para ejecutar el delito colabora con alguna aportación objetiva y causal, eficazmente dirigida a la consecución del fin conjunto. No es, por ello, necesario que cada coautor ejecute, por sí mismo, los actos materiales integradores del núcleo del tipo, pues a la realización del mismo se llega conjuntamente, por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores, integradas en el plan común. En consecuencia, a través del desarrollo del “*pactum scoeleris*” y del condominio funcional del hecho, cabe integrar en la coautoría, como realización conjunta del hecho, aportaciones ajenas al núcleo del tipo, como la de quienes planifican, organizan y dirigen a distancia la operación, sin intervenir directa y materialmente en su ejecución” Además de la realización conjunta del hecho implica que cada uno de los concertados para ejecutar el delito colabora con alguna aportación objetiva y causal, eficazmente dirigida a un fin conjunto¹⁴³¹.

4) Cada coautor, sobre la base de un acuerdo, previo o simultáneo, expreso o tácito, tiene el dominio funcional, que es una consecuencia de la actividad que aporta en la fase ejecutiva y que lo sitúa en una posición desde la que domina el

¹⁴³⁰ STS 1180/2010, de 22 de diciembre, (app.vlex.com/#vid/252334610), Fundamento de Derecho (Primero). / Sobre el elemento subjetivo y objetivo también *Vid.* STS 1032/2006, de 25 de octubre, (Roj: STS 6885/2006), Fundamento de Derecho (Tercero).

¹⁴³¹ STS 529/2005, de 27 de abril, (app.vlex.com/#vid/18036478), Fundamento de Derecho (Tercero). / STS 195/2009, de 19 de octubre, Fundamento de Derecho (Segundo). / STS 1240/2000, de 11 de septiembre, (app.vlex.com/#vid/17726009), Fundamento de Derecho (Vigésimo Primero). / STS 598/2010, de 14 de junio, (Ref. Iustel: §302250), Fundamento de Derecho (Cuarto). / STS 497/2006, de 3 de mayo, (app.vlex.com/#vid/20782378), Fundamento de Derecho (Undécimo). / STS 452/2008, de 10 de julio, (Roj: STS 4024/2008), Fundamento de Derecho (Sexto). / Asimismo también, más recientemente, STS 311/2014, de 16 de abril, (app.vlex.com/#vid/508627786), Fundamento de Derecho (Segundo).

hecho al mismo tiempo y conjuntamente con los demás coautores. Su aportación a la fase de ejecución del delito es de tal naturaleza, según el plan seguido en el hecho concreto, que resulta imprescindible. Deben, por el contrario, excluirse de la coautoría los actos realizados en la fase de preparación del delito y aquellos que se ejecutan cuando éste ya esté consumado¹⁴³².

5) Según la teoría del dominio del hecho, son coautores los que realizan una parte necesaria en la ejecución del plan global aunque sus respectivas contribuciones no reproduzcan el acto estrictamente típico, siempre que, aun no reproduciéndolo, tengan el dominio funcional del hecho, de suerte que sea éste, en un sentido muy preciso y literal, un hecho de todos que a todos pertenezca¹⁴³³. En este punto el Tribunal muestra cierto favorecimiento al dominio del hecho en determinados delitos, aunque no específicamente en los de organización criminal.

6) La realización conjunta del hecho sólo requiere que los coautores sumen conscientemente sus actos en función de una finalidad objetiva común manifestada en los hechos. Sólo pueden ser dominados los hechos que se conocen¹⁴³⁴. Así también cuando se refiere al “plan común y la decisión conjunta como elementos de la coautoría no pretende resucitar antigua teoría jurisprudencial del “acuerdo previo”, que estimaba que todo acuerdo entre los partícipes convertiría a todos en coautores, cualquiera hubiera sido su aportación al hecho de cada uno. El plan común y la decisión conjunta son los elementos de determinan la unidad del hecho imputable a los coautores, siempre y cuando su aportación al hecho tenga objetivamente una importancia que demuestre que

¹⁴³² STS 1180/2010, de 22 de diciembre, (app.vlex.com/#vid/252334610), Fundamento de Derecho (Primer).

¹⁴³³ STS 1180/2010, de 22 de diciembre, (app.vlex.com/#vid/252334610), Fundamento de Derecho (Primer). / También sobre el “condominio funcional del hecho” que tienen los coautores *Vid.* STS 1049/2005, de 20 de septiembre, (app.vlex.com/#vid/18432645), Fundamento de Derecho (Primer).

¹⁴³⁴ STS 1180/2010, de 22 de diciembre, (app.vlex.com/#vid/252334610), Fundamento de Derecho (Primer).

actuaban con dominio funcional del mismo”¹⁴³⁵. Otra Sentencia indica que “la coautoría aparece cuando varias personas, de común acuerdo, toman parte en un hecho típico constitutivo de delito. Tal conceptualización requiere de una parte, la existencia de una decisión conjunta, elemento subjetivo de la coautoría, un dominio funcional del hecho con aportación al mismo de una acción en la fase ejecutoria, que integra el elemento objetivo”¹⁴³⁶.

La jurisprudencia actual rompe con la idea de que la existencia de un acuerdo previo convierte a los diversos partícipes en coautores, pues conllevaría a un criterio extensivo de autor y calificaría como tal a toda forma de participación concertada, sin tener en cuenta el aporte objetivamente realizado al delito. Por este motivo, la jurisprudencia se ha acercado cada vez más a un concepto de autoría fundado en la noción del dominio del hecho, para el que resulta decisivo, en relación a la determinación de si se ha "tomado parte directa" en la realización de la acción típica, la posición ocupada por el partícipe en la ejecución del hecho¹⁴³⁷.

Se ha considerado que el acuerdo de voluntades en los coautores no es suficiente, por lo que se consideran supuestos del dominio del hecho en situaciones en las que el sujeto no participa directamente en la ejecución del delito, sino que controla desde fuera. En estos casos pueden darse situaciones en las que no será fácil distinguir si quien domina el hecho actúa como cooperador necesario y no como coautor¹⁴³⁸. Como se aprecia el Tribunal Supremo de España, en lo que respecta a la coautoría se manifiesta en torno al “dominio funcional del hecho”, además de dos requisitos globales que son objetivo y subjetivo, cuando hacemos mención a la aspecto objetivo se refiere a la acción

¹⁴³⁵ STS 258/2007, de 19 de julio, (app.vlex.com/#vid/30960537), Fundamento de Derecho (Séptimo).

¹⁴³⁶ STS 1486/2000, de 27 de septiembre, Fundamento de Derecho (Tercero).

¹⁴³⁷ STS 468/2007, de 18 de mayo, (app.vlex.com/#vid/29554070), Fundamento de Derecho (Quinto).

¹⁴³⁸ SERRANO GÓMEZ, Alfonso, «La coautoría en el Código penal a través de un supuesto de tentativa de homicidio», en *Revista de Derecho UNED*, nº 7, 2010, págs. 617-639.

ejecutiva propiamente del delito y a la división de trabajo presente en la organización criminal. Por otro lado cuando se hace mención a la requisito subjetivo, esta se caracteriza por el “acuerdo previo” entre todos los integrantes de la organización criminal.

Ahora bien, hasta aquí desarrollamos la Jurisprudencia entiende por coautoría y los correspondientes elementos que lo integran, todo esto aplicado a casos que podríamos calificar como comunes¹⁴³⁹. Como pudimos advertir en un Capítulo anterior sobre lo complejo de conceptualizar el delito de organización criminal, esto sólo nos llevaría a una especie de indeterminación de dicho concepto, por lo cual resulta imperativo tener presente las referencias y pautas que nos permitan identificar cuando estamos frente a éste fenómeno delictivo, y a partir de ahí poder determinar el grado de intervención que tienen los sujetos dentro de la organización criminal. Sobre su interminación y los que en general se requiere para su apreciación se manifiesta la STS 165/2013¹⁴⁴⁰, de 26 de marzo y también en el mismo sentido la STS 218/2013¹⁴⁴¹, 2 de marzo. Se requiere por tanto: a) Una pluralidad de personas. b) Una cierta organización y estructura. c) Una distribución o cometido de roles. d) un fin al que todos coadyuvan. e) una dotación de medios idóneos instrumentales aptos. f) una cierta estabilidad o vocación de permanencia, aunque sea para una operación concreta y no exija una estabilidad indeterminada en el tiempo.

Se ha estimado que “es claro que la organización y su pertenencia a ella es algo cualitativamente distinto de la mera coautoría o consorciabilidad criminal. De esta distinción entre coautoría y permanencia a organización criminal es en ocasiones, de difícil diferenciación, porque es un dato también constatable que en todo supuesto de coautoría plural, de hecho suele haber una cierta organización,

¹⁴³⁹ Las Sentencias del Tribunal Supremo mencionadas con anterioridad versan sobre delitos como ser: homicidio, robo con violencia, asesinato/tentativa, delitos de lesiones y otros.

¹⁴⁴⁰ STS 165/2013, de 26 de marzo, (Roj: STS 1649/2013), Fundamento de Derecho (Vigesimooctavo).

¹⁴⁴¹ STS 218/2013, de 2 de marzo, (Ref. Iustel: §357307), Fundamento de Derecho (Sexto).

siendo por ello los límites borrosos y por tanto necesitados de una cumplida motivación cuando se estime la organización, por los efectos que su apreciación tiene en el campo de la pena al suponer una agravación de la misma”¹⁴⁴². Aquí se puede advertir que existe una diferenciación cualitativa antes que cuantitativa.

El Tribunal Supremo también se ha manifestado sobre el hecho de integrar una organización criminal, e indicando que es un status diferente al de coautoría. Así se indica que “la jurisprudencia, al interpretar esta agravación, ha distinguido entre participación plural de personas, encuadrable en el ámbito de la coautoría, y aquella otra que se integra en la modalidad agravada. En su virtud ha afirmado que la mera presencia de varias personas con decisión común en la ejecución de unos hechos típicos del delito contra la salud pública indica una pluralidad de personas que son autores o partícipes en el hecho delictivo, pero no tiene por qué suponer la aplicación de la agravación específica derivada de la organización. La pertenencia a una organización no puede confundirse con la situación de coautoría o coparticipación; la intervención de personas, aun coordinadas, no supone la existencia de una organización en cuanto un *aliud* y un *plus*, frente a la mera codelinuencia”¹⁴⁴³. En la misma línea, se afirma que “la jurisprudencia de esta sala viene entendiendo que la pertenencia a una organización constituye lo que modernamente se denomina un delito de estatus y configura un comportamiento diverso de la simple participación en un delito puntual de la organización. Dicho de otra manera: la calidad de partícipe en un delito programado por una organización no convierte necesariamente al partícipe en miembro de la organización”¹⁴⁴⁴.

¹⁴⁴² STS 653/2015, de 3 de noviembre, (Roj: STS 4695/2015), Fundamento de Derecho (Noveno).

¹⁴⁴³ STS 207/2012, de 12 de marzo, (Roj: STS 2156/2012), Fundamento de Derecho (Trigésimo Tercero). / STS 732/2012, de 1 de octubre, (Roj: STS 6803/2012), Fundamento de Derecho (Tercero).

¹⁴⁴⁴ STS 207/2012, de 12 de marzo, (Roj: STS 2156/2012), Fundamento de Derecho (Trigésimo Tercero). / “La organización imprime mayor gravedad porque implica concepción de la estructuración, orientación, funcionamiento del conjunto de las aportaciones; pero este elemento no se da en la adopción de papeles subordinados, definidos y coordinados por la organización. En el caso de los que sólo cooperan en un aspecto puntual y preparatorio aunque sea importante, estos elementos no concurren. Es preciso considerar la analogía estructural que

Otra Sentencia referida a la pertenencia a una organización criminal afirma: “En cuanto a la pertenencia a una organización, el artículo 369.1.2º del Código Penal, aplicado en la sentencia de instancia, al igual que el actual artículo 369 bis, establecía una penalidad agravada cuando el culpable perteneciere a una organización. No se trata, por lo tanto, de una colaboración en actos ejecutados por una organización, sino de que el culpable pertenezca a ella, lo cual implica una relación caracterizada no solo por la presencia de elementos jerárquicos, sino también por otros aspectos más relacionados con la estabilidad o permanencia o con la vocación de participación en otros hechos futuros del mismo grupo, o, al menos, la disponibilidad para ello. La posibilidad de que las organizaciones o asociaciones fueran de carácter transitorio, contemplada expresamente en el anterior artículo 369.1.2º, y desaparecida ahora del artículo 570 bis, en el que se define la organización criminal, no impedía estas consideraciones, que resultaban útiles para diferenciar en cada caso la organización, como elemento agravatorio, de la mera codeincuencia unida a una cierta complejidad en la preparación y ejecución de una operación delictiva que presentara, por sus características, una relevante complicación” y continua la misma sentencia indicando: “Por lo tanto, no puede considerarse que el recurrente perteneciera a una organización, de manera que el motivo se estima en ese aspecto, lo que aprovechará a los demás condenados, aunque no sean recurrentes, conforme al art. 903 de la LECrim¹⁴⁴⁵”.

Así también hace diferenciación con los que se encuentran en la cúpula de la organización, nos referimos a los jefes o coordinadores: “La aplicación a esta descripción de la conducta del concepto de jefe o encargado del art. 370.2º CP. Es correcta. En efecto: con las expresiones “jefe” o “encargado” la ley hace referencia a una función directiva y conductora relevante dentro de la organización. No ofrece dudas que esa función puede ser ejercida en forma

existe entre la organización delictiva y la empresa, no forman parte de la empresa los que solo hacen aportaciones puntuales”. Cfr. STS 749/2009, de 3 de julio, (Roj: STS 4693/2009), Fundamento de Derecho (Sexto, numeral 3).

¹⁴⁴⁵ STS 544/2011, de 7 de junio, (app.vlex.com/#vid/307281874), Fundamento de Derecho (Décimo Tercero).

colegiada o en una estructuración de distintos niveles, como ocurre en el presente caso. La agravante no requiere el ejercicio de una jefatura de caracteres militares o rígida, sino de una función en la que se concentren poderes informales de planificación y ejecución de las actividades de la organización a los que los demás se sometan voluntariamente”¹⁴⁴⁶.

Se entiende que “de otro lado, lo que sanciona el Código con pena más grave es la pertenencia a una organización o asociación, y no la colaboración con ellas, de forma que cuando la actividad del tercero se concrete en una colaboración puntual, sin que ello represente la integración con vocación de permanencia en el grupo organizado, la agravación no deberá extenderse a él. Ello no impide considerar la existencia de organización respecto de aquellos que, en labores de dirección, con dominio sobre las acciones realizadas y sobre los bienes materiales empleados, utilicen, en cada una de las operaciones que llevan a cabo, los servicios puntuales de otras personas a las que, sin embargo, no integran de manera más o menos permanente en la organización”¹⁴⁴⁷.

Por otra parte, también la jurisprudencia del Tribunal Supremo hace mención a los casos de agravante por pertenencia a la organización criminal: “Esta sala ha tratado el asunto de la agravante de organización en multitud de sentencias (por todas, STS 110/2012, de 29 de febrero). Y lo ha hecho, por lo general, partiendo de la afirmación de que no debe aplicarse a los supuestos de codelinuencia (entre muchas, SSTs 759/2003 y 65/2006), esto es, a los casos de simple realización conjunta de la acción incriminable; para después señalar como rasgos caracterizadores de la misma: la coordinación y articulación jerárquica de los implicados; el reparto de papeles dentro del grupo, que haga posible cierta intercambiabilidad de los miembros en las diferentes funciones; el empleo de medios de comunicación no habituales; y una vocación de estabilidad

¹⁴⁴⁶ STS 55/2010, de 26 de enero (Roj: STS 1231/2010), Fundamento de Derecho (Segundo).

¹⁴⁴⁷ STS 356/2009, de 7 de abril, (Roj: STS 2074/2009), Fundamento de Derecho (Décimo Noveno).

y permanencia (SSTS 293/2011 y 222/2006, entre otras). Por lo demás, la razón de ser, de política criminal, de este criterio de exasperación de la pena es clara, y se cifra en el hecho comprobado de que la articulación orgánica, como no podía ser de otro modo, refuerza también la eficacia de las acciones criminales, dificultando su descubrimiento y persecución”¹⁴⁴⁸.

Una Sentencia reciente manifiesta: “Es claro que todo coautor tiene en común con el integrante de una organización criminal que comparte el fin, que efectúa aportes relevantes para su consecución, que por lo tanto el dolo es, idéntico al integrante, pero se diferencia en que no está integrado en la red, no forma parte de la organización ni tiene lugar en la misma, ni por tanto está en lo que pudiera llamarse su ‘organigrama’”¹⁴⁴⁹.

Como hemos podido evidenciar, la jurisprudencia exige determinados requisitos para determinar la coautoría en delitos que no están relacionados con la organización criminal, dichos requisitos serían de tipo objetivo como subjetivo, con una tendencia de inclinarse claramente a la existencia de un dominio funcional del hecho en los casos de coautoría. Por otro lado, en lo que respecta a la organización criminal, y la posible aplicabilidad de la coautoría a dichos casos, vemos que la jurisprudencia se inclina por entender que la pertenencia a un estatus diferente de la coautoría. Resultando de todo esto que el delito de organización criminal siga siendo tratado como agravante de determinados delitos tales como los de tráfico de drogas.

¹⁴⁴⁸ STS 158/2013, de 22 de febrero, (Roj: STS 27/2013), Fundamento de Derecho (Cuarto).

¹⁴⁴⁹ STS 653/2015, de 3 de noviembre, (Roj: STS 4695/2015), Fundamento de Derecho (Noveno).

V.- Determinación de la autoría y participación conforme al art. 570 bis del Código penal

Una vez examinadas las dos soluciones dogmáticas más sobresalientes para la determinación de la autoría en los delitos de organización criminal, no podemos pasar por alto la forma con que el Código penal determina o resuelve las formas de intervención delictiva respecto de las organizaciones criminales en su art. 570 bis, quedando establecida la autoría y participación de la siguiente manera:

“1.- Quienes promovieren constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren una organización criminal serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años (...) y quienes participaren 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”.

Las conductas punibles relacionadas con las organizaciones criminales, que se prevén en el art. 570 bis, reproducen en cierta forma el sistema que se dirige en el delito de asociaciones ilícitas, tipificando diversas conductas de participación en la organización criminal, distinguiendo básicamente dos grados distintos en relación entre los sujetos y la organización: la que podemos denominar “dirigentes”, referida a los que promovieren constituyeren organizaren, coordinaren o dirigieren una organización criminal, y de otra parte los simples “partícipes”, categoría bajo la que se encuentran los que participan activamente en la organización, formen parte de ella o cooperaren económicamente o de cualquier otro modo con la misma¹⁴⁵⁰.

En tal sentido tenemos en primera instancia a los promotores o constituyentes, éstos son quienes asumen el rol de “ideólogos” de las actividades

¹⁴⁵⁰ SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, José E., «Delitos contra el orden público (V). De las organizaciones criminales y grupos criminales», en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Coord.), *Sistema de Derecho penal español*, Dykinson, Madrid, 2011, pág. 1195.

y finalidades de una organización -sobre los promotores ya nos manifestamos de manera crítica en el capítulo anterior-, y también quienes realizan la función de reclutamiento de sus miembros. Es decir, todos aquellos que promocionan o promuevan, entre ellos. Los fundadores del ideario de la banda criminal y de sus líneas de actuación, los cuales suelen estar vinculados a su creación¹⁴⁵¹. Así también junto a los anteriores están los dirigentes, directores, organizadores o coordinadores, éstos son los que gobiernan o mandan en una organización criminal, esto es, aquellos que dan las reglas, órdenes y directrices que deben seguirse dentro de la organización. Deberán poseer en el marco de la organización, la responsabilidad efectiva y autónoma de tomar decisiones que orienten la actuación de los miembros de la misma, en otras palabras tareas de mando¹⁴⁵². En suma se puede indicar que prácticamente todos los miembros de la cúpula organizativa aquí mencionados realizan aportaciones en el momento temporal de la constitución de la organización como posterior a su constitución y que determina la existencia de la organización criminal, situándose estos intervinientes en la primera línea de este entramado organizativo.

Sobre el vínculo posterior a la constitución de la organización criminal, se ha entendido que, para proceder al castigo de los miembros fundadores, se hace necesario no sólo que la organización fundada se consolide, con su original destino criminal, sino que también el “fundador” se debe mantener vinculado a la organización criminal y su ilícita actividad¹⁴⁵³.

Por esta razón, se castigan como comportamientos de autoría o equiparados a ella las conductas mencionadas, como son: las de promover, constituir, organizar, coordinar, dirigir, una organización criminal. Las tareas de constitución, organización, coordinación o dirección lo serían de autoría en

¹⁴⁵¹ GARCÍA DEL BLANCO, Victoria, «Criminalidad organizada: organizaciones y grupos criminales», en *Memento experto. Reforma penal 2010*, ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (Coord.), Ediciones Francis y Taylor, Santiago de Compostela, 2010, pág. 561.

¹⁴⁵² GARCÍA DEL BLANCO, Victoria, «Criminalidad organizada», op. cit. pág. 562.

¹⁴⁵³ SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, José E., «Delitos contra el orden público», op. cit., pág. 1196.

sentido estricto, las de promoción vienen a serlo de inducción equiparada en pena también en la Parte general a la autoría. Estas conductas en cuanto corresponden a personas que ocupan un lugar de primacía en la estructura orgánica de la organización, se castigan con especial gravedad, frente a las de meros integrantes de la organización, los cuales están situados en escalones inferiores. En este sentido, la gravedad de la pena a imponer depende de aquella del delito a cuya comisión se oriente la organización: pena de prisión de 4 a 8 años si se trata de delitos graves, y con la pena de prisión de 3 a 6 años en los demás casos¹⁴⁵⁴.

Por otro lado, y en un grado inferior se tipifican las conductas de los que participan activamente en la organización, formar parte -de ella- o cooperan económicamente o de cualquier otro modo con ella, con penas inferiores dada su menor gravedad. La pena también varía en función de la gravedad del delito que se pretende cometer; prisión 2 a 5 años si tuviera como fin la comisión de delitos graves, y de 1 a 3 años en los demás casos¹⁴⁵⁵. La cooperación, económica o de otro tipo, es conducta de mera participación, que en este caso se castiga de modo específico, cerrando el paso a la aplicación de normas generales de la participación delictiva (art. 27 y sig.). Su tipicidad está sujeta a las mismas exigencias desarrolladas por la doctrina a propósito de las conductas de cooperación en general¹⁴⁵⁶. En este segundo grupo se observa que se asimilan conductas de gravedad muy distintas¹⁴⁵⁷, en clara referencia a la equiparación entre quien es miembro activo y quien es considerado un cooperador necesario, situando a ambos en el mismo grado de punibilidad siendo así que tienen un grado de participación distinta.

¹⁴⁵⁴ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, «De las organizaciones y grupos criminales», en GÓMEZ TOMILLO Manuel, *Comentarios al Código penal*, 2ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 1927.

¹⁴⁵⁵ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, «De las organizaciones», op. cit., pág. 1927.

¹⁴⁵⁶ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, «De las organizaciones», op. cit., pág. 1927.

¹⁴⁵⁷ CUERDA ARNAU, María Luisa, «Delitos contra el orden público», en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, (Coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia 2015, pág. 760.

El segundo grupo presentan problemas y tales problemas comienzan con uno general a todas las formas de participación, y es que, tal como se desprende del tenor textual, la participación de los sujetos, en sus distintas modalidades, en sus diversas formas, es “en la organización”, y no: en la actividad de la organización o en su fundación u organización. Con esta redacción pareciera volverse al criterio sancionador de pertenencia como rasgo caracterológico del sujeto, más que por su participación relevante en la actividad ilícita de la organización que debería ser el criterio de selección de los comportamientos punibles. -crítica dirigida propiamente a los que sólo “forman parte de la organización”- Una interpretación correcta del precepto, y restrictiva de su contenido, debería limitar los casos de participación activa a los supuestos en que dicha participación viene referida a la actividad ilícita de la organización criminal, y no a cualquier otra forma de actuación o contribución activa al mantenimiento de la misma¹⁴⁵⁸. En los supuestos de intervención activa no equivale tan sólo a la futura autoría de los delitos, sino más bien ha de hacerse equivalente a cualquier intervención causal relevante y dolosa en el proceso de preparación y ejecución de alguno de ellos e igualmente las conductas de encubrimiento cuando revelen una carácter permanente¹⁴⁵⁹.

Por último, el delito se consuma con la realización de alguna de las conductas descritas en el tipo sin que sea precisa la producción de ningún resultado, pues -según se ha manifestado- estaríamos ante un delito de mera actividad y de peligro abstracto. En este sentido, no es necesario que la organización haya iniciado o llevado a la práctica su programa delictivo, basta con que tenga finalidad delictiva¹⁴⁶⁰. Ciertamente no hace falta que la organización inicie su programa delictivo, ya que se configura como un delito autónomo, razón por la cual el hecho mismo de constituir la organización es ya susceptible de sanción, en razón a su naturaleza intrínsecamente delictiva, lo que

¹⁴⁵⁸ SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, José E., «Delitos contra el orden público», op. cit., pág. 1197.

¹⁴⁵⁹ GARCÍA DEL BLANCO, Victoria, «Criminalidad organizada», op. cit. pág. 562.

¹⁴⁶⁰ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, «De las organizaciones», op. cit., pág. 1928.

lo reviste de una idoneidad delictiva, la misma que llevaría implícita dicha finalidad delictiva, es decir su naturaleza delictiva y autónoma son suficientes para determinar el delito.

VI.- La problemática de la participación en la organización criminal

El problema de la participación consiste fundamentalmente ofrecer una respuesta sobre quiénes y por qué razón deberán responder por un hecho delictivo. La pregunta supone la eventualidad, de que más de una persona haya realizado algún aporte o tomado intervención en el proceso que ha culminado con la lesión¹⁴⁶¹. La participación, *ex definitione*, es aportación al hecho que domina otro como autor, de ahí su nombre, quiere decirse que mientras queda reservado a este último el eslabón causal decisivo del resultado, puesto que en todo proceso causal convergen una pluralidad de factores que contribuyen a su concreta configuración, el partícipe se caracteriza por la aportación de algún eslabón previo que opera también en el resultado a través del eslabón decisivo puesto por el autor¹⁴⁶². La determinación de la participación en la nebulosa del entramado organización criminal se complica más, debido a la pluralidad de personas que lo integran y que por lo general es difícil identificar los mandos superiores e inferiores. En lo que se refiere a la participación desde la óptica normativo-funcionalista, partícipe es aquel que infringe la norma. Como al Derecho penal no le atañe la función de protección de bienes jurídicos, aquí no se define la participación como la lesión indirecta de bienes jurídicos “en contraposición a la autoría, entendida como lesión directa de bienes jurídicos”, lo que es común en la dogmática que define la teoría de los bienes jurídicos. Por el contrario, el partícipe es tal porque con su conducta infringe una norma, es alguien que en relación con el autor se encontraría en una idéntica relación frente

¹⁴⁶¹ GEMIGNANI, Juan Carlos, «Autoría y partición e imputación objetiva», en JAKOBS, Günther / POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel y otros, *Legitimación del Derecho penal*, Ara Editores, Lima 2012, pág. 199.

¹⁴⁶² CUELLO CONTRERAS, Joaquin, «Autoría y participación en un sistema lógico-funcional», en *Revista de Política Criminal*, nº 97, 2009, pág. 39.

a la vigencia de la norma, de tal manera que tanto el autor como el partícipe infringen la norma por igual¹⁴⁶³.

Por otro lado, la participación al igual que la autoría, es causación y dolo del resultado típico, estribando su peculiaridad frente a la autoría en que, en su aspecto más concreto, su aportación incluye en conocimiento y la voluntad (dolo referido a la acción) de un resultado en su propiedad de determinante del resultado típico causado consciente y voluntariamente por el autor. En suma, el injusto propio del partícipe consiste en la producción de resultado típico a través del injusto del autor¹⁴⁶⁴. Es así que condición esencial de la participación es que el partícipe no haya realizado la acción típica, es decir, no debe haber tenido el dominio del hecho principal¹⁴⁶⁵.

Sobre esta problemática la doctrina mayoritaria, tanto en España como en Alemania, ha creído que el fundamento del injusto no podía ser el mismo en el autor que en el partícipe. Ello viene justificado por a la aceptación del concepto restrictivo de autor, según el cual sólo los autores realizan los tipos de injusto de la Parte especial. La participación por el contrario supondría la extensión de la punibilidad. El problema surgiría a la hora de encontrar la razón que justifica esa extensión de punibilidad. Así, mientras que, por un lado, el injusto de la autoría se fundamenta “por sí solo”, por otro, la exención del castigo a los sujetos que no realizan los tipos de la Parte especial carece, *ab initio*, de un déficit de legitimación¹⁴⁶⁶. Sobre la determinación del castigo en las conductas de participación, puede afirmarse que los límites de la imputación al partícipe dependen del fundamento con que se justifique su injusto, esto es, de la razón que legitime la ampliación de la punibilidad de las conductas que no realizan directamente en el tipo¹⁴⁶⁷.

¹⁴⁶³ CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de teoría del delito*, op. cit., pág. 172.

¹⁴⁶⁴ CUELLO CONTRERAS, Joaquín, «Autoría y participación», op. cit., págs. 39-40.

¹⁴⁶⁵ DONNA, Edgardo Alberto, *La autoría y la participación*, op. cit. pág. 93.

¹⁴⁶⁶ ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito*, op. cit., pág. 118.

¹⁴⁶⁷ ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito*, op. cit., pág. 119.

Entre las propuestas teóricas de solución que legitime ésta problemática encontramos la “teoría de la participación en el injusto”, esta engloba todas aquellas propuestas que sostienen que el fundamento del castigo del partícipe reside en que este coocasiona el hecho principal mediante la obtención de la decisión del autor o mediante el favorecimiento de la realización del hecho del autor. La denominación “participación en el injusto” halla su razón de ser al entender que el partícipe no lesiona directamente el bien jurídico, sino que participa en el ataque que a él realiza el autor. Por tanto, el partícipe -conforme esta teoría- solo podría lesionar el bien jurídico mediante, favorecimiento del hecho del autor. Consecuentemente, según esta teoría, el partícipe es completamente dependiente y está totalmente derivado del injusto del autor¹⁴⁶⁸.

A) El fundamento de la punición del partícipe en la organización criminal

El fundamento de la punición del partícipe se basa también, indirectamente, en dificultades delimitativas semejantes a las que fundamentan el castigo, junto a la consumación, de la tentativa y algunos actos preparatorios donde el trazado de la frontera de lo típico, que no admite un criterio terminante y seguro, es lo que justifica que en algunos casos abarque también la zona más inmediata colindante con lo típico¹⁴⁶⁹.

Por su parte, JAKOBS concibe los tipos de participación como causas de extensión de la pena¹⁴⁷⁰. Aunque desde otra perspectiva algún autor indica que, en forma general, el delito de -organización criminal- va más allá de las reglas de participación, pues aquella se orienta a la comisión de delitos indeterminados que no están alcanzados por las reglas generales de la participación. Dichas reglas supondrían la extensión de la punibilidad que se origina en la redacción de los

¹⁴⁶⁸ ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito*, op. cit., pág. 122.

¹⁴⁶⁹ CUELLO CONTRERAS, Joaquín, «Autoría y participación», op. cit., págs. 40-41.

¹⁴⁷⁰ ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito*, op. cit., pág. 129.

tipos penales, que giran en inicio respecto al autor único¹⁴⁷¹. Postura que inicialmente aquí no compartimos, ya que debe de ser tratado de manera especial este tipo de delitos en razón de las características propias que lo componen.

Así, el partícipe no configura el hecho igual que el autor, ni tampoco decide sobre el mismo como el autor. Por eso, el hecho no es obra suya en la medida en que lo es del autor; pero desde luego, el partícipe tiene una parte en el hecho, solo que reducida “cuantitativamente”. En consecuencia, la ejecución del hecho principal no es sólo ejecución para el interviniente en concepto de autor, sino también para el partícipe¹⁴⁷². Esto en razón de que la participación consiste en el ataque propio a un bien -pero no en concepto de autor, sino- por medio de la causación imputable de un hecho en concepto de autor, o más exactamente: “la causación imputable de un hecho de autor con dolo propio de consumación”¹⁴⁷³. Convirtiendo el hecho principal en un hecho que puede imputarse al partícipe como obra suya¹⁴⁷⁴. Esa parte cuantitativa a que hace referencia es el aporte sobre el cual se basaría la fundamentación para aplicar la punibilidad al partícipe en el delito de organización criminal. Ese aporte cuantitativo girara en torno a la división de trabajo de la organización, pero no por esto el partícipe estará sometido a las reglas de la organización.

Ha de reconocerse que quien realiza actos ejecutivos no solo ejecuta su propio hecho, sino el hecho de todos, en cuyo caso la ejecución es al mismo tiempo su propio injusto de cada uno de los partícipes. Debido a su aporte previo

¹⁴⁷¹ Citando la idea de RUDOLPHI, *Vid. ZIFFER, Patricia, El delito de asociación*, op. cit., págs. 140-141.

¹⁴⁷² JAKOBS, Günther, *Derecho penal, Parte general*, op. cit., pág. 796.

¹⁴⁷³ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, Parte general*, op. cit., pág. 798. / El bien jurídico es lesionado por el autor, el partícipe solo afectara a dicho bien jurídico a través del autor. Por tanto, en los delitos especiales como es el autor quien infringe la norma y ataca al bien jurídico., es posible aceptar participaciones de extraños que, aunque por si mismos nunca podrían violar la norma ni atacar el bien jurídico, sin embargo, podrían contribuir con el autor. Tal como es el caso del partícipe. *Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, Autoría*, op. cit., pág. 109.

¹⁴⁷⁴ ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito*, op. cit., pág. 129.

hace que también sea su hecho¹⁴⁷⁵. Sólo si se concibe como expresión de sentido de una persona competente, es decir, como una persona destinatario de la imputación, y nada impide que es destinatario también sea un colectivo, esto es la unión de varias personas¹⁴⁷⁶.

B) La autonomía delictiva de la organización como problema para la determinación de la participación

La organización representa la creación de una maquinaria, o la participación en la misma, que tiene por objeto el delito, no habiendo conexión técnico-jurídica previamente entre quienes participan en el delito de organización y quienes lo hagan en cada uno de los posibles delitos en concreto, objeto de la asociación. La participación en el delito de organización no implica la participación en el objeto de la misma¹⁴⁷⁷.

El mero individuo, el director de una -organización criminal- responde por “formar parte” de la misma, por integrar una institución cuya sola existencia lesiona ya unos intereses dignos de protección; pero no porque se presuma el que han intervenido o puedan intervenir, en el futuro, en la ejecución de delitos que ésta tiene programado¹⁴⁷⁸. Lo que fundamenta esta llamada autonomía de la organización criminal: se encuentra en la perturbación que tiene su existencia misma, con prescindencia de si llega o no a la comisión de un delito concreto, distinto de la intervención en la -organización- misma, y esto, llegado el caso, representara un disvalor adicional¹⁴⁷⁹.

¹⁴⁷⁵ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal*, trad. Manuel Cancio Meliá, Civitas, Madrid, 1996, pág. 150.

¹⁴⁷⁶ ¿Qué personas constituyen el colectivo? Todas aquellas que hayan organizado de modo tal, que lo organizado objetivamente tenga sentido como para alcanzar consecuencias delictivas; la expresión de sentido de quien realiza actos de ejecución ha de serles imputada a estos sujetos como el sentido que ellos mismos perseguían. *Vid.* JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva*, op. cit., págs. 152-153.

¹⁴⁷⁷ CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *La conspiración para cometer el delito. Los actos preparatorios de la participación*, Bosch, Barcelona, 1978, pág. 75.

¹⁴⁷⁸ CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *La conspiración para*, op. cit., pág. 75.

¹⁴⁷⁹ ZIFFER, Patricia, *El delito de asociación*, op. cit., pág. 145.

Llegados a este punto, la situación se complica, porque al ser el delito de organización criminal un delito autónomo debido a que esta previamente conceptualizado, cabe preguntarnos si puede haber partícipes en el momento mismo de la creación de la organización que tiene idoneidad delictiva. Como determinaríamos quien autor y quien participe en ese momento nuclear, por qué no habría tentativa, al considerarse que la existencia de la organización es en sí un delito autónomo.

Lo que caracteriza a la conducta del miembro es la participación en la actividad social desde “adentro” de la organización, es decir, que integra el grupo social. Si bien se admite, con poca discusión, que es posible ser miembro sin intervenir en los delitos objeto de la organización, no resulta suficiente con una mera incorporación formal a la organización. Esto significa que, para quien toma parte, en la organización pueda adquirir la calidad de miembro, es necesario que la participación se oriente a integrar la vida de la agrupación en forma permanente. La sola adhesión al acuerdo social, la manifestación del consentimiento por la cual el número integrante se incorpora a la asociación, sólo será suficiente en la medida en que el representante, además, una acción de apoyo relevante¹⁴⁸⁰.

Asimismo, los miembros para ser tales deben comprometerse a cometer los hechos comunitariamente, como propios de la organización, y por lo menos, haber aceptado colaborar en alguna forma en los hechos delictivos, sea en su ejecución o su preparación o encubrimiento posterior¹⁴⁸¹. Hasta aquí la determinación del partícipe podríamos decir que está condicionada a la inicio o ejecución de un delito, cometido por la organización, ese colectivo social que compone la organización, integrado por los que se encuentra en la cúspide, los que se encuentran en los mandos intermedios y los miembros activo. La suma de

¹⁴⁸⁰ ZIFFER, Patricia, *El delito de asociación*, op. cit., pág. 142.

¹⁴⁸¹ ZIFFER, Patricia, *El delito de asociación*, op. cit., pág. 142.

todos ellos es lo que da sentido a la organización en consecuencia estaríamos frente a coautores, y solo desde nuestro humilde punto de vista, de manera preliminar entendemos que serían partícipes los cooperadores.

C) Miembros activos en la organización criminal

En principio es posible afirmar que participa como miembro quien, al incorporarse a la asociación, se somete a su voluntad y desarrolla alguna actividad para fomento del objetivo criminal perseguido por la -organización-. Si se admite como corresponde que quien comete delitos en representación de la -organización- está participando como miembro “activo” de la -organización- de todos modos, aun quedaría por dilucidar de cuál es el contenido de otros “aportes”, ya sean tareas logísticas u organizativas, como ellos deberían ser valorados¹⁴⁸². La calidad de miembro para ser tal supone la disposición a contribuir con la organización mediante las actividades que son propias de la banda, es decir, intervenir concretamente en los delitos para los que fue creada¹⁴⁸³.

Ante esta problemática para determinar el grado de aportación por parte de un miembro, GIMBERNAT propuso en una obra un criterio de distinción un poco más “concreto” e intenta dar una interpretación menos abstracta, esto basado en la determinación de la “escasez de los medios”¹⁴⁸⁴. Según esta teoría, el primer paso para determinar la “escasez de bienes” sería hacer un juicio general y provisional, a su vez dicho juicio se convertiría en definitivo cuando el examen de los factores generales es completado por el de los particulares¹⁴⁸⁵. Este juicio provisional se convierte en definitivo cuando, en un segundo juicio, se contempla la cuestión de la escasez, teniendo en cuenta los factores especiales que

¹⁴⁸² ZIFFER, Patricia, *El delito de asociación*, op. cit., págs. 149-150.

¹⁴⁸³ ZIFFER, Patricia, *El delito de asociación*, op. cit., pág. 150.

¹⁴⁸⁴ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice en el Derecho penal*, B de F, Montevideo, 2006, págs. 127 y sigtes.

¹⁴⁸⁵ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice*, op. cit. págs. 130-131.

concurrir en la persona concreta que recibe la cosa¹⁴⁸⁶. El proceso de constatación de escasez de un bien, no entran para nada en juego consideraciones hipotéticas, citando un supuesto; no se trata de averiguar si un farmacéutico habría tomado el producto de su tienda, en caso de que el participe no le hubiera entregado el veneno. Se trata de saber si el veneno era para él un bien escaso o no¹⁴⁸⁷. En este sentido, según cual sea la naturaleza del objeto en que consiste la contribución, regirá uno u otro criterio sobre el número de objetos que tiene que tener el autor material a su disposición, para que la cosa deje de merecer el calificativo de escasa¹⁴⁸⁸.

Concluye GIMBERNART que el criterio de prescindir del proceso hipotético posterior, es el único que permitiría una calificación justa de la actividad del participe: si yo quiero contribuir a un delito, lo único que puedo saber, en el momento de realizar mi prestación, es si el objeto que entrego es uno cuya obtención presenta dificultades o no las presenta en absoluto¹⁴⁸⁹. Ciertamente sería medir la importancia que su aporte representa para la comisión del delito.

También cabe hacer alguna puntualización a esta teoría ya que no pueden ser consideradas como apoyo aquellas conductas o comportamiento que socialmente adecuados nunca comportarían responsabilidad¹⁴⁹⁰. Aquí nos encontramos con la prohibición de regreso, esto es, la prohibición de recurrir, en el marco de la imputación, a personas que si bien física y psíquicamente podrían haber evitado el curso lesivo, a pesar de la no evitación no habrían quebrantado

¹⁴⁸⁶ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice*, op. cit. pág. 131.

¹⁴⁸⁷ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice*, op. cit. pág. 132.

¹⁴⁸⁸ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice*, op. cit., pág. 132.

¹⁴⁸⁹ El haber entregado la cosa, a pesar de mi conciencia de las dificultades que tenía el ejecutor para adquirirla (cooperación necesaria); el haberla entregado sabiendo que su obtención no representaba problema para el autor material (complicidad); esto es solo lo que decide la mayor o menor reprochabilidad de -una- conducta, y lo único que debe ser tenido en cuenta para decidir la cuestión: cooperación necesaria o mera complicidad. *Vid.* GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice*, op. cit., pág. 135.

¹⁴⁹⁰ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, Parte general*, op. cit., pág. 842.

su rol de ciudadanos que le comportan legalmente¹⁴⁹¹. Esto en razón de que en una sociedad organizada en régimen de reparto de tareas, con un intercambio de información y de bienes extremadamente complejos, ha de diferenciarse de manera rigurosa lo que es el sentido objetivo de un contacto social y qué es lo que los intervinientes pretenden con ese contacto desde el punto de vista subjetivo. Prevalciendo el aspecto objetivo; éste sería el sentido socialmente válido del contacto, pues al no objetivarse, al menos no en ese contexto, el sentido subjetivamente que se persigue, en nada atañe a la otra persona.

En el caso de los miembros activos de la organización criminal, la conducta es pues, la de tomar parte en la “organización” se requiere, pues, la existencia de la asociación que, como es lógico, debe formarse mediante el acuerdo o pacto de sus componentes, en orden al objetivo determinado por la ley: cometer delitos. Como cualquier acuerdo, puede ser explícito o implícito; el primero constituido por la clara expresión de la voluntad en tal sentido, el segundo por medio de actividades unívocamente demostrativas de la existencia de la “organización”¹⁴⁹². El delito se consuma con el solo hecho de formar parte de la “organización y habida cuenta del carácter permanente de la “organización”, el delito existe hasta el momento en que el sujeto deja de pertenecer a la asociación, ya sea por su disolución, sea por el arresto de sus integrantes, por la reconducción por la reducción de la cantidad de sus miembros a menos de tres¹⁴⁹³.

Ser miembro de la organización, para CREUS, no exige, por sí, una actividad material, sino la de estar intelectualmente en el concierto delictivo que se forma o al unirse al ya formado; o sea, coincidir intencionalmente con los otros miembros sobre los objetivos asociativos. Para ello -desde su perspectiva-, basta el acuerdo sin que sea imprescindible, ninguna forma corporal de expresión

¹⁴⁹¹ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva*, op. cit. pág. 157.

¹⁴⁹² CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, tomo II, 6 ed., Astrea, Buenos Aires, 1998, pág. 109.

¹⁴⁹³ DONNA, Edgar Alberto, *Derecho penal. Parte general*, tomo II-C, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002, pág. 312.

voluntaria, es decir, no es necesario el trato directo entre asociados, ni siquiera que se conozcan entre sí; es suficiente con que cada uno sepa que integra una asociación. No la integra quien se limita a prestarle ayuda o auxilio sin voluntad de unirse a ella¹⁴⁹⁴.

En esta línea, DONNA indica que el trato personal no es necesario entre alguna de sus partes, ni tampoco que todos sus integrantes se reúnan en un sitio determinado, citando como ejemplo a la mafia italiana¹⁴⁹⁵. El sentido de la identidad la organización además de compartir los objetivos delictivos, hacen que puedan considerarse miembros activos, aleja a su vez a aquellos que se limitan a prestarle ayuda o auxilio.

Así también el concepto de pertenencia o integración tiene un carácter más o menos permanente, nunca esporádico, y exige un cierto comportamiento activo en relación con los fines u objetivos de la organización, esto es, participar en sus fines, aceptar el resultado de sus actos y eventualmente realizar actos de colaboración que, por razón de su integración, se convierten en actividades que coadyuvan en la finalidad que persigue la organización. Incluye la relación de todo tipo de actividades de diferente entidad material que coadyuven a la estructuración, cohesión y actividad de la organización en conexión directa con el proyecto criminal¹⁴⁹⁶.

Para MANZANARES SAMANIEGO, miembros activos son todos aquellos que, sin ser fundadores, directores o presidentes, desarrollan actividades dentro de la asociación o en el marco de la misma. También es miembro activo quien se

¹⁴⁹⁴ Para lo cual plantea los siguientes ejemplos: “quien le suministra elementos materiales para cometer ciertos delitos” también “el receptor que se pone de acuerdo con los miembros de la organización para recibir todo lo que produzcan de sus actividades delictivas”. Vid. CREUS, Carlos, *Derecho penal*, op. cit., pág.111.

¹⁴⁹⁵ DONNA, Edgar Alberto, *Derecho penal*, op. cit., pág. 302. / Similar postura asume SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, § 130, tomo IV, Tea, Buenos Aires, 1992, pág. 712.

¹⁴⁹⁶ SERRANO GÓMEZ, Alfonso / SERRANO MAÍLLO, Alfonso y otros, *Curso de Derecho penal. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2012, pág. 800.

mantiene en comunicación activa con la sociedad -en nuestro caso, la organización- como activa es la colaboración de quien se traslada a las sesiones, haciendo así posible una celebración de la que forma parte¹⁴⁹⁷.

Por su parte, GARCÍA-PABLOS sitúa en un grado intermedio al miembro activo, indicando que no es un afiliado más, sino una categoría intermedia. Se distingue del afiliado, del “mero individuo”, no por el hecho de llevar a cabo una determinada actividad sino porque participa en el ejercicio de funciones de mando. El miembro activo es un mando intermedio o subalterno, pero no un hombre de filas más o menos activo. Del directivo difiere por razones jerárquicas y funcionales: es un directivo pero no uno de los máximos directivos; ejerce mando, pero no es el mando; participa en el ejercicio de ciertas funciones de dirección, pero su autoridad no es originaria sino derivada¹⁴⁹⁸.

En el caso de la asociación ilícita, para FARALDO CABANA, la figura del miembro constituye el mando intermedio que encajaría en el de miembro activo, siendo partidaria de entender restrictivamente el concepto de dirigente. El concepto de “miembro activo” no se limita a los mandos intermedios, sino que se refiere a algo más. Evidentemente no hay supuestos de realización de comportamientos propios de todo miembro de una asociación, como puede ser cotizar, realizar actos de propaganda y proselitismo o asistir a reuniones. A su juicio, en las asociaciones para delinquir debe tratarse de actividades dirigidas directamente a cometer algún delito o falta o promover su comisión, actividades que por lo menos deben constituir como mínimo actos preparatorios del delito o falta en cuestión¹⁴⁹⁹. Asimismo para CÓRDOBA RODA, los miembros activos -en el caso de las asociaciones ilícitas- son aquellas personas que, aparte de haber

¹⁴⁹⁷ MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, *Estudio de la Ley orgánica 4/1980, de 21 de mayo, de Reforma del código penal en materia de los delitos relativos a las libertades de expresión, reunión y asociación*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1982, pág. 137.

¹⁴⁹⁸ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., págs. 267-268.

¹⁴⁹⁹ FARALDO CABANA, Patricia, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., pág. 256.

entrado a formar parte de la asociación, también han llevado a cabo determinadas acciones adicionales a la integración en aquélla¹⁵⁰⁰.

En el caso concreto de una asociación para delinquir, sólo puede hablarse de un miembro activo cuando el sujeto realiza actos que al menos puedan ser considerados preparatorios de uno de los delitos o faltas integrados en el plan criminal de la asociación para delinquir, o bien del encubrimiento de dichas infracciones, sin necesidad de que sean actos preparatorios punibles. Es decir, que no es preciso que suponga el inicio de la ejecución, pero sí de preparación de la ejecución, aunque no quepa calificarlo de conspiración, proposición o provocación para delinquir¹⁵⁰¹.

A tenor de lo expuesto, puede apreciarse que existe una clara tendencia a identificar a los miembros activos e integrantes en una posición jerárquica intermedia entre los miembros que se encuentran en la cúpula de la organización y los meros colaboradores o cooperadores. Si bien doctrinalmente se busca una escalonada diferenciación, la realidad sistemática del art. 570 *bis* muestra que existe solo dos grados de responsabilidad penal; en el primer grupo, “los fundadores, organizadores, directores”, y en el segundo grupo, los “miembros activos, integrantes y cooperadores” (en la gráfica se puede apreciar la mencionada división).

1	4-8 años: promotor, constituyente, organizador, coordinador, dirigente si delitos graves
	3-6 años: promotor, constituyente, organizador, coordinador, dirigente si delitos menos graves o faltas reiteradas.
2	2-5 años: participante activo, integrante, cooperador económico o activo si delitos graves

¹⁵⁰⁰ CÓRDOBA RODA, Juan, *Comentarios al Código penal*, tomo III (Artículos 120-340 bis c), Ariel, Barcelona, 1978, pág. 280.

¹⁵⁰¹ FARALDO CABANA, Patricia, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., pág. 257.

	1-3 años: participante activo, integrante, cooperador económico o activo si delitos menos graves y faltas reiteradas
--	--

De esta manera, se deja totalmente de lado la figura intermedia de los miembros activos situándolos junto con los cooperadores, que conforme a los desarrollado estos últimos serían sólo unos meros partícipes. Desde nuestro punto de vista, se debería deslindar los meros partícipes con los miembros activos, pues consideramos que sería más proporcional situar a los miembros activos en el primer grupo, esto en razón de su rol dentro la organización, que como su nombre lo indica es “activo” y no pasivo ni eventual.

En el orden jurisprudencial se ha trabajado bastante sobre el tema de integración o “miembros activos” de una organización terrorista, y consideramos que la jurisprudencia en este punto nos puede servir de plataforma para poder establecer pautas que identifiquen a un miembro activo en el delito de organización criminal, en consideración a que ambos delitos comparten un tema de estructura organizativa casi similar. En este sentido, la STS 556/2006 de 31 de mayo exige como requisitos para la apreciación del delito de integración en organización terrorista los siguientes:

- 1) Como substrato primario, la existencia de un grupo o banda armada u organización terrorista, lo que, a su vez, exige, la presencia de una pluralidad de personas, la existencia de unos vínculos entre ellas y el establecimiento de relaciones de cierta jerarquía y subordinación. Tal organización tendrá por finalidad la realización de acciones violentas contra personas y cosas, con finalidad de pervertir el orden democrático-constitucional. En definitiva actuar con finalidad política de modo criminal. Su estructura será compleja, pues sus componentes pueden abarcar diversas facetas o actuaciones (informativas, ejecutivas u operativas en cualquier orden) para la consecución de sus fines, uno

de cuyos aspectos será la comisión delictiva indiscriminada, con objeto de coaccionar socialmente para la imposición de sus objetivos finales.

- 2) Como sustrato subjetivo, tal pertenencia o integración requiere un carácter más o menos permanente, pero nunca episódico, lo que, a su vez, exige participar en sus fines, aceptar el resultado de sus actos y eventualmente realizar actos de colaboración que, por razón de su integración, se convierten en actividades que coadyuvan a la finalidad que persigue el grupo¹⁵⁰².

Como elemento distintivo entre lo que es una integración activa y lo que no lo es, no podemos limitarnos a utilizar el dato de que el sujeto en cuestión intervenga directamente en la preparación o ejecución de los concretos delitos o faltas que intervengan en el plan criminal o no. En efecto, tal intervención no es necesaria para entender cometidos los delitos de organización criminal, aunque puede ser un elemento a tener en cuenta a la hora de analizar si existe prueba de la integración. Si no participa activamente en la actividades ilícitas de la organización debe al menos realizar actos directamente conectados con esas actividades, en el sentido de que supongan un apoyo a la organización precisamente en el desarrollo de su plan criminal¹⁵⁰³.

Para ZIFFER, la condición de miembro se adquiere recién al tomar parte, y la participación como miembro presupone la realización de las actividades con pretensión de permanencia, y que tales actividades tiendan a favorecer a la organización o que son típicas de la actividad social en alguna forma relevante, o bien, cuando a través de actuar repetido dirigido a la realización de las acciones antijurídicas planeadas por la organización, es posible reconocer que el autor ha

¹⁵⁰² STS 556/2006, de 31 de mayo, (Roj: STS 7464/2006), Fundamento de Derecho (Noveno). / Similar postura se aplica en la STS 1127/2002, de 17 de junio, (Id. vLex: VLEX-18372040), Fundamento de Derecho (Cuarto). / STS 119/2007, de 16 de febrero, LA LEY 1677/2007, Fundamento de Derecho (Noveno).

¹⁵⁰³ FARALDO CABANA, Patricia, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., pág. 273.

asumido como propio los fines del grupo¹⁵⁰⁴. En efecto, para la integración o pertenencia ha de exigirse que se corresponda con una voluntad probada de acatar y cumplir las decisiones que se adopten dentro de la organización¹⁵⁰⁵. Esta extensión del ámbito de incriminación se fundamenta en la especial trascendencia que en la práctica entrañan esta conducta para el mantenimiento de las bandas u organizaciones, pues la suma de todas las aportaciones es lo que permite la continuidad de su actividad¹⁵⁰⁶.

Cercano a la figura del miembro activo se encuentra la del colaborador que en los delitos de terrorismo tiene una sanción equiparable a la del miembro activo. En el delito de terrorismo la figura del colaborador es más estricta, y al respecto señala en sentido crítico LAMARCA PÉREZ que con este tipo se pretende sancionar cualquier género de conducta de favorecimiento, lo que ha convertido el precepto en una especie de “cajón de sastre” cuya existencia ayuda a obviar ciertas dificultades de prueba; cuando no puede probarse la integración en la banda armada o que la ayuda prestada favoreciera a la realización de un hecho delictivo concreto, el tipo de colaboración ofrece una vía para la incriminación de unas conducta que de otro modo constituirían muchas veces actos preparatorios o de encubrimiento impunes¹⁵⁰⁷.

En este caso, se trata de un *extraneus* al supuesto asociativo, es decir, de la conducta de quien sin estar integrado en la banda terrorista o rebelde coopera con ella sin sometimiento a su disciplina¹⁵⁰⁸. En el caso del terrorismo, el legislador busca hacer expansiva las sanciones a los cooperadores. Situación ésta que, de

¹⁵⁰⁴ ZIFFER, Patricia S., *El delito de asociación*, op. cit., págs. 70-71.

¹⁵⁰⁵ FARALDO CABANA, Patricia, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., pág. 277.

¹⁵⁰⁶ LLOBET ANGLÍ, Mariona, «Delitos contra el orden público», en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, (Dir.), *Lecciones Derecho penal. Parte especial*, 2 ed., Atelier, Barcelona, 2009, pág. 384.

¹⁵⁰⁷ LAMARCA PÉREZ, Carmen, en LAMARCA PÉREZ, Carmen, (Coord.), *Derecho penal parte especial*, 4 ed., Colex, Madrid, 2008, págs., 746-747.

¹⁵⁰⁸ LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, pág. 244.

acuerdo al art. 570 bis, llega a ser extensiva a los colaboradores económicos en el caso de la organización criminal.

D) Cooperador (necesario) en la organización criminal

Cuando nos referimos a la figura de cooperación en el delito de organización criminal, debemos tener en cuenta lo expuesto en los casos de colaboración con el terrorismo, los cuales brindan valiosas pautas para poder delimitar y entender el alcance de dicho comportamiento, y así ver la viabilidad de aplicarlo en los delitos de organización criminal. Por tal razón, consideramos apropiado partir del delito de colaboración que es entendida como un modo de cooperación en los casos de terrorismo. Se definen de la siguiente forma los actos de colaboración de acuerdo con el art. 577.1, párrafo segundo, del Código penal.

En la actualidad la doctrina defiende, con corrección, que la colaboración con organización o grupo terrorista ha de partir de elementos subjetivos, no bastando la mera objetividad de la conducta. Y así se sostiene, en primer lugar, que el bien jurídico protegido es la seguridad interior estatal y el orden constitucional, como especifica el texto penal sustantivo, siendo el fin de atentar contra aquel móvil el único e inexorable que ha de darse en los autores. Si la motivación es otra cualquiera, desatendiendo aquellos postulados legales, es difícil concebir el presente delito¹⁵⁰⁹.

Por otro lado, la jurisprudencia también se ha manifestado sobre este tema indicando que en definitiva, la esencia del delitos de colaboración con banda armada consiste en poner a disposición de la misma, conociendo sus métodos, determinadas informaciones, medios económicos o de transporte, infraestructura o servicios de cualquier tipo, que la organización obtendría más difícilmente –o en ocasiones le sería imposible obtener-, sin dicha ayuda externa, prestada

¹⁵⁰⁹ Vid. GARCÍA VALDÉS, Carlos, «Tres temas penales de actualidad», en *REP*, n° 258, 2015, pág. 12.

precisamente por quienes, sin pertenecer a ella, proporcionan su voluntaria aportación. Por ello el delito de colaboración con banda armada incluye aquellas acciones que, realizadas voluntariamente con este fin, facilitan cualquier de las actividades de la organización, y no solamente las acciones armadas. Y ello prescindiendo de la coincidencia de fines, pues lo que aquí se sanciona no es la adhesión ideológica ni la prosecución de determinados objetivos políticos o ideológicos, sino el poner a disposición de la banda armada determinadas aportaciones, conociendo que los medios y métodos empleados por la organización consisten en hacer uso de la violencia, es decir, del terror y de la muerte, cuando en un Estado Social y Democrático de Derecho, como el nuestro, existen cauces pacíficos y democráticos para la prosecución de cualquier finalidad política¹⁵¹⁰. Los actos de colaboración se reducen a una colaboración material¹⁵¹¹. Así también la idoneidad de la conducta: la colaboración material debe estar relacionada con los fines o actividades de la organización o grupo¹⁵¹².

Sobre los caracteres de este delito podrían citarse los siguientes: *a)* carácter autónomo, porque penalizan actos que implican participación en actividades de la organización terrorista sin subordinación a las exigencias del principio de accesoriedad, *b)* es residual o subsidiario, ya que solo castigan hechos si constituyen una figura de mayor entidad, *c)* Es de tracto sucesivo y reiterado de diversas acciones que, por razones de punibilidad o de política criminal, se sanciona con pena única, *d)* Es de simple actividad y de peligro abstracto en el que el legislador por motivos de política criminal ha optado por anticipar la barrera penal, homologando los adelantados actos de facilitación a los propiamente lesivos o de puesta en peligro del bien jurídico que se trata de salvaguardar. *e)* Es precisa la concurrencia del dolo, en cuanto a tener conciencia

¹⁵¹⁰ STS 540/2010, de 8 de junio, (Id. vLex: VLEX-215152375), Fundamento de Derecho (Quinto). / STS 197/1999, de 16 de febrero, (Id. vLex: VLEX-17716992), Fundamento de Derecho (Primer).

¹⁵¹¹ ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto, «De los delitos de terrorismo», op. cit., pág. 1960.

¹⁵¹² BESIO, Martín, «Delitos contra el orden», op. cit., pág. 874.

del favorecimiento y de la finalidad perseguida por la banda o los elementos terroristas¹⁵¹³.

Por su parte, para LLOBET ANGLÍ, este delito constituye un tipo penal de mera actividad y de peligro abstracto, pues con él se castigan determinados comportamientos que, en sí mismos, no lesionan ningún bien jurídico de los protegidos por la ley, pero se adelantan las barreras de punición con el objetivo de reducir al máximo toda forma de apoyo material posible a una banda terrorista, apoyada en la (STS de 2 de febrero de 1993, ponente Bacigalupo Zapater). Tal extensión del ámbito de incriminación se fundamenta en la especial trascendencia que en la práctica entrañan estas conductas para el mantenimiento de estas bandas u organizaciones, pues la suma de todas las aportaciones es lo que permite la continuidad de su actividad¹⁵¹⁴.

Si en la pertenencia a la organización terrorista se trata de un acto de adhesión materializado a la organización, en las infracciones de colaboración, se trata de algo menos, es decir, de la aportación de algún elemento para el funcionamiento de la estructura terrorista desde afuera de la organización. Esta menor entidad del compromiso, por así decirlo, se compensa por la exigencia de una contribución concreta¹⁵¹⁵. En suma, se trataría propiamente de conductas realizadas de afuera de la organización¹⁵¹⁶.

En la misma línea, GARCÍA-PABLOS indica que un favorecedor, ante todo, es un *extraneus*, un extraño a la asociación: realiza un comportamiento accesorio, adjetivo; de escasa importancia. El tipo además tiene un carácter subsidiario: está pensado para fundamentar la responsabilidad criminal de quienes no pueden ser

¹⁵¹³ SUAREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, (Coord.), *Manual de Derecho penal. Parte especial*, tomo II, 2ª ed., Tomson-Civitas, Madrid, 2004, pág. 674.

¹⁵¹⁴ LLOBET ANGLÍ, Mariona, «Delitos contra el orden público», en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, (Dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, Atelier, Barcelona, 2006, pág. 378.

¹⁵¹⁵ CANCIO MELIÁ, Manuel, *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, Editorial Reus, Madrid, 2010, pág. 230.

¹⁵¹⁶ CANCIO MELIÁ, Manuel, *Los delitos de terrorismo*, op. cit., pág., 230.

considerados ni meros individuos, ni miembros activos, ni dirigentes. La conducta del favorecimiento no puede rebasar, por lo tanto, el límite ideal que representa los tres datos indicados: que el autor no pertenece a la asociación, que a pesar de ello responde por favorecer a la organización y que su conducta, accesoria, subsidiaria, no puede equipararse nunca a la de los miembros de la organización¹⁵¹⁷.

De acuerdo con LAMARCA PÉREZ, el cooperador ha de realizar un favorecimiento de aquellas conductas que permiten la existencia de una organización, ya sea en el momento de su constitución ya sea durante su desarrollo posterior. Por consiguiente, deben excluirse formas de colaboración que tengan por objeto la realización de un delito concreto, que favorezcan a su comisión o la realización de los fines del grupo¹⁵¹⁸. Cuando se habla de cooperación o colaboración con los fines y actividad de la organización delictiva, pueden considerarse incluidas entre ellas, la facilitación y distribución de información o medios materiales, de formación de captación de nuevos partícipes, así como la de financiación de sus actividades, esto es, actuaciones que contribuyen causalmente al mantenimiento y desarrollo de las estructuras organizativas de la organización criminal¹⁵¹⁹.

La ley debería precisar la definición de la noción de participación punible en la organización, requiriendo una contribución objetiva e intencional a las actividades de la asociación en conexión directa con el proyecto criminal, en especial exigiendo la comisión de una acción concreta para la asociación y la asunción de un rol reconocida por ésta¹⁵²⁰.

¹⁵¹⁷ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas en el código penal*, Bosch, Barcelona, 1978, pág. 273.

¹⁵¹⁸ LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento jurídico*, op. cit., pág. 244.

¹⁵¹⁹ SERRANO GÓMEZ, Alfonso; SERRANO MAÍLLO, Alfonso y otros, *Curso de Derecho penal*, op. cit., pág. 800.

¹⁵²⁰ GARCÍA DEL BLANCO, Victoria, «Criminalidad organizada», op. cit., pág. 562.

Los integrantes de la organización serían las personas que intervienen activamente en la realización de sus objetivos, esto es, de los delitos proyectados de manera organizada y con la finalidad subjetiva señalada. Por otro lado, los cooperantes serían personas que no tienen ninguna obligación o sometimiento hacia la organización. Por lo expuesto hasta el momento, se puede apreciar que en ese caso se detalla en cuales casos se entiende por colaboración. En el caso de la organización criminal solo se hace mención a cooperar económicamente y otras formas de cooperación.

VIII.- Excurso sobre el cooperador necesario y el cómplice en la jurisprudencia

En el último apartado del presente capítulo nos proponemos trazar la línea que separa o por menos los criterios que permiten diferenciar cuando existe cooperación y cuando complicidad. La tarea de delimitación entre cooperación necesaria y complicidad es una de las más complejas en materia de participación¹⁵²¹. Ello permite hablar de la naturaleza accesoria de la participación, en cuanto ésta depende o ha de ir referida necesariamente al hecho ajeno: no se puede hablar de participación sin referirse al mismo tiempo a aquello en lo que se participa -hecho delictivo-¹⁵²².

A juicio de BOLEA BARDÓN, la delimitación entre ambas figuras no es cualitativa, sino cuantitativa, es decir, que atiende al grado de intensidad de la contribución y no a la estructura y naturaleza de la concreta forma de intervención en el hecho¹⁵²³. El cooperador necesario lleva a cabo una contribución capaz de hacer fracasar el plan con la simple retirada de la misma a

¹⁵²¹ BOLEA BARDÓN, Carolina, *La cooperación necesaria*, op. cit. pág. 61.

¹⁵²² PÉREZ ALONSO, Esteban Juan, *La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho penal*, Comares, Granada, 1998, pág. 329.

¹⁵²³ BOLEA BARDÓN, Carolina, *La cooperación necesaria*, op. cit. pág. 62.

diferencia del cómplice o terceros que, para conseguirlo, tendrían que intervenir activamente¹⁵²⁴.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ofrece en este tema un panorama poco homogéneo, lo cual no debe resultar extraño ante las dificultades que de por sí comporta la delimitación de la figura del cooperador necesario. Los mismos problemas que se ha encontrado la doctrina a la hora de establecer un criterio válido entre cooperación necesaria y complicidad, han motivado a menudo una jurisprudencia un poco confusa y contradictoria¹⁵²⁵.

En este sentido, podemos citar la STS 526/2013, que explica que, cuando se hace la diferenciación entre cooperación necesaria y complicidad, entre la teoría del dominio del hecho y la de la relevancia, la jurisprudencia aun con algunas vacilaciones se ha decantado a favor de esta última, que permite, a su vez, distinguir entre coautores y cooperadores necesarios, visto que “el dominio del hecho depende no sólo de la necesidad de la aportación para la comisión del delito, sino también del momento en que la aportación se produce, de modo que el que hace una aportación decisiva para la comisión del delito en el momento de la preparación, sin participar luego directamente en la ejecución, no tiene, en principio, el dominio del hecho, y así “será un partícipe necesario, pero no coautor”, concluyendo que “lo que distingue al cooperador necesario del cómplice no es el dominio del hecho, que ni uno ni otro tienen, sino que lo decisivo a este respecto es la importancia de la aportación en la ejecución del plan del autor o autores”¹⁵²⁶.

Asimismo en el supuesto del cooperador el Tribunal Supremo también se manifiesta a favor de la teoría de la relevancia en un caso donde un amigo entrega a otro un cuchillo en una pelea, rechazando el dominio del hecho y

¹⁵²⁴ BOLEA BARDÓN, Carolina, *La cooperación necesaria*, op. cit. pág. 63.

¹⁵²⁵ BOLEA BARDÓN, Carolina, *La cooperación necesaria*, op. cit. pág. 113.

¹⁵²⁶ STS 526/2013, de 25 de junio (Roj: STS 3393/2013), Fundamento de Derecho (Sexto). / *Vid.*, también en el mismo sentido, STS 954/2013, de 16 de diciembre (Ref. Iustel: § 359909), Fundamento de Derecho (Vigésimo Segundo).

decantándose por la relevancia de la aportación, indicando que, en efecto, es evidente que quien pone una condición sin la que el hecho no se hubiera cometido tiene el dominio del hecho, pues éste debe ser atribuido a quien puede interrumpir la ejecución del delito retirando la que es una condición sin la que éste no se hubiera efectuado. Ello podría sugerir que la cooperación necesaria es superflua, porque no es más que una repetición del concepto de autor. Sin embargo, la cooperación necesaria en sentido estricto se refiere a quienes ponen una condición necesaria, pero no tienen el dominio del hecho, pues no toman parte en la ejecución del mismo, sino que realizado su aporte dejan la ejecución en manos de otros que ostentan el dominio del mismo. En otras palabras, el cooperador necesario realiza su aportación al hecho sin tomar parte en la ejecución del mismo¹⁵²⁷.

Por otro lado, cuando hace referencia al cómplice, el Tribunal entiende que el cómplice no es ni más ni menos que un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos del ejecutor material, del inductor o del cooperador esencial que contribuye a la producción del fenómeno punitivo mediante el empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del propósito que a aquéllos anima, y del que participa prestando su colaboración voluntaria para el éxito de la empresa criminal en el que todos están interesados¹⁵²⁸.

En otra Sentencia el TS también afirma al respecto que el cómplice es un auxiliar del autor, que contribuye a la producción del fenómeno delictivo a través del empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del

¹⁵²⁷ STS 1370/2009, de 22 de diciembre (Roj: STS 8391/2009), Fundamento de Derecho (Segundo). *Vid.*, en la misma línea, STS 434/2007, de 16 de mayo (Roj: STS 4454/2007), fundamento de Derecho (Segundo).

¹⁵²⁸ Se trata, no obstante, como acabamos de exponer, de una participación accidental y de carácter secundario. El dolo del cómplice radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible. Quiere ello decir, por tanto, que para que exista complicidad han de concurrir dos elementos: uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, que reúnan los caracteres ya expuestos, de mera accesoriedad o periféricos; y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquél. *Vid.* STS 526/2013, de 25 de junio (Roj: STS 3393/2013), Fundamento de Derecho (Sexto).

proyecto que a ambos les anima, participando del común propósito mediante su colaboración voluntaria concretada en actos secundarios, no necesarios para el desarrollo del «iter criminis»¹⁵²⁹.

En el mismo sentido, sobre la eficacia que debe tener una conducta de complicidad también se exige en la sentencia 185/2005, al indicar que la configuración de la complicidad siempre habrá de resultar necesario, junto con el acreditado conocimiento y voluntad de colaboración en la comisión del delito, un aporte objetivo, cualquiera que fuere su naturaleza, desde el mero consejo o asesoramiento a la realización de actos materiales, que, sin necesidad de ser determinante para ver cumplido el designio criminal, sí que suponga, en cualquier caso, un contenido auxiliador, no indiferente sino realmente eficaz, en relación con la conducta agresora del bien jurídico penalmente protegido llevada a cabo por el autor¹⁵³⁰.

La STS 312/2007 afirma: “Esta Sala, tratando de deslindar o separar de la autoría conductas participativas en el hecho del otro, notoriamente alejadas del ilícito principal, ha ido perfilando una doctrina, que partiendo de que el art. 29 CP. Existe y no resulta excluido de antemano de las posibilidades de atribución subjetiva del hecho delictivo previsto en el art. 368 CP, es factible condenar por complicidad en hipótesis de “colaboraciones con el colaborador”. Sería el caso por ejemplo del que auxilia a una persona que se ha comprometido a transportar la droga de otro a un determinado lugar. Pues bien, quien ayuda a este transportista o participa en la carga de la droga en un vehículo sin más, a cambio de una compensación económica, estaría realizando una conducta “favorecedora del favorecedor”¹⁵³¹.

¹⁵²⁹ STS 954/2013, de 16 de diciembre (Ref. Iustel: § 359909), Fundamento de Derecho (Vigésimo Segundo).

¹⁵³⁰ STS 185/2005, de 21 de febrero (Roj: STS 1023/2005), Fundamento de Derecho (Segundo).

¹⁵³¹ Y continua presentando casos en los que se entendería actos de complicidad, como son: a) el mero acompañamiento a los compradores con indicación del lugar donde puedan hallar a los vendedores; b) la ocultación ocasional y de poca duración de una pequeña cantidad de droga que otro poseía; c) la simple cesión del domicilio a los autores por pura amistad para

Con el uso alternativo de criterios opuestos, en la mayoría de las ocasiones parece lo que hace el Tribunal Supremo es valorar si, en el caso concreto, el sujeto merece o no por su aportación la pena del autor y, después, intentar justificar doctrinalmente la decisión. En esta práctica pone de manifiesto que la distinción entre cooperación necesaria y complicidad no es más que una cuestión político-criminal de merecimiento de pena¹⁵³².

reunirse sin levantar sospechas; d) recepción y desciframiento de los mensajes en clave sobre el curso de la operación; e) facilitación del domicilio de venta y precio de la droga; f) realizar llamadas telefónicas para convencer y acordar con tercero el transporte de la droga; g) acompañar y trasladar en su vehículo a un hermano en sus contactos; h) encargarse de los pasos previos para la recepción de la droga enviada desde el extranjero, sin ser destinatario ni tener disponibilidad efectiva de la misma, etc. *Vid.* STS 312/2007, de 20 de abril, (Roj: STS 2398/2009), Fundamento de Derecho (Primero).

¹⁵³² LÓPEZ PEREGRIN, M^a Carmen, *La complicidad en el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág.431. / Cfr., en sentido crítico, por la falta de compromiso del Tribunal Supremo con una teoría que resuelva el problema entre la cooperación y complicidad, debido a la utilización de criterios normalmente incompatibles entre sí que obedecen a distintas concepciones, y que son utilizados para resolver casos concretos, con resultados distintos, CUERDA RIEZU, Antonio, «Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en Derecho penal español», en *ADPCP*, Fascículo II, 1992, págs. 599-500.

CAPÍTULO IX

CONSECUENCIAS PENALES DE LA ORGANIZACIÓN CRIMINAL, CON ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL DECOMIDO

I.- Penalidad: consecuencias penales

Independientemente de las agravantes o atenuantes que se pudieran dar en el delito de organización criminal, existen consecuencias penales y reglas generales que establece el Código penal para su específica aplicación a este tipo delictivo y que pasamos a analizar.

Art. 570 *quáter*.1 CP: “Los jueces o tribunales, en los supuestos previstos en este capítulo y el siguiente, acordarán la disolución de la organización o grupo y, en su caso, cualquier otra de las consecuencias de los artículos 33.7 y 129 de este Código”.

La disolución del grupo u organización criminales una vez determinada la responsabilidad penal. Es de tener presente, además, el nuevo art. 31 *bis*, que ha reconocido *ex novo* por vez primera en la legislación española la “responsabilidad de la persona jurídica”¹⁵³³. A este respecto sostiene el legislador

¹⁵³³ *Vid.*, ampliamente y fundamental sobre este tema, CANCIO MELIÁ, Manuel, «¿Responsabilidad de la persona jurídica? Consideraciones sobre el significado Político-Criminal del establecimiento de responsabilidad criminal de la empresa», en MIR PUIG, Santiago / CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Dir.), *Nuevas tendencias en política criminal, Una auditoria al Código de 1995*, B de F, Buenos Aires, 2006, págs. 3-47. Y asimismo, DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, «Personas jurídicas, consecuencias accesorias y responsabilidad penal», en NIETO MARTÍN, Adán, (Coord.), *Homenaje a Marino Barbero Santos in memoriam*, vol. II, Ediciones Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2001, pág. 967-991.

que podrán aplicar en relación con la organización o grupo criminal cualesquier otra consecuencia prevista para la persona jurídica. Con ello, el legislador ha querido establecer un paralelismo entre la empresa criminalmente responsable y el grupo o la organización criminal como centros de imputación.

Sin embargo, como indica POLAINO-ORTS, siendo cierto que existe ese paralelismo evidente, no hubiera estado de más que el art. 570 *quater*.1 CP hubiera especificado exactamente qué consecuencias aplicables a las personas jurídicas son, también, aplicables hipotéticamente al grupo u organización criminal¹⁵³⁴.

Se ha señalado que realmente esta disposición resulta incoherente con la concepción de las organizaciones y grupos criminales como entidades de hecho, sin forma jurídica, que se constituyen únicamente *de facto* para la comisión de delitos. Así también, la aplicación de este tipo de consecuencias, por ejemplo, una multa, a un grupo de personas sin identidad conjunta como persona jurídica resulta *a priori* complicado. Por lo que, evidentemente, estas consecuencias serían una consecuencia mucho más lógica en las asociaciones ilícitas donde se protege el derecho de asociación, pues las mismas sí que tienen apariencia legal, sin embargo, no se prevé la aplicación de tales consecuencias en las asociaciones ilícitas¹⁵³⁵.

SILVA SANCHEZ, Jesús-María, *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, 2 ed., B de F., Buenos Aires, 2016, *passim*. / CIGÜELA SOLA, Javier, *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2015, *passim*. / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Fundamentos modernos de la culpabilidad empresarial. Esbozo de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ara Editores, Lima, 2010, *passim*. / GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Cuestiones fundamentales de Derecho penal económico. Parte general y especial*, B de F., Buenos Aires, 2014, *passim*. / En la doctrina alemana *Vid.* TEUBNER, Gunther, «El Derecho como sujeto epistémico: hacia una epistemología constructivista del Derecho», trad. Carlos Gómez-Jara Díez, en *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 25, 2002, págs. 533-571.

¹⁵³⁴ POLAINO-ORTS, Miguel, «Organizaciones y grupos criminales», en POLAINO NAVARRETE, Miguel, (Dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial, adaptadas a la ley orgánica 5/2010 de Reforma del Código penal*, tomo II, Tecnos, Madrid, 2011, pág. 578.

¹⁵³⁵ GARCÍA DEL BLANCO, Victoria, «Trata de seres humanos y criminalidad organizada», en *ADPCP*, vol. LXVII, 2014, pág. 231.

Pese al paralelismo que pudiera existir entre la organización criminal y la persona jurídica, debemos puntualizar el carácter intrínsecamente delictivo de la organización criminal, mismo del que carece la persona jurídica -en inicio-, además también el carácter institucional de ésta última, ya que goza de un reconocimiento estatal como empresa, pero que con el tiempo tiende a una inclinación delictiva. Reconocimiento institucional del que carece la organización criminal por desarrollarse al margen de la misma.

Otra de las consecuencias penales del delito de organización criminal es la pena adicional y correlativa de inhabilitación especial¹⁵³⁶. La cual esta determinada por el art. 570 *quáter*. 2 que determina:

Art. 570 *quáter*.2 CP: “Asimismo se impondrá a los responsables de las conductas descritas en los dos artículos anteriores, además de las penas en ellos previstas, la de inhabilitación especial para todas aquellas actividades económicas o negocios jurídicos relacionados con la actividad de la organización o grupo criminal o con su actuación en el seno de los mismos, por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, al número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el delincuente”.

Esta pena subsiguiente supone un castigo adicional que se impone al sujeto que haya saldado sus deudas con la justicia, de manera que resulta difícilmente justificable a la vista del principio *ne bis in idem* y del principio de culpabilidad, incurriendo flagrante inconstitucionalidad¹⁵³⁷.

En el párrafo segundo del mismo art. 570 *quater*2 CP el legislador hace la salvedad de que si las conductas reprimidas en los tipos o grupos criminales fueran ya subsumibles en otro tipo penal, -v.gr., tenencia ilícita de armas o explosivos-, se estará a lo dispuesto en la regla 4ª del art .8 del CP según la cual

¹⁵³⁶ POLAINO-ORTS, Miguel, «Organizaciones y grupos...», op. cit., 578.

¹⁵³⁷ POLAINO-ORTS, Miguel, «Organizaciones y grupos criminales» en JAKOBS, Günther / POLAINO-ORTS, Miguel, *Criminalidad organizada. Formas de combate mediante el Derecho penal*, Flores Editor, México D.F., 2013, pág. 187.

“el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor”. Por ello, se podría dar la paradoja de que esta nueva incriminación del delito de grupo u organización criminal, anunciada a bombo y platillo por el legislador, tuviera que ceder en su aplicación a otras figuras ya existentes en el Código penal con anterioridad, lo cual sería una manifestación del fracaso legislativo de esta nueva regulación punitiva¹⁵³⁸.

Esta remisión expresa, en nuestra opinión, resulta superflua. No se trata de una regla específica de alternatividad aplicable únicamente a este capítulo, sino que se trata de una remisión expresa al criterio de alternatividad que se establece en el artículo 8.4ª CP. Esta remisión expresa podría entenderse como la postergación, *sensu contrario*, del resto de criterios de resolución del concurso de normas: criterio de especialidad (art. 8.1ª CP); criterio de subsidiariedad (art. 8.2ª CP) y criterio de consunción (art. 8.3ª CP), que como indica el propio artículo 8 CP resultan preferentes en cualquier caso al de alternatividad¹⁵³⁹.

Por otro lado, el art. 570 *quater*.3 CP establece la competencia de la ley española en los delitos de organización y grupo criminal, al disponer:

“Las disposiciones de este capítulo serán aplicables a toda organización o grupo criminal que lleve a cabo cualquier acto penalmente relevante en España, aunque se hayan constituido, estén asentados o desarrollen sus actividades en el extranjero”.

Con razón, al respecto, indica POLAINO-ORTS que esta previsión es superflua a la vista del art. 23. 1 de la LOPJ, que dispone que “(e)n el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español”¹⁵⁴⁰.

¹⁵³⁸ POLAINO-ORTS, Miguel, «Organizaciones y grupos criminales», op. cit. págs. 187-188.

¹⁵³⁹ Justificar dicha postergación no parece tarea fácil, puesto que en caso de concurrir el fundamento del resto de los criterios establecidos como preferentes en el artículo 8 CP, su no aplicación a favor de la alternatividad, supondría la ruptura de la sistemática interna y la aplicación de criterios de interpretación de pura lógica entre diferentes tipos penales. *Vid.* GARCÍA DEL BLANCO, Victoria, «Trata de seres humanos», op. cit., pág. 225.

¹⁵⁴⁰ POLAINO-ORTS, Miguel, «Organizaciones y grupos criminales», op. cit. pág. 188.

Por último, se encuentra el art. 570 *quáter*.4 CP hace referencia a la posibilidad de la reducción de la pena en uno o dos grados, disponiendo lo siguiente:

“Los jueces o tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer al responsable de cualquiera de los delitos previstos en este capítulo la pena inferior en uno o dos grados, siempre que el sujeto haya abandonado de forma voluntaria sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con la autoridades o sus agentes, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros reponsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o grupos a que haya pertenecido, bien para evitar la perpetración de un delito que se tratara de cometer en el seno o a través de dichas organizaciones o grupos”.

Se trata aquí de un premio de la Justicia a quien se muestra arrepentido y demuestra activamente colaboración con las autoridades para dismantelar el grupo u organización y prevenir futuros delitos¹⁵⁴¹. Sobre esta circunstancia modificatoria de la responsabilidad ya nos referimos con mayor detenimiento en el Capitulo anterior.

II.- La importancia del decomiso en la lucha contra la delincuencia organizada

Como punto de partida se ha de reconocer que el decomiso es una “vieja conocida” en el sistema de sanciones y que no cesa de adquirir protagonismo. No hay documento relacionado con la lucha contra la delincuencia organizada y otras formas graves de delincuencia, que no mencionen al mismo como medio de lucha eficaz contra los mismos ya que las ganancias son consideradas el “talón de Aquiles” de la organización criminal¹⁵⁴². Así mismo básicamente el (de)comiso,

¹⁵⁴¹ POLAINO-ORTS, Miguel, «Organizaciones y grupos criminales», op. cit. págs. 188.

¹⁵⁴² AGUADO CORREA, Teresa, «Embargo preventivo y comiso en los delitos de tráfico de drogas y otros delitos relacionados: presente y ¿futuro?», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXII, 2013, pág. 266.

es un supuesto de privación del derecho de propiedad y de transferencia forzosa al Estado, es considerado por el Código penal como una “consecuencia accesoria” al delito¹⁵⁴³.

En efecto, la necesidad de combatir eficazmente la criminalidad organizada, ha hecho que se considere con nuevo interés el comiso “como arma estratégica, desincentivo económico total de la delincuencia organizada con el fin de obtener ganancias, y medio de identificar y de eliminar las ventajas financieras, y el consiguiente poder de la conducta antisocial”¹⁵⁴⁴. Consideramos que el papel que cumple el decomiso en la lucha contra la organización criminal es de vital importancia, porque se orienta básicamente a reducir o anular directamente el “incentivo” que motiva a la organización criminal, nos referimos propiamente a los beneficios económicos y que a su vez son utilizados para la comisión de delitos.

Ahora bien, la lucha contra la delincuencia organizada se debe librar en tres frentes, a saber: el (de)comiso, el blanqueo de capitales y la recuperación de activos, siendo el objetivo común a combatir el beneficio económico que genera ese tipo de actividad delictiva. *Conditio sine qua non* para poder decomisar los productos del delito es la existencia en los respectivos países de agencias que se encarguen de localizar y recuperar estos activos¹⁵⁴⁵.

Como se indicó, el (de)comiso y la recuperación de bienes de origen delictivo constituyen herramientas muy eficaces de lucha contra la delincuencia

¹⁵⁴³ También el (de)comiso está conociendo en los últimos años una notable expansión, tanto en su configuración legal como, sobre todo, en su aplicación judicial, al ser una medida muy eficaz en la lucha contra los aspectos económicos del narcotráfico, y la delincuencia económica y organizada en general. *Vid.* MARTÍN PÉREZ, José Antonio, «El comiso de bienes propiedad de «tercero»: análisis del respeto de las reglas sobre titularidad por las sentencias penales (a propósito del auto TC 125/2004, de 19 de abril)» en *Derecho privado y Constitución*, núm. 19, enero-diciembre 2005, pág. 226.

¹⁵⁴⁴ FARALDO CABANA, Patricia, «El comiso en relación con los delitos de tráfico de drogas» en *Anuario da facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 2, 1998, pág. 253.

¹⁵⁴⁵ AGUADO CORREA, Teresa, «Decomiso de los productos de la delincuencia organizada: “garantizar que el delito no resulto provechoso”» en *RECPC* 15-05, 2013, pág. 6.

organizada, que se mueve esencialmente por el afán de lucro. El (de)comiso impide, en efecto, que estos fondos puedan utilizarse para financiar otras actividades ilícitas, minar la confianza en los sistemas financieros y corromper la sociedad legítima. Al incidir en el principio de que “el delito no resulte provechoso”, ejerce un efecto disuasorio que puede contribuir a reducir la influencia de modelos negativos en las comunidades locales. En algunos casos, las medidas de decomiso permiten apuntar específicamente a los responsables de las organizaciones delictivas, que solo en contadas ocasiones son investigados y procesados¹⁵⁴⁶.

Hay que destacar que la regulación de la figura del (de)comiso ha sufrido en los últimos años de una atención en aumento, no solamente desde un punto de vista doctrinal sino de regulación legal tanto en el contexto internacional como nacional, al resultar ser una medida eficaz de lucha contra la gran criminalidad¹⁵⁴⁷.

En consecuencia, desde hace tiempo se considera al (de)comiso como un medio de lucha eficaz contra la delincuencia organizada. Así, los planes de acción del Consejo Europeo están encaminados a combatir este fenómeno e insisten invariablemente en la necesidad de privar a la delincuencia organizada de su principal incentivo, es decir, del beneficio económico¹⁵⁴⁸.

En este sentido, la normativa comunitaria de la UE muestra preocupación por las cantidades de ganancias ilícitas que produce la organización criminal, y en función de ello actualmente desarrollaron más Instrumentos con los que se pueda regular el embargo y el decomiso de los productos provenientes del delito,

¹⁵⁴⁶ AGUADO CORREA, Teresa, «Decomiso de los productos de la delincuencia organizada», op. cit., pág. 7.

¹⁵⁴⁷ ZÁRATE CONDE, Antonio, «Consideraciones acerca de la nueva regulación del comiso prevista por el anteproyecto de Reforma del Código penal», en *Diario La Ley*, nº 8019, Sección Tribuna, 8 de febrero, 2013, pág. 1.

¹⁵⁴⁸ AGUADO CORREA, Teresa, «Decomiso de los productos de la delincuencia organizada», op. cit., pág. 8.

lo que se muestra claramente en la exposición de motivos de la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, que indica:

(1) La motivación principal de la delincuencia organizada transfronteriza, incluida la de carácter mafioso, es la obtención de beneficios financieros. Por consiguiente, es necesario dotar a las autoridades competentes de los medios para localizar, embargar, administrar y decomisar el producto del delito. Sin embargo, la prevención y la lucha eficaces contra la delincuencia organizada deben alcanzarse neutralizando el producto del delito, y ampliarse, en ciertos casos, a cualquier bien que proceda de actividades de carácter delictivo. (2) Los grupos de delincuencia organizada no conocen fronteras y cada vez adquieren más activos en Estados miembros distintos de aquellos en los que están basados y en terceros países. Existe una necesidad cada vez mayor de cooperación internacional eficaz en materia de recuperación de activos y de asistencia jurídica mutua (...) ¹⁵⁴⁹.

Previamente también un comunicado realizado por el Comité Económico Social Europeo (CESE) en 2012 resalta la necesidad de reforzar la lucha contra la delincuencia organizada mediante el embargo preventivo y el decomiso, así queda expresado en la parte de conclusiones y recomendaciones donde se indica:

El CESE respalda esta iniciativa mediante la cual la Comisión aspira a reforzar el marco legislativo europeo relativo al embargo preventivo y al decomiso de los productos de la delincuencia. Aunque comparte las preocupaciones del Parlamento y del Consejo, el CESE quiere destacar que la delincuencia organizada evoluciona creciendo en intensidad y complejidad habida cuenta, en particular, de su carácter transfronterizo y de los medios considerables de que dispone. A falta de armonización europea, las organizaciones delictivas aprovechan las legislaciones menos severas, por lo que es urgente intensificar los esfuerzos realizados en la esfera europea ¹⁵⁵⁰. Habida cuenta de la considerable importancia del coste humano, social, económico y financiero inducido por

¹⁵⁴⁹ DIRECTIVA 2014/42/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y el producto del delito en la Unión Europea*, Diario Oficial de la Unión Europea, 2014.

¹⁵⁵⁰ DICTAMEN DEL COMITÉ ECONÓMICO SOCIAL EUROPEO sobre la «Propuesta de directiva del parlamento europeo y del consejo sobre el embargo preventivo y el decomiso de los productos de la delincuencia en la Unión europea», (2012/C 299/23), Diario oficial de la Unión Europea, 2012.

la delincuencia organizada, y sin perjuicio de las restricciones que impone a los derechos y libertades de los ciudadanos y agentes del mercado interior, socavando así su confianza, el CESE subraya el papel esencial de las medidas de decomiso en la lucha contra ésta, puesto que atentan contra su principal razón de ser, a saber, la obtención de beneficios¹⁵⁵¹.

Todas estas pronunciaciones de la comunidad europea inciden para que en España se produzca en 2015 la Reforma del antes llamado “comiso” y ahora denominado decomiso, así como otros artículos del Código penal. La mencionada Reforma desglosa y desarrolla ahora de un modo más amplio y minucioso, de conformidad con la Directiva (2014/42/UE) mencionada, los diferentes supuestos de hecho singulares, y las ampliaciones del supuesto general, que anteriormente ya se regulaban en parte de un modo más sucinto en los distintos apartados del art. 127¹⁵⁵² y que ahora pasamos a desarrollar en el siguiente apartado.

A) El decomiso en la normativa española posterior a la Reforma penal de 2015

Sobre la naturaleza jurídica del decomiso, para CORREA AGUADO, el mismo no es en su totalidad ni penal, ni civil, y ello porque el destino que tienen las ganancias decomisadas en una y otra rama del Ordenamiento jurídico ya establece una diferencia¹⁵⁵³. Indica también que nos encontramos ante una consecuencia jurídica derivada del delito de naturaleza penal, al ser impuesta por un órgano penal, estar prevista por una ley penal, ir unida a la imposición de una

¹⁵⁵¹ DICTAMEN DEL COMITÉ ECONÓMICO SOCIAL EUROPEO sobre la «Propuesta de directiva del parlamento europeo y del consejo sobre el embargo preventivo y el decomiso de los productos de la delincuencia en la Unión europea», (2012/C 299/23), Diario oficial de la Unión Europea, 2012.

¹⁵⁵² GRACIA MARTÍN, Luis, «Consecuencias jurídicas no penales derivadas de la comisión del delito (I): las consecuencias accesorias generales y las específicas para las personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica» en GRACIA MARTÍN, Luis, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito. El sistema de penas, de medidas de seguridad, de consecuencias accesorias y de responsabilidad civil derivada del delito*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 217.

¹⁵⁵³ AGUADO CORREA, Teresa, *El comiso*, Edersa, Madrid, 2000, pág. 79.

pena y tener clara un función preventiva tanto general como especial, si bien predomina esta última en tanto que a través del comiso se pretende evitar que las ganancias sean utilizados para cometer nuevos delitos. Pero tampoco se puede negar que también cumple una función restitutoria/compensatoria. Y la autora citada concluye considerando que no existe ningún problema en añadir a la función preventiva propia del Derecho penal la función de reequilibrio consustancial al mecanismo restitutorio, puesto que no le parece convincente una comprensión monista de los fines del comiso de ganancias, sino que se prefiere partir de una concepción dualista de los mismos sin que por ello quede desvirtuada la naturaleza penal del comiso de ganancias¹⁵⁵⁴.

Respecto a la regulación anterior, desde luego que ante esta maraña de situaciones era difícil sostener que el decomiso es siempre una institución de índole civil ordenada a impedir el enriquecimiento ilícito o a normalizar la situación patrimonial. Pese a todo, a la vista de los pronunciamientos legales hay que interpretar que todas esas medidas no constituyen un castigo o sanción. Por lo tanto, cabe entender que se trata más bien de medios para disuadir de la realización de delitos que se cometen por un móvil de lucro, mostrando a los potenciales autores que la condena conlleva la privación de todos los bienes implicados o de su valor¹⁵⁵⁵.

Por su parte, para GRACIA MARTÍN, el decomiso ha de ser entendido dentro de las consecuencias accesorias del delito, que son todas aquellas consecuencias jurídicas de naturaleza no penal aplicables a los supuestos de

¹⁵⁵⁴ AGUADO CORREA, Teresa, *El comiso...*, op. cit., págs. 80-81.

¹⁵⁵⁵ ROIG TORRES, Margarita, «La regulación del comiso. El modelo Alemán y la reciente reforma española», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVI, 2016, pág. 232. / En este sentido *Vid.* CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL, hecha en Nueva York de 15 de noviembre de 2000, fue firmada por España en Palermo el 13 de diciembre de 2000, y ratificada mediante Instrumento de 21 de febrero de 2002. (art. 12 y sigtes.) / *Vid.* también DECISIÓN MARCO DEL CONSEJO. *Relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito (2001/500/JAI)*, Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 2001.

hecho jurídicos no penales que eventualmente se realicen junto al hecho punible y que, por esto, concurren con éste de un modo accesorio¹⁵⁵⁶.

Con la Reforma de la LO 1/2015 se introdujeron ampliaciones en la configuración legal del “comiso”, y siguiendo las recomendaciones de la Directiva de la comunidad europea actualmente se le denomina “decomiso” y además se estima que el mismo busca hacer más eficaz la lucha contra la delincuencia organizada, así lo manifiesta en el Preámbulo de la Reforma penal que indica: La regulación del decomiso es objeto de una ambiciosa revisión que introduce importantes modificaciones que tienen como objeto facilitar instrumentos legales que sean más eficaces en la recuperación de activos procedentes del delito y en la gestión económica de los mismos¹⁵⁵⁷. Por consiguiente, la normativa del (de)comiso prevista en el ordenamiento ha venido marcada por las directrices europeas. No obstante, también han ejercido un gran influjo otras legislaciones del entorno y en particular el Derecho alemán. El propio legislador, en la Ley Orgánica 1/2015 reproduce algunos párrafos de una resolución emblemática del Tribunal Constitucional alemán, donde se rechaza que esta medida sea una sanción penal confirmando la constitucionalidad del comiso ampliado. A partir de esa argumentación el texto de reforma justifica la extensión de esta modalidad, que deja de aplicarse solo a la delincuencia organizada y terrorista y abarca otros muchos delitos¹⁵⁵⁸. En este sentido, al mismo tiempo de negar la condición de sanción penal, le atribuye un cariz patrimonial, incluso en las modalidades más espinosas desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, esto es, el comiso ampliado, el de bienes de terceros y el que se impone sin sentencia. En estos casos se puede concebir como una herramienta disuasoria que busca privar de los medios usados en el delito, y de

¹⁵⁵⁶ GRACIA MARTÍN, Luis, «Consecuencias jurídicas no penales», op. cit., pág. 212.

¹⁵⁵⁷ Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, (Preámbulo VIII).

¹⁵⁵⁸ ROIG TORRES, Margarita, «La regulación del comiso», op. cit., pág. 214.

los efectos y ganancias, eliminando el principal incentivo que mueve a cometerlo, como vienen reiterando las normas internacionales¹⁵⁵⁹.

En cualquier caso, el legislador da un paso y clarifica la regulación estableciendo una presunción *iuris tantum* acerca del origen de dicho patrimonio, susceptible, en todo caso, de ser enervada mediante prueba en contrario que acredite o justifique el origen lícito del patrimonio cuestionado, o, al menos, que no procede de actividades criminales llevadas a cabo en el marco de una organización, grupo criminal o terrorista o derivadas de la realización de un delito de terrorismo. Asimismo, indica que se debe recordar que dicha presunción legal no afecta en sí misma al derecho fundamental a la presunción de inocencia, ya que no incide ni en el núcleo de la acción delictiva objeto de enjuiciamiento, ni en la imputación de dicha acción a persona concreta y determinada¹⁵⁶⁰.

Por su parte, DE LA CUESTA ARZAMENDI indica que esas modalidades procesales de la inversión de la carga de la prueba son cuestionables¹⁵⁶¹, y ello debido a que, si la persona no puede demostrar la procedencia de sus bienes, correría el riesgo de perderlos.

Por último, sobre la naturaleza del (de)comiso, se ha señalado que la pérdida del carácter de pena y la conversión en consecuencia accesoria a la misma destaca la orientación del (de)comiso a la prevención de nuevos delitos. No en el sentido preventivo general o especial, que poseen las penas, y que consiste en la contramotivación subjetiva para delinquir, sino como finalidad material de retirada de objetos y bienes que pueden propiciar nuevos delitos¹⁵⁶². La caracterización general de esta consecuencia accesoria a la pena como una

¹⁵⁵⁹ ROIG TORRES, Margarita, «La regulación del comiso», op. cit., pág. 236.

¹⁵⁶⁰ JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, Francisco, «Novedades legislativas en materia de decomiso y recuperación de activos», en *Revista de Derecho Penal*, nº 34, 2011, pág. 100.

¹⁵⁶¹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, «El Derecho penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites», en GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, Faustino / VALCÁRCE LÓPEZ, Marta (dir.), *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2001, pág. 96.

¹⁵⁶² GARCÍA ARÁN, Mercedes, en CÓRDOBA RODA, Juan / GARCÍA ARÁN, Mercedes (Dir.), *Comentarios al Código penal. Parte Especial*, Marcial Pons, Barcelona, 2011, pág. 952.

medida preventiva, recayente sobre objetos y bienes, permite utilizar la consideración de su peligrosidad objetiva como criterio interpretativo limitador en los casos problemáticos.

Es importante al respecto mencionar que ya en su día Quintiliano SALDAÑA advirtió que todas las penas accesorias, entre las que se mencionaba la pérdida o comiso de los instrumentos y efectos del delito, deberían ser medidas, calificando al comiso como una “pseudopena” y similar denominación le asignó PUIG PEÑA¹⁵⁶³.

1) Decomiso basado en una condena

El (de)comiso regulado en el artículo 127 CP¹⁵⁶⁴, que supone la privación de los bienes, medios e instrumentos utilizados para preparar o cometer el delito, y de los efectos y ganancias que de él provienen, experimenta algunas variaciones¹⁵⁶⁵. Esto viene dado como consecuencia accesoria de toda pena que se imponga por el delito doloso.

Este denominado “(de)comiso penal”, “(de)comiso basado en condena” o (de)comiso directo, se regula en el art. 127 CP, que comprende tres apartados. En

¹⁵⁶³ MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, «La pena de comiso en el proyecto de Código penal» en *ADPCP*, 1981, pág. 615.

¹⁵⁶⁴ El artículo 127 queda redactado de la siguiente manera: «1) Toda pena que se imponga por un delito doloso llevará consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. 2) En los casos en que la ley prevea la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año por la comisión de un delito imprudente, el juez o tribunal podrá acordar la pérdida de los efectos que provengan del mismo y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar. 3) Si por cualquier circunstancia no fuera posible el decomiso de los bienes señalados en los apartados anteriores de este artículo, se acordará el decomiso de otros bienes por una cantidad que corresponda al valor económico de los mismos, y al de las ganancias que se hubieran obtenido de ellos. De igual modo se procederá cuando se acuerde el decomiso de bienes, efectos o ganancias determinados, pero su valor sea inferior al que tenían en el momento de su adquisición.»

¹⁵⁶⁵ ROIG TORRES, Margarita, «La regulación del comiso», op. cit., pág. 240.

el primero de ellos se regula el (de)comiso como consecuencia accesoria de toda pena impuesta por un delito doloso, siendo los cambios en él previstos consecuencia tanto de la supresión de las faltas como de la nueva regulación del decomiso sobre bienes de terceros contemplada en el art. 127 *quáter* del CP. El segundo apartado está dedicado a la regulación del (de)comiso en los delitos imprudentes sin que ésta sufra cambio alguno. En el último apartado se regula el (de)comiso por valor equivalente o “decomiso por sustitución”¹⁵⁶⁶.

En cuanto a la regulación del (de)comiso por valor equivalente, provista en el art. 127.3 CP, se pueden destacar las siguientes consideraciones: a) no exige los bienes sobre los que recae pertenezcan a la persona criminalmente responsable; b) se incluye dentro del objeto del decomiso por valor equivalente las ganancias indirectas, ya que permite decomisar “otros bienes por una cantidad que corresponda al valor económico de los mismos, y al de las ganancias que hubieran obtenido de ellos”, en otras palabras, las ganancias obtenidas por los bienes que por cualquier circunstancia no se han podido decomisar, previsión que hay que poner en relación con la nueva regulación contempla el art. 2.1 de la Propuesta Directiva; c) la última cláusula, se limita a aclarar que el valor económico de los mismos es el del momento de adquisición, de manera que en los casos que haya disminuido su valor económico desde ese momento, se deberá acordar el comiso por valor equivalente de otros bienes por una cantidad que corresponda a la diferencia que hay entre el valor económico de los bienes cuando se adquirieron y el momento de acordar el (de)comiso¹⁵⁶⁷.

Respecto al (de)comiso equivalente, en opinión de GARCÍA ARÁN, podría presentarse dos interpretaciones problemáticas: a) por una parte, tomar en consideración que las disposiciones europeas en que se basa el (de)comiso impropio o de valor equivalente suponen un paso más en la línea iniciada por el

¹⁵⁶⁶ AGUADO CORREA, Teresa, «Comiso: crónica de una reforma anunciada. Análisis de la propuesta de la Directiva sobre embargo y decomiso de 2012 y del proyecto de reforma del Código penal de 2013», *Indret*, enero 2014, Barcelona, pág. 15.

¹⁵⁶⁷ AGUADO CORREA, Teresa, «Comiso: crónica de una reforma anunciada», op. cit., págs.15-16.

comiso de ganancias, dirigidas a compensar el poder económico de la gran criminalidad, que ha sido trasladada a todo tipo de delito en la regulación general del (de)comiso. Desde este punto de vista, cabría aplicar el (de)comiso sólo en casos en que existía un enriquecimiento objetivamente peligroso, pero ello supone una interpretación material basada en los fundamentos tradicionales del comiso, sin que haya nada en el texto del art. 127.3 CP que favorezca dicha restricción, puesto que, precisamente, lo que se pretende ahí es extenderlo a todos los delitos; b) también se puede dar el caso de aplicarlo solo en casos en que el comiso originario se frustra por motivos imputables al sujeto, lo que tropieza con la referencia legal genérica a “cualquier circunstancia” y supone admitir un contenido punitivo que formalmente no tiene el (de)comiso¹⁵⁶⁸.

Sobre este último apartado del (de)comiso por valor equivalente, son de reconocer orientaciones basadas -no sólo- en determinados tipos de delincuencia grave y/u organizada que el CP español ha extendido a toda clase de delito. Y en el caso del (de)comiso por valor equivalente ello desnaturaliza la institución del (de)comiso en su concepción del CP 1995, recuperando características propias de las penas¹⁵⁶⁹. Sobre la aplicación o extensión a todos los delitos y no sólo los delitos especialmente graves como es el caso de la organización criminal o el terrorismo, consideramos esta expansión innecesaria.

2) Decomiso ampliado

El (de)comiso ampliado hace referencia a la posibilidad de decomisar bienes, efectos y ganancias procedentes no directamente del delito por el que el sujeto ha sido condenado, sino por ilícitos penales anteriores que no lo han sido, motivo por el cual, y al objeto de preservar la presunción de inocencia, el art. 127 *bis* establece una cautelosa regulación al respecto, especificando una serie tasada

¹⁵⁶⁸ GARCÍA ARÁN, Mercedes, en CÓRDOBA RODA, Juan / GARCÍA ARÁN, Mercedes (Dir.), *Comentarios al Código*, op. cit., págs. 958-959.

¹⁵⁶⁹ GARCÍA ARÁN, Mercedes, en CÓRDOBA RODA, Juan / GARCÍA ARÁN, Mercedes (Dir.), *Comentarios al Código*, op. cit., pág. 957.

de supuestos en los que ello es posible, perfilando los indicios sobre los que ha de sustentarse la inferencia de que dichos bienes, efectos y ganancias tienen un origen ilícito. De esta manera lo destaca el citado precepto indicando que el juez o tribunal ordenara también el decomiso de los bienes, efectos y ganancias pertenecientes a una persona condenada por alguno de los siguientes delitos cuando resuelva, a partir de los indicios objetivos fundados, que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva, y en consecuencia no se acredite su origen lícito¹⁵⁷⁰. En este sentido se hace mención en el inc. r) del art. 127 *bis* 1, delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal.

Ciertamente, el (de)comiso ampliado se basa en la presunción basada en ciertos indicios objetivos, algunos de los cuales quedan enumerados en el art. 127 *bis* 2, de que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva, al no haberse acreditado su origen lícito ni estar fiscalmente justificados, pero tal presunción no tiene por qué ser contraria a la presunción de inocencia, por cuanto que aquí rige la doctrina constitucional sobre la prueba indiciaria, perfectamente legítima, como la prueba directa, para desvirtuar aquella presunción¹⁵⁷¹.

El legislador se manifiesta sobre el (de)comiso ampliado en la Exposición de Motivos de la Reforma penal de 2015 explicando que el comiso ampliado permitirá a los jueces y tribunales, en los supuestos de condenas por delitos que normalmente generan una fuente permanente de ingresos, como ocurre con el tráfico de drogas, terrorismo o blanqueo de capitales, ordenar el decomiso de bienes y efectos del condenado procedentes de otras actividades delictivas, siempre que existan indicios objetivos fundados de la procedencia ilícita de los efectos decomisados¹⁵⁷².

¹⁵⁷⁰ TÉLLEZ AGUILERA, Abel, «El libro primero del Código penal tras la Ley Orgánica 1/2015», en *Diario La Ley*, nº 114, Sección Estudios, Mayo-Junio 2015, pág. 19.

¹⁵⁷¹ JAÉN VALLEJO, Manuel / PERRINO PÉREZ, Ángel Luis, «Recuperación de activos derivados del delito: un objetivo prioritario de la reforma penal», en *Diario La Ley*, nº 8545, Sección Doctrina, 22 de mayo de 2015, pág. 4.

¹⁵⁷² Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, (Preámbulo VIII).

El carácter imperativo del (de)comiso no obsta para afirmar que se trata de una medida controvertible en juicio, y de ahí la necesidad de que se someta expresamente a debate por parte del Ministerio fiscal. De no actuarse así, se estaría una sanción penal “sin previa acusación y sin previo sometimiento al principio de contradicción con olvido de la profunda significación que el sistema procesal penal constitucional el principio acusatorio como una de las manifestaciones más relevantes de la proscripción de toda indefensión proclamada en el art. 24.1 CE (STC 123/1995, FJ. 3)”¹⁵⁷³.

El art. 127 *bis.2* CP se refiere a la prueba indiciaria que puede ser considerada para tener la presunción de la procedencia ilícita de los objetos a partir de indicios objetivos fundados, que también admite prueba en contrario. A estos efectos, el apartado 2 determina que examinarán, especialmente, entre otros los presentes indicios¹⁵⁷⁴:

1) la desproporción entre el valor de los bienes y efectos de que se trate y los ingresos de origen lícito de la persona condenada. 2) la ocultación de la titularidad o de cualquier poder de disposición sobre los bienes o efectos mediante la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, o paraísos fiscales o territorios de nula tributación que oculten o dificulten la verdadera determinación titularidad de los bienes.

El Tribunal Supremo se manifiesta sobre la prueba indiciaria y menciona dos tipos de delitos relacionados con la organización criminal -como el blanqueo de capitales y tráfico de drogas- sobre los cuales se aplica el decomiso, estableciendo lo siguiente:

¹⁵⁷³ AGUADO CORREA, Teresa, «Comiso: crónica de una reforma anunciada», op. cit., pág. 21. / También de manera más precisa *Vid.* AGUADO CORREA, Teresa, *El comiso*, op. cit., págs. 91-92.

¹⁵⁷⁴ ROIG TORRES, Margarita, «La regulación del comiso», op. cit., pág. 248.

(...) En relación a la primera circunstancia, es decir del origen ilícito, hay que tener en cuenta que esta procedencia ilícita puede quedar acreditada mediante prueba indirecta o indiciaria, y que la demostración del origen criminal –presupuesto imprescindible para decretar el comiso- no requiere identificación de las concretas operaciones delictivas, bastando a tales efectos que quede suficientemente probada la actividad delictiva de modo genérico. Así lo ha entendido esta sala en el delito de blanqueo respecto del delito antecedente o determinante (...)¹⁵⁷⁵.

El artículo 374 CP, que es norma especial en relación con la general del decomiso del artículo 127, se refiere a dicha consecuencia en materia de tráfico de drogas con un alcance omnicompreensivo que abarca desde las propias sustancias tóxicas, estupefacientes o psicotrópicas, los equipos materiales y sustancias a que se refiere el artículo 371, vehículos, buques, aeronaves y cuantos bienes y efectos, de cualquier naturaleza que sean, hayan servido de instrumento para la comisión de cualquiera de los delitos previstos en los artículos anteriores (368 a 373), o provengan de los mismos, así como las ganancias de ellos obtenidas, cualesquiera que sean las transformaciones que hayan podido experimentar, con una excepción, que también reproduce el artículo 127, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito, añadiendo el precepto mencionado en segundo lugar que los haya adquirido legalmente (...)¹⁵⁷⁶. Con la Reforma penal las adquisiciones de bienes o

¹⁵⁷⁵ Continúa la Sentencia: Respecto a la probanza de dicha procedencia, no puede pretenderse que lo sea en los mismos términos que el hecho descubierto y merecedor de la condena, sino que, por el contrario, esa prueba necesariamente debe ser de otra naturaleza y versar de forma genérica sobre la actividad desarrollada por el condenado (o titular del bien decomisado) con anterioridad a su detención o a la operación criminal detectada. Prueba indiciaria que podrá consistir en las investigaciones policiales sobre que el acusado venía dedicándose desde hacía tiempo a la actividad por la que en fin fue condenado, en que el bien cuyo comiso se intenta haya sido adquirido durante ese periodo de tiempo en que el condenado se venía dedicando, en términos de sospecha racional, a la actividad delictiva en cuestión; en que el bien a decomisar no haya tenido una financiación lícita y acreditada, o, lo que es lo mismo, la inexistencia de patrimonio, ventas, negocios o actividades económicas capaces de justificar el incremento patrimonial producido, etc... Probados estos datos indiciarios y puestos en relación unos con otros, podrá entenderse acreditada la procedencia ilícita del bien hallado en poder del condenado, aunque no procede propiamente de la operación descubierta y por la que se le condena, pudiendo, en consecuencia ser objeto de comiso como ganancia procedente del delito. *Vid.* STS 228/2013, de 22 de marzo, (ROJ: STS 1919/2013), Fundamento de Derecho (Décimo Octavo).

¹⁵⁷⁶ Continúa la Sentencia: En segundo lugar, también es posible el decomiso cuando los bienes objeto del mismo han sido adquiridos en un tiempo anterior al acto de tráfico de drogas que se enjuicia siempre que los medios utilizados para su adquisición tengan su origen en actividades de narcotráfico anteriores, como también sucede en el presente caso según el "factum", del que debemos necesariamente partir (...) *Vid.* STS 1030/2003, de 15 de julio, (Roj: STS 5022/2003), Fundamento de Derecho (Primero).

efectos por un tercero de buena fe, se ponen en cuestión el límite antes trazado por el anterior Código penal, sobre terceras personas que adquieren los bienes o efectos o ganancias de buena fe y que nada tienen que ver con el delito.

Consideramos que es viable la aplicación del decomiso ampliado en delitos de organización criminal, como en los casos anteriormente mencionados por el Tribunal Supremo. Pero también debemos manifestar que el delito de organización debería tener su propia aplicación del decomiso no de manera genérica, sino de manera especial, esto debido a la propia naturaleza de este tipo delictivo, resultaría muy útil una aplicación del decomiso orientada específicamente contra la delincuencia organizada, porque como hemos podido apreciar en el desarrollo de la investigación el decomiso sería una herramienta muy útil y perfectamente encajaría con la lucha económica que se puede plantear contra este fenómeno delictivo.

Continuando sobre la prueba indiciaria del art. 127 *bis*.2 CP, se debe tener en cuenta que podrá establecerse de forma lógica la vinculación entre el patrimonio y la actividad delictiva imputada al sujeto. Sin embargo, no cabe establecer en este campo inversiones de las reglas de la prueba, sin con ello se pretende una posición extrema en el sentido de que en todo caso en que el sujeto no pueda ofrecer prueba sobre el origen del patrimonio se entiende que éste tiene una procedencia ilícita. No debe confundirse dinero negro con dinero de origen lícito, y la intervención penal sólo procede, por medio del instituto de la confiscación, cuando se trata de bienes que constituyen el provecho económico de un delito, no de cualquier otra fuente, aunque no pueda identificarse. Por ello, en realidad, cuando se proponen soluciones tendentes a la inversión de la carga de la prueba probablemente no se pretendan estas consecuencias radicales, sino que se está haciendo referencia a una cuestión distinta, como es la de que el juez

pueda llegar a la convicción del origen ilícito de un patrimonio por medio del juicio de inferencia en que consiste la prueba de indicios¹⁵⁷⁷.

En consecuencia, no estaría legitimada la presunción de ilicitud como presupuesto de la medida confiscatoria, pues la confiscación -en opinión de CHOCLÁN MONTALVO- tiene evidentemente naturaleza sancionatoria pero ello no afecta a las posibilidades que tiene el juez penal para declarar la procedencia ilícita, previo razonamiento conforme a los indicios presentados por la acusación. En otras palabras, correspondería a la acusación la carga de la prueba sin que pueda invertirse contra el acusado; pero a su vez, la prueba del origen ilícito se ve facilitada por la admisión de la prueba de indicios¹⁵⁷⁸.

Al respecto, MANZANARES SAMANIEGO considera que es un atentado contra la seguridad jurídica¹⁵⁷⁹, además de que todo queda en una nebulosa donde el derecho de defensa se esfuma a favor de una confiscación basada en presunciones. Y que esto tiene como consecuencia reproches de anticonstitucionalidad¹⁵⁸⁰. De igual manera se manifiesta en contra la presunción de procedencia ilícita -de los bienes, efectos o ganancias- GARCÍA ARÁN, para quien en el proceso penal español la presunción de inocencia impide la inversión de la carga de la prueba, presunción de ilicitud del patrimonio no puede admitirse sin más, por lo que no es suficiente la mera desproporción cuantitativa entre el patrimonio y los ingresos legales, sobre todo, porque ello es inaplicable cuando no se tienen¹⁵⁸¹; además se debe tener en cuenta el art. 3.2 de la DM

¹⁵⁷⁷ CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *El patrimonio criminal: comiso y pérdida de la ganancia*, Dykinson, Madrid, 2001, págs. 34-35

¹⁵⁷⁸ CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *El patrimonio criminal*, op. cit. pág. 35

¹⁵⁷⁹ MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, «Comentarios a la reforma de la parte general del Código Penal conforme al nuevo anteproyecto de Ley Orgánica (y IV): de la responsabilidad civil, las costas las consecuencias accesorias y la extinción de la responsabilidad criminal (artículos 109ª 137)», en *Diario La Ley*, nº 8003, Sección Doctrina, enero 2013, pág. 3.

¹⁵⁸⁰ MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, «Comentarios a la reforma de la Parte general», op. cit., pág. 3.

¹⁵⁸¹ GARCÍA ARÁN, Mercedes, en CÓRDOBA RODA, Juan / GARCÍA ARÁN, Mercedes (Dir.), *Comentarios al Código*, op. cit., pág. 967.

2005/212/JAI del consejo¹⁵⁸², ya que el órgano tiene que estar plenamente convencido de la procedencia ilícita, basando se en hechos concretos, y que no cabría reducir a la cuantía económica del afectado. Se puede entender el rechazo por parte de la doctrina, sobre el decomiso, pero se ha de entender que este tipo de decomiso y es aplicado a una mezcla de delitos y precisamente esa amplitud hace que se produzcan críticas en este sentido. Pero aquí se defiende la postura de una aplicación especial en el caso de la organización criminal, que nada tiene que ver con delitos comunes o si acaso individuales.

Hasta aquí se puede observar que el Código penal de manera expresa en lo que se refiere al decomiso ampliado, toma como válida la prueba indiciaria para de esta manera afirmar la raíz delictiva de los bienes y el consiguiente decomiso que es conforme la doctrina precedente¹⁵⁸³. Aunque cabe resaltar que queda abierta la posibilidad al condenado por un delito previsto en el apartado 1 del art. 127 *bis* del CP le corresponde, por consiguiente, enervar la “prueba de presunciones” presentando en su descargo pruebas acreditativas de la legitimidad de su origen¹⁵⁸⁴. En consecuencia la presunción contenida en el citado artículo, permitiría que se pueda decomisar, en principio, todo el patrimonio del sujeto siempre que no tenga ingresos legales y no se pruebe el carácter lícito de los mismos. En todo caso, ciertamente el límite de dicho decomiso vendría limitado por los apartados 4 y 5 del art. 127¹⁵⁸⁵.

¹⁵⁸² Dicho artículo 3.2 establece: “un órgano jurisdiccional nacional, basándose en hechos concretos, está plenamente convencido de que los bienes de que se trata provienen de actividades delictivas desarrolladas por la persona condenada durante un período anterior a la condena se tenga constancia de que el valor de la propiedad es desproporcionado con respecto a los ingresos legales de la persona condenada y un órgano judicial nacional, basándose en hechos concretos” Cfr. DECISIÓN MARCO 2005/212/JAI, relativa al comiso de productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito, *Diario Oficial de la Unión Europea*, 2005 (art. 3.2)

¹⁵⁸³ ROIG TORRES, Margarita, «La regulación del comiso», op. cit., pág. 251.

¹⁵⁸⁴ AGUADO CORREA, Teresa, «Comiso: crónica de una reforma anunciada», op. cit., pág. 32.

¹⁵⁸⁵ Dichos apartados del art. 127 *bis* textualmente establecen: “4. Si posteriormente el condenado lo fuera por hechos delictivos similares cometidos con anterioridad, el juez o tribunal valorará el alcance del decomiso anterior acordado al resolver sobre el decomiso en el nuevo procedimiento. 5. El decomiso a que se refiere este artículo no será acordado cuando las actividades delictivas de las que provengan los bienes o efectos hubieran prescrito o hubieran sido ya objeto de un proceso penal resuelto por sentencia absolutoria o resolución de sobreseimiento con efectos de cosa juzgada”.

Por su parte, con razón advierte HAVA GARCÍA que el (de)comiso ampliado en los delitos de grupo criminal puede distorsionar la eficacia de una medida que va dirigida esencialmente contra la lucha contra la delincuencia organizada. Y para no caer en error de aplicar el (de)comiso ampliado a cualquier forma de coautoría, deberá entender excluido del concepto de “grupo criminal” aquellos de mero acuerdo ocasional o transitorio, carentes por completo de un mínimo de organización dirigida no ya a la comisión de un delito concreto, sino al despliegue de actividades delictivas¹⁵⁸⁶.

3) Decomiso sin Sentencia

Con la Reforma Penal de 2015 se introducen novedades en el decomiso no basado en condena propiamente en el art. 127 *ter*, que respondería a las demandas internacionales de previsión del mismo, con el fin de luchar eficazmente contra la delincuencia organizada y, en particular, contra la corrupción¹⁵⁸⁷. El (de)comiso sin sentencia establece la posibilidad de acordar judicialmente cualquiera de las modalidades de decomiso, específicamente el decomiso básico o basado en una condena y el ampliado, en los casos mencionados en el art. 127 *ter*¹⁵⁸⁸ del Código penal.

¹⁵⁸⁶ HAVA GARCÍA, Esther, «Comiso (art. 127 y disposición final sexta)», en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier / GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, *Comentarios a la Reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 160.

¹⁵⁸⁷ AGUADO CORREA, Teresa, «Comiso: crónica de una reforma anunciada», op. cit., pág. 38.

¹⁵⁸⁸ El artículo 127 *ter* CP establece: “1. El juez o tribunal podrá acordar el decomiso previsto en los artículos anteriores aunque no medie sentencia de condena, cuando la situación patrimonial ilícita quede acreditada en un proceso contradictorio y se trate de alguno de los siguientes supuestos: a) Que el sujeto haya fallecido o sufra una enfermedad crónica que impida su enjuiciamiento y exista el riesgo de que puedan prescribir los hechos, b) se encuentre en rebeldía y ello impida que los hechos puedan ser enjuiciados dentro de un plazo razonable, o c) no se le imponga pena por estar exento de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido. 2. El decomiso al que se refiere este artículo solamente podrá dirigirse contra quien haya sido formalmente acusado o contra el imputado con relación al que existan indicios racionales de criminalidad cuando las situaciones a que se refiere el apartado anterior hubieran impedido la continuación del procedimiento penal”.

Para HAVA GARCÍA, dicho artículo contiene evidentes violaciones del principio de presunción de inocencia¹⁵⁸⁹. De igual manera, AGUADO CORREA entiende que el comiso ampliado solo debería acordarse cuando haya una persona condenada y no así contra un acusado o imputado, ya que esto -en su opinión- estaría vulnerando el principio de presunción de inocencia y proporcionalidad¹⁵⁹⁰.

Por otro lado, en la Exposición de Motivos de la Reforma 2015 se hace alusión al (de)comiso sin condena, explicando que dicho instrumento legislativo no vulnera ninguna garantía o principio constitucional, en este sentido expresa lo siguiente: (...) tradicionalmente el decomiso del producto del delito ha estado vinculado a la existencia de una condena previa (penal) por el delito cometido. Con este punto de partida, se había afirmado que un (de)comiso sin condena es necesariamente contrario al derecho a la presunción de inocencia, pues autoriza el decomiso de efectos procedentes de un delito que no ha sido probado y por el que no se ha impuesto ninguna condena. Sin embargo, tal interpretación solamente viene determinada por un análisis del decomiso apegado a la regulación tradicional del mismo, y desconoce que, como ha afirmado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el (de)comiso sin condena no tiene una naturaleza propiamente penal, pues no tiene como fundamento la imposición de una sanción ajustada a la culpabilidad por el hecho, sino que «es más comparable a la restitución del enriquecimiento injusto que a una multa impuesta bajo la ley penal» pues «dado que el decomiso se limita al enriquecimiento (ilícito) real del beneficiado por la comisión de un delito, ello no pone de manifiesto que se trate de un régimen de sanción» (Decisión 696/2005, Dassa Foundation vs. Liechtenstein) (...) ¹⁵⁹¹.

Afirma AGUADO CORREA que nos encontramos ante un decomiso no basado en condena “descafeinado”, puesto que además ha de exigirse la

¹⁵⁸⁹ HAVA GARCÍA, Esther, «La nueva regulación del comiso», en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, (Dir.), *Comentario a la Reforma penal de 2015*, Aranzadi, Navarra, 2015, pág. 220.

¹⁵⁹⁰ AGUADO CORREA, Teresa, «Comiso: crónica de una reforma anunciada», op. cit., pág. 22.

¹⁵⁹¹ Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, (Preámbulo VIII).

existencia de un sospechoso o acusado. En relación con una infracción que pueda dar lugar, directa o indirectamente a una ventaja económica, y en los que dichos procedimientos podían haber inducido a una resolución penal condenatoria si el sospechoso o acusado hubiera podido comparecer en juicio, exigencia ésta que, como puso en manifiesto en su día la agencia europea de derechos humanos, significa que lo que justifica el decomiso no basado en condena es una “prognosis del tribunal”¹⁵⁹². Ciertamente tendría un carácter subsidiario e incluso de *ultima ratio* en relación con el comiso básico o con condena.

El ámbito de aplicación del decomiso sin condena gira en función a tres supuestos. El primero de ellos es constituido por el caso en que el sujeto haya fallecido o sufra una enfermedad crónica. El término enfermedad debe entenderse en el sentido de la imposibilidad del sospechoso o acusado de comparecer en el proceso penal durante un periodo prolongado de tiempo, y ello conlleva como consecuencia que el procedimiento no pueda proseguir en condiciones normales¹⁵⁹³.

El segundo supuesto es representado por la hipótesis en que el sujeto se encuentre en rebeldía, y a su respecto expresa MANZANARES SAMANIEGO que “lo del sospechoso en rebeldía merecería alguna reconsideración por que el prelegislador parece haberse precipitado un poco”¹⁵⁹⁴.

Por último, cuando no se le imponga pena por estar exento de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguida. En todo caso, el

¹⁵⁹² AGUADO CORREA, Teresa, «La Directiva 2014/42/UE Sobre embargo y decomiso en la Unión Europea: Una solución de compromiso a medio camino», en *Revista General de Derecho Europeo*, nº 35, 2015, pág. 16.

¹⁵⁹³ AGUADO CORREA, Teresa, «La Directiva 2014/42/UE sobre embargo», op. cit. pág. 18.

¹⁵⁹⁴ Previamente indica: “se olvida que la rebeldía propiamente dicha se circunscribe al proceso en el art. 834 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, bien entendido que las requisitorias sólo se extienden en su art. 835 a los detenidos o presos que se fugan del establecimiento en que se encuentran, y a quienes, hallándose en libertad provisional, dejen de concurrir a la presencia judicial cuando proceda”. *Vid.* MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, «Comentarios a la reforma de la Parte general», op. cit., pág. 5.

(de)comiso sin condena solo cabe contra quien ha sido formalmente acusado o imputado, a diferencia de lo establece la Directiva 2014/42/UE¹⁵⁹⁵, que se refiere al sospecho o acusado, cuando se haya incoado un procedimiento penal¹⁵⁹⁶.

4.- Decomiso de bienes de terceros

La constatación de que cada vez con más frecuencia los sospechosos o acusados transfieren activos de origen delictivo a terceros con su conocimiento con el fin de evitar el (de)comiso, y las la falta de normas vinculantes sobre el decomiso de bienes transferidos a terceros hacen necesaria la previsión de esta modalidad de decomiso¹⁵⁹⁷.

Tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, en el ordenamiento penal eran objeto de decomiso todos los bienes, medios, instrumentos, efectos o ganancias procedentes directa o indirectamente de la comisión de un delito o falta, con una única limitación, derivada del necesario respeto a la seguridad jurídica: que dichos bienes no pertenecieran a un tercero de buena fe no responsable del delito que los hubiera adquirido legalmente¹⁵⁹⁸. Como se indicó, el límite a la aplicación del comiso venía determinado subjetivamente por la pertenencia de los bienes a terceros de buena fe. Es decir, que para aplicar esta excepción no bastaba con que el adquirente no haya participado en el delito que sirva de referencia a la medida, sino que además debe haber adquirido los bienes

¹⁵⁹⁵ Dicha Directiva indica: “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para posibilitar el decomiso de productos del delito u otros bienes cuyo valor corresponda a productos que, directa o indirectamente, hayan sido transferidos a terceros por un sospechoso o un acusado, o que hayan sido adquiridos por terceros de un sospechoso o un acusado, al menos cuando esos terceros tuvieran o hubieran debido tener conocimiento de que el objetivo de la transferencia o adquisición era evitar el decomiso, basándose en hechos y circunstancias concretas, entre ellas la de que la transferencia o adquisición se haya realizado gratuitamente o a cambio de un importe significativamente inferior al valor de mercado” Cfr. DIRECTIVA 2014/42/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y el producto del delito en la Unión Europea*, Diario Oficial de la Unión Europea, 2014. (art. 6.1).

¹⁵⁹⁶ ROIG TORRES, Margarita, «La regulación del comiso», op. cit., pág. 262.

¹⁵⁹⁷ AGUADO CORREA, Teresa, «La Directiva 2014/42/UE sobre embargo», op. cit. págs. 23-24.

¹⁵⁹⁸ HAVA GARCÍA, Esther, «La nueva regulación», op. cit., pág. 221.

legalmente¹⁵⁹⁹. Ahora esta situación de adquisición legal de buena fe se pone en duda.

En lo que concierne a la Reforma penal de 2015, se ha producido una ampliación del alcance del (de)comiso, en este sentido se ha decidido reducir el ámbito tradicionalmente otorgado al “tercero de buena fe” introduciendo una serie de presunciones destinadas a dificultar, precisamente, la prueba de esa buena fe¹⁶⁰⁰. En consecuencia, a la vista de estos cambios, se puede afirmar que en la regulación del (de)comiso de bienes de terceros se ha concedido una primacía absoluta a la eficacia frente a las garantías¹⁶⁰¹. Resultaría también de vital importancia que en la búsqueda de asegurar la eficacia de este (de)comiso de terceros, que también se pueda acordar sobre personas jurídicas, motivo por el cual en el considerando 24 de la Directiva prevé que “las normas sobre el decomiso de bienes de terceros deben extenderse tanto a personas físicas como jurídicas”¹⁶⁰².

Así pues, cuando se condene por uno de los delitos clasificados en el art. 127 *bis* CP, se podrán decomisar bienes, efectos y ganancias procedentes de actividades delictivas distintas al hecho sancionado, incluso aunque hayan pasado a propiedad de un tercero y si no es posible recuperarlos se le podrá imponer una cantidad económica por su valor. También cabe esta opción aunque

¹⁵⁹⁹ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo., en ARROYO ZAPATERO, L. / BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. / FERRÉ OLIVÉ, J.C. / GARCÍA RIVAS, N. / SERRANO PIEDECASAS, J.R. / TERRADILLOS BASOCO, J. M^a (Dir.), *Comentarios al Código penal*, Iustel, Madrid, 2007, pág. 328.

¹⁶⁰⁰ HAVA GARCÍA, Esther, «La nueva regulación», op. cit., pág. 221.

¹⁶⁰¹ AGUADO CORREA, Teresa, «La Directiva 2014/42/UE sobre embargo», op. cit. pág. 24.

¹⁶⁰² AGUADO CORREA, Teresa, «La Directiva 2014/42/UE sobre embargo», op. cit. pág. 26. / Dicha Directiva en la parte que nos interesa, el Considerando 24 textualmente: “Ese decomiso debe ser posible al menos en aquellos casos en que los terceros tuvieran o hubieran debido tener conocimiento de que el objetivo de la transferencia o adquisición era evitar el decomiso, basándose en hechos y circunstancias concretas, entre ellas la de que la transferencia se haya realizado gratuitamente o a cambio de un importe significativamente inferior al valor de mercado. Las normas sobre decomiso de bienes de terceros deben extenderse tanto a personas físicas como jurídicas”. *Vid.* DIRECTIVA 2014/42/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y el producto del delito en la Unión Europea*, Diario Oficial de la Unión Europea, 2014.

no haya recaído sentencia condenatoria en las situaciones del art. 127 *ter*¹⁶⁰³. Sobre el segundo supuesto para el decomiso de bienes de terceros, la tradicional referencia a la buena fe del tercero se sustituye por una trabajosa redacción a cuyo tenor lo que interesa para acordar este comiso es que “el tercero adquirente hubiera conocido o hubiera tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, que se trataba de bienes precedentes de una actividad ilícita o que eran transferidos para evitar su decomiso”. No se trata de que el tercero adquirente conociese efectivamente esas circunstancias, ni siquiera de que sospechase de su existencia, pues bastan los motivos para sospechar¹⁶⁰⁴. Desde luego, si el tercero al adquirir el bien no era consciente de su procedencia ilícita y ha pagado el precio debido, disponiendo después de él al desconocer esa circunstancia, parece desmedido imponerle el pago de una cuantía equivalente. Aunque como digo el legislador ha querido eludir la prueba de la mala fe cuando las circunstancias reflejen el origen ilegal¹⁶⁰⁵.

Brevemente aludiremos a los nuevos artículos 127 *quinquies* y *sexies*, que establecen otro régimen de comiso ampliado, en cuya virtud podrá acordarse también el decomiso de los bienes, efectos y ganancias provenientes de la actividad delictiva cuando concurren cumulativamente los siguientes requisitos, que son enumerados en el primer apartado del art. 127 *quinquies*: a) que el sujeto sea o haya sido condenado por algunos de los delitos enumerados en el art. 127 bis 1; b) que el delito haya sido cometido en el contexto de una actividad delictiva previa continuada; c) que existan indicios fundados de que una parte relevante del patrimonio del penado procede de una actividad delictiva previa¹⁶⁰⁶.

El art. 127 *quinquies* marca a su vez diferencia con el art. 127 *bis* CP, ya que el primer precepto recoge una medida de carácter potestativo -y no así imperativo-, de manera que el órgano judicial puede decidir no aplicarla aun

¹⁶⁰³ ROIG TORRES, Margarita, «La regulación del comiso», op. cit., pág. 263.

¹⁶⁰⁴ MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, «Comentarios a la reforma de la Parte general, op. cit., pág. 6.

¹⁶⁰⁵ ROIG TORRES, Margarita, «La regulación del comiso», op. cit., pág. 264.

¹⁶⁰⁶ HAVA GARCÍA, Esther, «La nueva regulación», op. cit., pág. 218.

concurriendo todos los supuestos citados en el artículo. De esta manera, primero se precisa que los bienes procedan de una actividad delictiva previa continuada¹⁶⁰⁷. Habrá que entender entonces que se entiende por actividad delictiva continuada y, segundo que el hecho objeto del proceso ha sido cometido en el contexto de dicha actividad. Para esto basta que el sujeto haya sido condenado por alguno de los delitos del 127 *bis* CP, pero dicha sentencia puede haber recaído en un procedimiento anterior, de manera que la condena actual puede serlo de otro hecho distinto¹⁶⁰⁸. El apartado segundo del 127 *quinquies* 2.a CP obliga a entender que el delito objeto del comiso ampliado se ha cometido en el contexto de una actividad delictiva continuada, cuando el sujeto sea o haya sido condenado por tres o más delitos de los cuales les resulten beneficios económicos directos o indirectos¹⁶⁰⁹. La exigencia de un número de condenas despierta la duda relativa a que, si ya hubo sentencias por esos ilícitos que se citan, lo normal sería que se haya decretado el comiso¹⁶¹⁰. Al respecto, de manera crítica, HAVA GARCÍA manifiesta que existen pocas alternativas interpretativas para, por un lado, diferenciar este régimen del comiso ampliado art.127 *bis*, y por otro, asegurar que cada uno tenga su propio ámbito de aplicación, de modo que puedan subsistir en la práctica de un modo racional.

Por último, en los artículos 127 *septies* y 127 *octies* se recogen medidas dirigidas a hacer efectivo el decomiso. En el primero se faculta al juez o tribunal para confiscar bienes, incluso si estos son de origen lícito, de los responsables penales, cuando la medida no haya sido posible en todo o en parte, ya sea, por la naturaleza o situación de los bienes, efectos o ganancias, o por cualquier otra circunstancia, o si su valor es inferior al que tenían al momento de su adquisición¹⁶¹¹. Sobre el destino de lo decomisado, el art. 127 *octies* establece que los decomisado será adjudicado al Estado, a quien le corresponde darle

¹⁶⁰⁷ ROIG TORRES, Margarita, «La regulación del comiso», op. cit., pág. 253.

¹⁶⁰⁸ ROIG TORRES, Margarita, «La regulación del comiso», op. cit., pág. 255.

¹⁶⁰⁹ HAVA GARCÍA, Esther, «La nueva regulación», op. cit., pág. 219.

¹⁶¹⁰ ROIG TORRES, Margarita, «La regulación del comiso», op. cit., pág. 255.

¹⁶¹¹ ROIG TORRES, Margarita, «La regulación del comiso», op. cit., pág. 265.

destino que se disponga legal o reglamentariamente, salvo que tengan que ser destinados al pago de indemnizaciones a las víctimas¹⁶¹².

B) El decomiso como instrumento de lucha contra la criminalidad organizada

Es tal la importancia que el comiso de ganancias está adquiriendo que se puede afirmar que la época en el que el comiso únicamente jugaba un papel destacado en el seno de la legislación de contrabando está superada. Incluso ha dejado de ser un medio de investigación para convertirse en una sanción independiente de creciente importancia en la lucha contra la delincuencia organizada¹⁶¹³. De esta manera, se convierte el (de)comiso en una herramienta desde nada desdeñable para dotar de una mayor eficacia a la erradicación de la criminalidad organizada, al producir un efecto disuasorio y cumplir una función recaudatoria de fondos reciclables en recursos materiales y humanos al servicio del Estado de Derecho. Incidiendo en el principio de que «el delito no compense» y teniendo en cuenta que la criminalidad organizada existe y actúa esencialmente por y para una finalidad lucrativa¹⁶¹⁴.

Al respecto, DE LA CUESTA ARZAMENDI indica que el *decomiso* de bienes constituye un instrumento útil para atacar a las ganancias ilícitas y reducir a la base operativa de las asociaciones criminales, si bien conviene intensificar los estudios e investigaciones dirigidos a evaluar con mayor precisión su eficacia como instrumento de lucha contra el crimen organizado¹⁶¹⁵.

¹⁶¹² AGUADO CORREA, Teresa, «Embargo preventivo y comiso», op. cit., pág. 309.

¹⁶¹³ AGUADO CORREA, Teresa, *El comiso*, op. cit., pág. 67.

¹⁶¹⁴ ZÁRATE CONDE, Antonio, «Consideraciones acerca de la nueva regulación del comiso», op. cit., pág. 2.

¹⁶¹⁵ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luís, «Principales lineamientos político-criminales de la Asociación Internacional de Derecho penal en un mundo globalizado», en *Eguzkilore: Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología*, nº 20, San Sebastián, Diciembre 2006, pág. 10. (cursivas son nuestras)

Dicho esto, lo que se tiene que tener muy presente es que con el (de)comiso de las ganancias provenientes de la criminalidad organizada no se pretende únicamente decomisar la ganancia obtenida a través de la comisión de un único hecho para evitar el enriquecimiento, sino que, lo que pretende, fundamentalmente, es evitar el peligro que para la sociedad representa la utilización de dichas ganancias en la destrucción del sistema económico y la estructura política de un país¹⁶¹⁶. De ahí la importancia que tiene el (de)comiso como instrumento de combate contra la criminalidad organizada.

Por otro lado, se trata en definitiva de evitar que dichas ganancias sean utilizadas para cometer otros delitos, o para corromper, o bien evitar que se reinviertan en el círculo económico del país para integrarlas de nuevo en el sistema financiero. Dicho lo cual, con la supresión de estas ganancias no solo se pretende conseguir un efecto preventivo especial, sino además, lo que se pretende es que tenga un efecto preventivo general, es decir, que se transmita a los delincuentes la idea de que a través de la comisión de estos hechos delictivos no van a enriquecerse¹⁶¹⁷. No se tiene que olvidar que la lucha contra delincuencia organizada no hay que acometerla únicamente a través de las sanciones, sino que debe realizarse igualmente a través de unas incriminaciones penales acordes con el fenómeno en cuestión y, sobre todo, a través, de una política eficaz de prevención¹⁶¹⁸.

Sobre la compatibilidad del (de)comiso con la culpabilidad y con la presunción de inocencia, el Tribunal Constitucional Alemán indicó que el fin del (de)comiso es corregir la perturbación del ordenamiento jurídico que genera el incremento del patrimonio a través de la comisión de delitos. No pretende desapropiar ni castigar un comportamiento antijurídico, sino impedir que persista en el futuro una perturbación del ordenamiento jurídico producida en el pasado. Persigue un objetivo preventivo, evitando la reinversión de las ganancias de

¹⁶¹⁶ AGUADO CORREA, Teresa, *El comiso*, op. cit., pág. 69.

¹⁶¹⁷ AGUADO CORREA, Teresa, *El comiso*, op. cit., págs. 70-71.

¹⁶¹⁸ AGUADO CORREA, Teresa, *El comiso*, op. cit., pág. 75.

origen delictivo por parte de las organizaciones criminales, con lo que se basa en el correspondiente pronóstico de peligrosidad. También tiene una finalidad preventivo general, pues persigue el reducir el incentivo a la comisión de delitos que supone la obtención de ganancias. Complementa así la función de la pena, cuya eficacia resultaría cuestionada si pese a su imposición las ganancias del hecho se mantuvieran en manos del delincuente. Privando a los delincuentes de su ganancia, se les envía un mensaje (también a toda la sociedad) en el sentido de que el enriquecimiento penalmente ilícito no es tolerable y que el delito no es una actividad lucrativa¹⁶¹⁹.

El (de)comiso de las ganancias ilícitas en el ámbito de la criminalidad organizada debe regirse por unos principios parcialmente distintos, sobre todo, en lo que se refiere a la carga de la prueba sobre el origen de los bienes que posea una persona condenada por un delito relacionado con la organización criminal. No estaría de más que, para estos casos, se previese una especie de inversión de la carga de la prueba de la certificación de origen, de manera que si corresponde al autor acreditar la procedencia lícita de los bienes. En definitiva, una facilitación de la prueba muy cercana a una inversión parcial de la carga de la prueba¹⁶²⁰.

¹⁶¹⁹ BLANCO CORDERO, Isidoro, «Comiso ampliado y presunción de inocencia», en PUENTE ALBA, Luz María, (Dir.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración retos contemporáneos de la Política criminal*, Comares, Granada, 2008, pág. 94.

¹⁶²⁰ AGUADO CORREA, Teresa, «Regulación del comiso en el Proyecto de modificación del Código penal», en *RECPC* 05-04, 2003, pág. 11.

CONCLUSIONES

1) La organización criminal se ha valido de la globalización para dar un salto cualitativo a la vez que cuantitativo, que le permite aprovechar la permeabilidad de los Estados y poder expandirse internacionalmente, de manera que se erige como un problema no de un solo Estado sino para el conjunto de Estados. Todos aquellos adelantos tecnológicos, transferencias de mercancías, intercambios comerciales y flujo de personas, y demás factores transnacionales, crean un ambiente propicio para el desarrollo de la criminalidad organizada a la que denominaríamos “sofisticada”, ya que como evidenciamos muchos de sus integrantes son gente preparada -profesionales- en distintas áreas, lo que facilita la comisión delictiva en distintos países, esto lo convierte en un problema internacional.

2) El Derecho penal debe responder al espíritu de su época. En esta línea la teoría funcionalista-normativa plantea nuevas formas de combate contra determinados tipos delictivos que por su naturaleza delictiva constituyen un eminente peligro para la sociedad y que exigen una respuesta penal acorde a la magnitud y fisonomía delictiva de la organización criminal. Ahora bien esta figura delictiva, lejos de ser nueva, es ya una vieja conocida en el Derecho penal español. Pero esa no es la razón por la que se convirtió en nuestro objeto de estudio, sino que lo ha sido por las nuevas formas de comisión delictiva de la misma, que aunque mantienen viejas tradiciones internas de disciplina -como la intimidación, violencia y otros- debido su capacidad de adaptación, se han manifestado en distintas formas organizativas o estructurales, que se adecuan al contexto social internacional, que se reinventan constantemente. La versatilidad de la estructura y capacidad de adaptación de este fenómeno criminal posibilita, a

su vez, la proyección y comisión de diversos delitos. Entre los tipos de delitos cometidos por las organizaciones criminales figuran el tráfico de drogas, el tráfico de armas, el blanqueo de capitales, la trata de seres humanos y otros.

3) La posibilidad de uniformizar un concepto de organización criminal se muestra esencial para poder contrarrestar este tipo delictivo. En tal sentido, los organismos internacionales como la ONU y la UE han dirigido sus esfuerzos en la búsqueda potenciales conceptos que permitan identificar este fenómeno delictivo. Del estudio en el aspecto comparado de las legislaciones, se puede advertir que cada país lo tipifica a su manera, aunque asuman básicamente los parámetros de los organismos internacionales. En este sentido consideramos que, más que un concepto, se deberían identificar directrices o pautas que nos permitan establecer cuándo una concreta conducta organizativa es constitutiva de una organización criminal y cuándo no.

4) Sobre el aspecto comparativo entre la organización criminal, las asociaciones ilícitas y el grupo criminal, contemplados por el Código penal, destacamos que existe un conflicto interpretativo entre el art. 570 *bis* y el art. 515.1º, que mencionan a asociaciones u organizaciones que se constituyan para cometer delitos, aspecto que consideramos sería propio de la organización criminal y que debería ser suprimido en el art. 515.1º. Se complica un tanto la delimitación típica en relación con el grupo criminal del art. 570 *ter*, ya que ambos comparten características que el propio Código les confiere, como la naturaleza delictiva, la existencia de una pluralidad de personas que interactúan entre sí, y la finalidad delictiva. Aunque el aspecto diferencial más evidente estaría representado por el carácter estable o indefinido que posee la organización criminal y del que carece el grupo criminal, además de la compleja división de trabajo existente en la organización criminal y que en el caso del grupo criminal es muy relativa y en su caso mínima. Asimismo, la determinación de la delimitación del grupo criminal y la codelincuencia gira en función de que el grupo criminal puede estar más o menos vertebrado y tiene por objeto cometer

más de un delito, en tanto que la codelincuencia expresa la comisión delictiva por dos o más de dos personas, pero para la comisión de un solo delito. En lo que respecta a la conspiración, ésta tiene un carácter anticipado, porque se produce antes de la ejecución de un delito, y pierde todo sentido si se consuma el delito.

5) Se puede observar que organismos internacionales como la ONU y la UE en la conceptualización de la organización criminal hacen mención al “beneficio económico”, y la omisión de este aspecto en el Código penal llama la atención, puesto que precisamente tal característica es la que motiva la existencia y creación de la organización criminal. El legislador omite este factor que consideramos importante, ya que el mismo es la verdadera causa por la que existe este tipo delictivo.

6) La conducta típica de “promover” indica un momento espacio temporal anterior a la fundación de la organización criminal, es decir, se aleja de sobremanera al momento de la cristalización de la organización criminal. Por otro lado, sobre la conducta de constitución, esta conducta típica es el germen del inicio de la organización criminal, ya que nos indica que efectivamente se ha materializado el delito de organización criminal.

7) Los presupuestos de la imputación penal en el funcionalismo normativo, a su vez, se desarrollan en torno a la teoría de los sistemas sociales, por lo que los integrantes de una organización criminal quebrantan la norma al conformar dicha organización, en vista de que defraudan las expectativas normativas depositadas en ellos, y en consecuencia quebrantan también sus deberes negativos. Como efecto de dicho quebrantamiento se produce la autoexclusión (parcial) de tales sujetos.

8) El sujeto que desvía su conducta de manera continuada y permanente está en el ejercicio de la libertad potestativa de tomar la decisión “consciente” de autoexcluirse del sistema -manifestando esta voluntad con su

comportamiento-, lo que constituye una muestra clara del desconocimiento intencional y frontal que hace a la norma, derivando de esta actitud una lógica respuesta de la norma, porque al desconocer la vigencia de la norma y desarrollarse de manera duradera al margen del sistema social llega a constituir un singular foco de peligro latente -por la predisposición e intencionalidad manifiesta de cometer delitos contra la paz y seguridad pública-, en vez de procurar la vigencia de la norma, por lo que es considerado como enemigo en sentido normativo.

9) El riesgo permitido constituiría una especie de los parámetros de tolerancia que existen en las sociedades actuales, que varían de acuerdo a la realidad social de cada Estado, aunque por otro lado también es cierto que existen parámetros comunes de intolerancia frente a determinados fenómenos delictivos que por su naturaleza representan un potencial de peligrosidad lesiva actual hacia el conjunto del Estado, como sucede en la organización criminal. Todos los elementos que componen la organización criminal van en clara contraposición del propio Estado, al punto de constituir prácticamente un subsistema dotado de organización estructural, compuesta por miembros con idoneidad lesiva y que orientan sus acciones a la comisión de delitos. Por esta razón el Código penal incrimina esta figura delictiva y la sanciona de manera autónoma.

10) La interacción social resulta muy útil al momento de determinar si realmente existe un alejamiento de la norma -y con ello la defraudación del principio de confianza- por parte de los integrantes de una organización criminal, por un lado, debido al factor colectivo con el que éstos actúan, es decir, como un todo, y por otro lado, debido a que la suma de sus comportamiento crea una conducta colectiva relevante por su carácter permanente y que trae consigo el quebrantamiento del principio de confianza que la sociedad depositó en dicho sujetos.

11) La prohibición de regreso está ligada en nuestro caso a los roles comunes, de forma que el comportamiento de las personas tiene que guiarse por el respeto y observancia del Derecho, evitando lesionar al resto de personas. Este instituto implica un aporte al comportamiento que es considerado inocuo, debido a que es realizado por el sujeto dentro del ámbito de su rol correspondiente. Como ha indicado *Jakobs*, “la prohibición de regreso no anula deberes existentes, sino que sólo establece que el comportamiento actual es insuficiente *per se* para generar responsabilidad”. Dicha afirmación va ligada con las conductas neutrales que se realizan dentro de un rol u oficio cotidiano. Por lo tanto, el aporte cuantitativo y la relevancia del mismo son parámetros viables a tener en cuenta para la determinación de la prohibición de regreso, en el sentido de que, en la medida en que el sujeto con su comportamiento -aportado- se aproxima a la realización del núcleo del tipo delictivo, tal actitud determina el alejamiento de una conducta neutral.

12) La imputación a la víctima en los casos de organización criminal es inviable, al constituir como objeto de protección la simbiosis de la seguridad pública y la vigencia de la norma, ambas complementarias entre sí. Pero si forzamos algún caso en el que cabría plantear la imputación a la víctima en los delitos de organización criminal, podríamos mencionar el supuesto de “tráfico de personas”, pero aun en estos supuestos consideraríamos inviable el presente instituto, pues un requisito central en el tráfico de personas es la presencia de engaño, de coerción, de la deuda y de la finalidad de explotación, y en tales supuestos, aunque la víctima supiera en qué se desempeñaría, no conoce las condiciones -delictivas- en las que desarrollará sus actividades.

13) La organización criminal es un paradigma de injusto sistémico, porque constituye un subsistema asocial, dentro del sistema social, que orienta todo el entramado organizacional en la comisión de delitos. Se desarrolla al margen de la ley y busca beneficios lucrativos, es prácticamente una empresa criminal, o -como podríamos denominarla- un “cifrado asocial”. Constituye

también un potencial lesivo por su dinámica delictiva y sistematización de ataques o comisión de delitos, y en este sentido el carácter colectivo facilita dichos actos. Desde esta perspectiva, tal “cifrado asocial” tiene una cualidad autopoiética, es decir, se reinventa y se adapta constantemente a los cambios, haciéndolo así aun más peligroso.

14) Las características propias de la organización criminal hacen que se postule el factor colectivo como instituto de imputación. Cuando hablamos de factor colectivo, nos referimos a la estructura y la organización que posee este tipo delictivo, determinándolo como un subsistema disfuncional que cuestiona la seguridad pública y la propia vigencia de la norma. Como indicara *Lampe* al configurar este tipo de injusto, “se trata de un injusto que no precisa de ninguna manifestación externa en sí a través de acciones. 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 comportamiento”. La cristalización de este entramado organizativo, que conlleva de forma innata un conjunto de personas, hace que se tome en consideración a la organización y estructura delictiva como criterio de imputación estrictamente en el delito de organización criminal, y compatible también con el terrorismo.

15) Para ello hemos de tener en cuenta las características propias de la organización criminal: 1) la organización implica pluralidad de personas, también comprende el factor tecnológico además del transnacional, 2) el carácter permanente o indefinido, en que no sólo se toma en cuenta el largo tiempo estable que lleva conformado la organización, sino la voluntad de continuar en la organización y los proyectos delictivos, 3) la finalidad delictiva y de lucro, estimando que el ánimo de lucro representa el fin último de la organización que para ello se proyecta hacia la comisión de delitos.

16) La inseguridad cognitiva en una sociedad se hace efectiva cuando se materializa la creación de una organización criminal, porque la existencia de dicha organización ya de por sí altera y devalúa la seguridad del conjunto social; por esta razón, la inseguridad no es una simple sensación, sino el resultado de la materialización de un fenómeno criminal grave que cuestiona la normal convivencia de la colectividad en un determinado tiempo y lugar. Por otro lado, se puede afirmar que la alarma social es un sentimiento de miedo que es alimentado por el sobre-bombardeo informativo de los medios de comunicación, y que nada tiene que ver con lo que es la inseguridad cognitiva en el sentido funcionalista normativo que examinamos en este apartado.

17) La teoría funcionalista-normativa critica que el Derecho penal tenga como función substancial la protección de bienes jurídicos y en cambio postula como objeto de protección la vigencia de la norma. Desde esta postura, lo que se tutelaría en el tipo de delito de organización criminal sería la “vigencia de la norma” y no así la “seguridad pública”. Un punto intermedio donde confluyen ambas posturas, y que por nuestra parte consideramos más adecuado, es el que propone *Polaino Navarrete*, al indicar que ambas posturas no sólo no son excluyentes entre sí, sino al contrario perfectamente compatibles y además complementarias, aunque ambas juegan en planos diferentes, ya que la “seguridad pública” legitimaría el sistema punitivo y la “vigencia de la norma” configuraría la estructura del sistema jurídico y social.

18) La legitimidad de la anticipación punitiva se daría en base a la necesidad de protección de la “seguridad pública” como bien jurídico en los delitos de organización criminal y de manera paralela la vigencia cognitiva de la norma como el resultado directo de dicha protección. Al ser la organización criminal un delito autónomo, su existencia constituye un injusto que debido a su relevancia social -factor colectivo asocial- quebranta ya la norma, pero -como indica la argumentación que seguimos- la norma no puede autoprotgerse a sí misma, porque sería como un cuerpo vacío sin contenido, de modo que entonces

la seguridad pública llena dicho vacío, formando así un solo cuerpo legitimador de la anticipación penal, que no sólo previene una criminalidad futura, sino que sanciona en el momento presente a la organización criminal que es considerada una amenaza de peligro real y efectivo “aquí y ahora”.

19) Cuando se conforma la organización criminal, es importante darle una atribución de un sentido normativo al dato subjetivo de quienes conforman la organización guiados por deberes negativos que son quebrantados al momento de conformación de la misma. La significación de la conducta de conformación de una organización criminal adquiere un carácter relevante en el contexto social, debido al quebrantamiento de la norma y al desconocimiento consciente de la norma por parte de los sujetos que se desmarcan de la sociedad y de las normas que imperan en la misma.

20) Los sujetos que proceden a integrar la organización criminal, o a formar parte de ella, lo hacen sabiendo el riesgo de su acción y de las consecuencias que la misma conlleva. En ningún caso el tipo de organización criminal es imprudente, sino antes bien necesariamente doloso, porque quienes la integran sabiendo la ilicitud que conlleva formar parte de dicha organización siguen adelante con el proyecto delictivo.

21) El déficit de fidelidad normativa exteriorizado y que está en contra de ordenamiento jurídico-penal, es uno de los presupuestos para la determinación de la culpabilidad de los sujetos que integran la organización criminal, demostrando así los sujetos una mala autoadministración de su conducta y rompiendo la presunción de fidelidad a dicho ordenamiento.

22) La imputación subjetiva determina la relevancia penal de la conducta desde lo externo hacia lo interno, es decir, si la conducta tiene una relevancia social o en todo caso tiene un significado perturbador para la sociedad. Lo que importa es la relevancia social de la conducta y el grado de perturbación

que ésta ocasiona contradiciendo la norma. Una conducta no se puede declarar imputable penalmente tomando en cuenta datos psíquicos que son internos propios del sujeto, si la mencionada conducta posee un significado neutral y socialmente adecuado, careciendo por ello los conocimientos especiales que no se desvíen del rol del sujeto de fuerza normativa para la configuración del hecho delictivo.

23) En lo que respecta a las circunstancias modificativas de la responsabilidad, la indeterminación de un número de personas para aplicar una agravante en la organización criminal constituye una falencia normativa que debe ser subsanada, de modo que en aras a la certeza jurídica debía establecerse la exigencia de un número considerable de integrantes de la organización para poder aplicar la agravante.

24) La falta de determinación legal, sobre cuáles son los instrumentos peligrosos por los que se debería aplicar la agravante de “disponer de armas o instrumentos peligrosos”, deja abierta la posibilidad de ser interpretada tal circunstancia de distintas maneras, como ya el Tribunal Supremo lo hizo. Sería por ello justificable en todo caso que en la agravante se mencionara como punto de referencia la disposición por parte de la organización criminal de las “armas prohibidas” y las propias “armas de guerra”.

25) Sobre la agravante de la disposición de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte, se debería estimar la exigencia de que la utilización de éstos permita o pretenda alcanzar la impunidad de los delitos cometidos por la organización, excluyéndose la mera posesión de los mismos.

26) El tipo ultraagravado o hiperagravado, por la disposición inminente de causar delitos especialmente graves, constituye la expresión legal de un fundamento propio del Derecho penal del enemigo, porque genera una mayor

desestabilización y, en consecuencia, fundamenta la agravación de la pena en función de peligrosidad fehaciente.

27) El carácter transnacional de la organización criminal se omite tanto en la constitución de la figura penal como en las circunstancias agravantes, pese a que los distintos organismos internacionales como la ONU y la UE mencionan dicho carácter, así como la propia Fiscalía General del Estado, por lo que sería pertinente considerar esta perspectiva de trascendencia espacial ultraterritorial del potencial criminal del comportamiento delictivo.

28) La atenuante de colaboración se podrá dar en uno o dos grados, y dependerá del grado de colaboración que haya prestado el sujeto y la medida en que la información sea beneficiosa para el desmantelamiento de la organización criminal o para anticiparse a un proyecto criminal. Dicha colaboración debería permitir o facilitar la identificación de los sujetos integrantes. Y de acuerdo a la jurisprudencia no tiene carácter acumulativo.

29) Por la naturaleza y características propias del delito de organización criminal, en la intervención delictiva nos inclinamos por una postura de coautoría que no atribuye tanta relevancia al acuerdo previo que puede existir entre los integrantes cuanto a la división de trabajo de los sujetos. El fundamento de la coautoría no pasa por el acuerdo previo, sino que se entrelaza ciertamente con la fase nuclear de la creación de la organización criminal, en otras palabras, el momento mismo en el que se materializa el delito. La relevancia comunicativa de esta materialización es negativa y contraria a la norma. Ahora bien, la horizontalidad con la que son tratados los intervinientes en el delito de organización criminal hace que se pueda considerar a la coautoría como la opción más viable.

30) La inadmisibilidad de la tentativa como acto ejecutivo imperfecto gira en torno a las siguientes consideraciones: existe unanimidad en el

reconocimiento de que en la tentativa tiene lugar un adelantamiento de la protección jurídica y su fundamento gira en torno a un juicio desvalorativo que se hace recaer sobre los actos de la puesta en ejecución de la comisión delictiva; los tipos delitivos de organización constituyen un adelantamiento de la punibilidad, y ya de por sí el fundamento de la tentativa se complica, por cuanto implica aceptar un adelantamiento de un adelantamiento.

31) Sobre la misma línea, postulamos un tratamiento especial en los casos de organización criminal, dejando de lado el hecho de partir del autor individual, y tomando más consideración el factor colectivo en este tipo de delito, de manera que se debería considerar una tácita coautoría en los casos específicos de delitos de organización criminal, manteniendo en un plano horizontal de responsabilidad a los jefes y a los miembros activos. Coautores serían entonces los jefes, directores, organizadores, coordinadores, es decir, los que componen la cúpula de la organización, y también serían considerados como coautores los miembros activos de la misma, de modo que quedarían excluidos del grado de partícipes los miembros activos de la organización criminal. Por su parte, los cooperadores no mantienen ninguna obligación o vínculo de sumisión con la organización criminal, pero sí realizan aportes -económicos- para el desarrollo de la empresa criminal. En la cooperación se deben puntualizar los casos en los que la misma se ha de apreciar, como sucede en la colaboración con banda armada donde se detallan los casos de colaboración, ya que en el caso de la organización criminal sólo se hace referencia a la “cooperación económica y otras formas de cooperación”, dejando esta última abierto un abanico de interpretaciones.

32) Si la razón por la que se conforma la organización criminal es la búsqueda de beneficios económicos, en este sentido precisamente cobra fuerza la importancia del decomiso en los delitos de organización criminal, que lucha precisamente por anular dichos beneficios. Sería conveniente una tipificación específica del decomiso en los casos de organización criminal. La naturaleza del

decomiso tiene un carácter *sui generis*, porque no es completamente penal y tampoco civil, siendo entendido como un instituto restitutorio/compensatorio, que en el ámbito penal tiene una función de prevención criminal tanto general como especial. En la organización criminal, propugnamos una previsión específica del decomiso, siendo de utilidad a tales efectos la previsión de diversos tipos de decomiso, tales como decomiso basado en condena, decomiso ampliado, y decomiso sin sentencia. En el caso del decomiso basado en condena, el mismo no presentaría mayor inconveniente en su aplicación en los delitos de organización criminal, ya que se aplicaría bajo el fundamento de una condena. Se podrá ampliar el decomiso a bienes o efectos que no guarden proporción con los ingresos de origen y que tampoco tengan acreditado el origen lícito. En cambio, el decomiso sin sentencia encuentra serio rechazo a nivel doctrinal, y sólo podría ser viable para casos de especial peligrosidad y sin detrimento de las debidas garantías. En el caso del decomiso de bienes de terceros, se tiene que tener en cuenta que un rasgo característico cualitativo del mismo es la profesionalización de los miembros de la organización criminal, y bajo este argumento cualitativo se puede entender que los frutos del delito en muchos casos no se encuentran registrados a nombre de los sujetos que cometen los delitos. Si tomamos en cuenta esta premisa cualitativa de la organización criminal, podremos exigir que es necesario moldear de mejor manera dicha aplicación del decomiso de bienes de terceros. Se debe tomar en cuenta la buena fe del tercero, que haya adquirido legalmente y pagado un precio justo por el bien adquirido, además de desconocer el origen ilícito. Y no debería limitarse a sujetos individuales, sino también a personas jurídicas. En suma, la trascendencia de este instituto en el combate contra este fenómeno criminal es de gran importancia, ya que golpea directamente el aspecto económico, que es la razón de existencia de la organización criminal, y en tal sentido postulamos la conveniencia de una previsión específica en el ámbito de los delitos de organización criminal, que presentan un frente en el que aquél tiene que ser potenciado y tratado de acuerdo a las características propias de la criminalidad organizada.

BIBLIOGRAFÍA

- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A., «Acerca de la teoría de Bienes jurídicos», en *Revista Penal*, nº 16, 2005.
- ABEL SOUTO, Miguel, *El blanqueo de dinero en la normativa internacional*, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico, Santiago de Compostela, 2002.
- ACEDO PENCO, Ángel, «Orden público actual como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y la jurisprudencia», en *Anuario de la Facultad de Derecho (Extremadura)*, nº 14-15, 1996.
- ACOSTA GALLO, Pablo, «Las nuevas amenazas a la seguridad y el concepto de orden público en democracia», en *RGDA*, nº 11, marzo 2006.
- AGUADO CORREA, Teresa, «Comiso: crónica de una reforma anunciada. Análisis de la propuesta de la Directiva sobre embargo y decomiso de 2012 y del proyecto de reforma del Código penal de 2013», *Indret*, enero 2014.
- AGUADO CORREA, Teresa, «Decomiso de los productos de la delincuencia organizada “garantizar que el delito no resulto provechoso”» en *RECPC* 15-05, 2013.
- AGUADO CORREA, Teresa, «Embargo preventivo y comiso en los delitos de tráfico de drogas y otros delitos relacionados: presente y ¿futuro?», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXII, 2013.
- AGUADO CORREA, Teresa, «La directiva 2014/42/UE Sobre embargo y decomiso en la Unión Europea: Una solución de compromiso a medio camino», en *Revista General de Derecho Europeo*, nº 35, 2015.
- AGUADO CORREA, Teresa, «Regulación del comiso en el proyecto de modificación del código penal», en *RECPC* 05-04, 2003.
- AGUADO CORREA, Teresa, *El comiso*, Edersa, Madrid, 2000.
- AGUADO CORREA, Teresa, *El principio de proporcionalidad en el Derecho penal*, Edersa, Madrid, 1999.
- AGUADO I CUDOLÀ, Vincenç, *Derecho de la seguridad pública y privada*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007.
- ÁLAMO ALONSO, Mercedes, *Las circunstancias del delito (I): las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Introducción. Las circunstancias atenuantes*, en Iustel: RI §911317.

- ÁLVAREZ PASTOR, Daniel / EGUIDAZU PALACIOS, Fernando, *Manual de prevención de blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- ANARTE BORRALLO, Enrique, «Conjeturas sobre la criminalidad organizada», en FERRÉ OLIVÉ, Juan / ANARTE BORRALLO, Enrique (eds.), *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, Huelva, 1999.
- ANGUITA OLMEDO, «Concepción, la delincuencia organizada: un asunto interior de la unión europea. Concepto, características e instrumentos para su neutralización», en *RERI*, nº 2, 2010.
- ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto penale*, tomo II, 14ª ed, Dott.A. Giuffrè Editore, Milano, 2003.
- ANTÓN ONECA, José, «Historia del Código penal de 1822», en *ADPCP*, 1965.
- ANTÓN ONECA, José, *Derecho penal*, 2ª ed., Akal, Madrid, 1986.
- ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos, *El delito de blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Barcelona, 2000.
- ARNALDO ALCUBILLA, Enrique, «Vigencia de los conceptos de orden público y seguridad ciudadana», *Diario La Ley*, Madrid, 2011.
- ARRABAL, Pablo, *Comercio internacional y paraísos fiscales*, Pirámides S.A., Madrid, 1992.
- ASÚA BATARRITA, Adela, «El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho penal, delitos de terrorismo, “finalidades terroristas”, y conductas periféricas», en CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.), *Derecho penal del enemigo, el discurso penal de la exclusión*, vol. 1, Edisofer, Madrid, 2006.
- AVILÉS GÓMEZ, Manuel, *Criminalidad organizada. Los movimientos terroristas*, Editorial Club Universitario, Alicante, 2004.
- BACIGALUPO, Enrique, «Problemas actuales del dolo», en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Navarra, 2005.
- BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1999.
- BACIGALUPO, Enrique, *Principios de Derecho penal. Parte general*, Akal, Madrid, 1997.
- BALES, Kevin, *La nueva esclavitud en la economía global*, Siglo Veintiuno de España Editores, Madrid, 2000.
- BALSAMO, William / CARPOZI, George Jr., *Los secretos de la mafia*, Ediciones Robinbook, Barcelona, 2008.

- BARBERO SANTOS, Marino, *Criminalidad organizada, reunión de la sección nacional española preparatoria del XVI congreso de la AIDP en Budapest*, Universidad Castilla la Mancha, Almagro, 1999.
- BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo. En busca de la seguridad perdida*, Paidós, Barcelona, 2007.
- BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo global*, trad. Jesus alborés Rey, Siglo XXI de España, Madrid, 2006.
- BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, trad. Jorge Navarro / Daniel Jiménez / M^a Rosa Borrás, Paidós, Barcelona, 2001.
- BECK, Ulrich, «Teoría de la sociedad del riesgo», en GIDDENS, Anthony / BAUMAN, Zygmunt / LUHMANN, Niklas, / BECK, Ulrich, *Las consecuencias perversas de la modernidad*, trad. Celso Sanchez Capdequi, Anthropos, Barcelona, 1996.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Igancio / ARROYO ZAPATERO, Luís / GARCÍA RIVAS, Nicolás / FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos / SERRANO PIEDECASAS, José Ramón, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 2^a ed., Praxis, Barcelona, 1999.
- BERISTAIN IPIÑA, Antonio, *Transformación del Derecho penal y la criminología hacia la victimología. (dignidad ético-mística de las macrovictimas)*, Ara Editores, 2008.
- BESIO, Martín, «Delitos contra el orden internacional», en CORCOY BIDASOLO, Miretxu, (Dir.), *Derecho penal. Parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- BLANCO CORDERO, Isidoro / SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, «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*, nº 6, 2000.
- BLANCO CORDERO, Isidoro, «Comiso ampliado y presunción de inocencia», en PUENTE ALBA, Luz María, (Dir.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración retos contemporáneos de la política criminal*, Editorial Comares, Granada, 2008.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes (Coord.), *Trata de personas y explotación sexual*, Editorial Comares, Granada, 2006.
- GARCÍA DEL BLANCO, Victoria, «Trata de seres humanos y criminalidad organizada», en *ADPCP*, vol. LXVII, 2014.
- BOEHM, Frédéric / LAMBSDORFF, Johann Graf, «Corrupción y anticorrupción: una perspectiva neo-institucional», *REI*, Vol. 11, nº 21, segundo semestre 2009.
- BOLEA BARDÓN, Carolina, *La cooperación necesaria: Análisis dogmático y jurisprudencial*, Atelier, Barcelona, 2004.

- BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, *Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, Exposición de Motivos XXVIII.
- BONET ESTEVA, Margarita, *La víctima del delito (La autopuesta en peligro como causa de exclusión del tipo de injusto)*, McGraw-Hill. Monografía, Madrid, 1999.
- BUENO ARÚS, Francisco, *El Derecho penal de 1995, parte especial*, Centro de Estudios Jurídicos y de Formación Especializada, Cataluña, 1996.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan / HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones de derecho penal. Teoría del delito, teoría del sujeto responsable y circunstancias del delito*, vol. II, Editorial Trotta, Valladolid, 1999.
- CÁCERES VILLANUEVA, María Luisa / GARCÍA INDA, Andrés, «La decisión judicial, la prisión provisional y la alarma social», en BERNUZ BENEITEZ, María José / PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, (Coord.), *La tensión entre libertad y seguridad: una aproximación socio-jurídica*, Universidad de la Rioja - Servicio de Publicaciones, 2006.
- CACIAGLI, Mario, *Clientelismo, corrupción y criminalidad organizada*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.
- CANCIO MELIÁ, Manuel / FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad. Seminario con Günther Jakobs en la UAM*, Aranzadi-Cizur Menor, Navarra, 2008.
- CANCIO MELIÁ, Manuel / SILVA-SÁNCHEZ, Jesús María, *Delitos de organización*, Euros-editores, Buenos Aires, 2008.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, «¿Crisis del lado subjetivo del hecho?» en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo / ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (coords.), *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, tomo I, Marcial Pons, Madrid, 2004
- CANCIO MELIÁ, Manuel, «El injusto de los delitos de organización: peligro y significado», *RGDP*, nº 8, noviembre de 2007.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, «La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima (“imputación a la víctima”)», en CANCIO MELIÁ, Manuel / FERRANTE, Marcelo / SANCINETTI, Marcelo A., *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudios sobre los ámbitos de responsabilidad y autor en actividades arriesgadas*, J.M^a. Bosch, Zaragoza, 2001.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, en RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (Dir.), *Comentarios al Código penal*, Civitas, Madrid, 1997.

- CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en el Derecho penal. Estudios sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, Bosch Editor, Barcelona, 2001.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, «Consideraciones sobre una regulación común europea de la tentativa», en TIEDEMANN, klaus (Dir.), *Eurodelitos. El Derecho penal económico en la Unión Europea*, Ediciones de la Universidad Castilla-L Mancha, Cuenca, 2004.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, «¿Responsabilidad de la persona jurídica? Consideraciones sobre el significado Político-Criminal del establecimiento de responsabilidad criminal de la empresarial», en MIR PUIG, Santiago / CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Dir.), *Nuevas tendencias en política criminal, Una auditoria al Código de 1995*, B de F, Buenos Aires, 2006.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, «Los delitos de Terrorismo», en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier / GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dir), *Comentarios a la Reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2011.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, Editorial Reus, Madrid, 2010.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos, «Sobre la imputabilidad en el Derecho penal español», en *La imputabilidad en general en el Derecho penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos, «Terrorismo», en VIVES ANTÓN, T.S. / ORTS BERENGUER, E. / CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- CARO JOHN, José Antonio, «Conductas neutrales no punibles en virtud de la prohibición de regreso», en MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo / Caro John, José Antonio (Ed.), *El sistema penal Normativista en el mundo contemporáneo. Libro Homenaje al profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.
- CARO JOHN, José Antonio, «Imputación subjetiva», en CARO JOHN, José Antonio / POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal funcionalista. Aspectos fundamentales*, flores editor, México D. F., 2009.
- CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de teoría del delito. Materiales de aplicación a la investigación y judicialización de los delitos cometidos en el ejercicio de la función pública*, Ara Editores, Lima, 2014.
- CARO JOHN, JOSÉ ANTONIO; POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal funcionalista. Aspectos fundamentales*, Flores Editor, México D.F., 2009.

- CARRETERO SÁNCHEZ, Adolfo, «La organización y el grupo criminal en la reforma del Código penal», en *Diario La Ley*, nº 7560, Sección Tribuna, 2 de febrero. 2011.
- CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, «Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública», en *RVAP*, nº 27, mayo-agosto, 1990.
- CASTRESANA FERNÁNDEZ, Carlos, «Corrupción, globalización y delincuencia organizada», en RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás / FABIÁN CAPARRÓS (coords.), *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Ratio Legis Librería Jurídica, Salamanca, 2004.
- CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, tomo II, Tecnos, Madrid, 2000.
- CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, tomo III, Tecnos, Madrid, 2005.
- CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *La organización criminal, tratamiento penal y procesal*, Dykinson, Madrid, 2000.
- CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, «Criminalidad organizada, concepto, la asociación ilícita problemas de autoría y participación», en GRANADOS PÉREZ, C. (Dir.), *La criminalidad organizada: aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, II, Madrid, 2001.
- CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, «Estafa por computación y criminalidad económica vinculada a la informática», en *Actualidad Penal*, Nº 47/ 22-28 de diciembre de 1998.
- CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *El patrimonio criminal: comiso y pérdida de la ganancia*, Dykinson, Madrid, 2001.
- Circular 2/2011, de 2 de junio, de la Fiscalía General del Estado sobre Reformas del Código penal por Ley orgánica 5/2010
- Circular de la Fiscalía General del Estado nº 2/2011, de 2 de junio.
- COBO DEL ROSAL, Manuel / ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, Carlos, *Blanqueo de capitales. Abogados, procuradores y notarios, inversores, bancarios y empresarios. (Repercusión en las leyes españolas de las nuevas directivas de la comunidad europea)*, CEJED-Ediciones, Madrid, 2005.
- COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, «Análisis jurídico conceptual del “grupo criminal”», en *Derecho Penal y Criminología*, nº 2, Marzo 2012.
- COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, *Sobre la legitimación del Derecho penal del riesgo*, Bosch, Barcelona, 2014.
- CORCINO BARRUETA, Fernando, «Coautoría, imputación objetiva y semántica social», en KINDHÄUSER, Urs / POLAINO-ORTS, Miguel / CORCINO BARRUETA, Fernando,

Imputación normativa. Aspectos objetivos y subjetivos de la imputación penal, ConTexo, Resistencia-Chaco, 2011.

- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu y otros, *Derecho penal. Parte especial, doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales. Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, PPU, Barcelona, 1989.

- CÓRDOBA RODA, Juan, *Comentarios al Código penal*, tomo III (Artículos 120-340 bis c), Ariel, Barcelona, 1978.

- CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, tomo II, 6 ed., Astrea, Buenos Aires, 1998.

- CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho penal, conforme al nuevo Código penal, texto refundido de 1944*, tomo II, 6ª ed., Bosch, Barcelona, 1948.

- CUELLO CONTRERAS, Joaquim, «Autoría y participación en un sistema lógico-funcional», en *Revista de Política Criminal*, nº 97, 2009.

- CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *La conspiración para cometer el delito: interpretación del art. 4, I, CP (los actos preparatorios de la participación)*, Barcelona, Bosch, 1978.

- CUELLO CONTRERAS, Joaquín, «Análisis de un informe anónimo aparecido en Sevilla sobre el proyecto de Código penal de 1822», *ADPCP*, 1977

- CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *La conspiración para cometer el delito. Los actos preparatorios de la participación*, Bosch, Barcelona, 1978.

- CUENCA GARCÍA, Mª José, «La criminalidad organizada tras la Reforma del Código español: una visión desde el Derecho italiano», en *Diario La Ley*, Nº 93, sección aplicada a la práctica, Mayo de 2012.

- CUERDA ARNAU, María Luisa, «Delitos contra el orden público», en GONZALES CUSSAC, José Luis, (Coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia 2015.

- CUERDA RIEZU, Antonio, «Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en derecho penal español», en *ADPCP*, Fascículo II, 1992.

- CUGAT MAURI, *Sectas y sectarios ante el Derecho penal*, Aranzadi-Cizur Menor, Navarra, 2010.

- DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel, *Manual de Derecho informático*, 7ª ed., Aranzadi, Navarra, 2005.

- DE BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos, *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, Madrid, 2002.
- DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis / GIMÉNEZ-SALINAS, Framis, *Crimen org. Evolución y clave de la delincuencia organizada*, Planeta S. A., Barcelona, 2010.
- DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luís, *La lógica del terrorismo*, Alianza Editorial, Madrid, 2006.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, «Personas jurídicas, consecuencias accesorias y responsabilidad penal», en NIETO MARTÍN, Adán, (Coord.), *Homenaje a Marino Barbero Santos in memoriam*, vol. II, Ediciones Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2001.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, «De la política penal hacia una política victimológica (¿y criminal?)», en TAMARIT SUMALLA, Josep M^a. (Coord.), *Estudios de Victimologia. Actas del congreso español de Victimologia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, «El Derecho penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites», en GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, Faustino / VALCÁRCE LÓPEZ, Marta (Dir.), *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2001.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, «Principales lineamientos político-criminales de la Asociación Internacional de Derecho penal en un mundo globalizado», en *Eguzkilore: Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología*, nº 20, San Sebastián, Diciembre 2006.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, «Iniciativas internacionales contra la corrupción», en *Eguzkilore: Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología*, nº 17, San Sebastián, Diciembre 2003.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, *Derecho penal informático*, Cizur Menor, Civitas, 2010.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, «Tratamiento de la delincuencia organizada en España: en particular, tras la reforma penal del 2010», en *Revista Criminalidad*, vol. 55, nº 1, enero-abril 2013.
- DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. / DE LA MATA BARRANCO, Ignacio, «La figura de la autorización en la lesión de bienes jurídico-penales de carácter supraindividual», en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo / ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *Dogmática penal y ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, tomo I, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- DE LUCAS, Javier, «Algunos problemas del estatuto jurídico de las minorías. Especial atención a la situación en Europa», en *RCEC*, nº 15, 1993.

- DE MIGUEL SERRANO, José Antonio, *El iter criminis*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Volumen XVII, Caracas, 1957.
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *Sociología jurídica crítica, para un nuevo sentido común en el Derecho*, Trotta, Bogotá, 2009.
- DELGADO MARTÍN, Joaquín, *Criminalidad Organizada*, J.M. Bosch, Barcelona 2001.
- DÍAZ PITA, M^a. del Mar, *El dolo eventual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994
- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, 22^a ed., tomo I, Editorial Espasa, Madrid, 2001.
- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, 22^a ed., tomo II, Editorial Espasa, Madrid, 2001.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, «De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado», en AA.VV. *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La racionalidad de la leyes penales*, Editorial Trotta, Madrid, 2003.
- DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho penal. Parte general*, tomo II-C, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002.
- DONNA, Edgardo Alberto, «El concepto de autor», en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo / ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *Dogmática y ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, tomo I, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- DONNA, Edgardo Alberto, *La autoría y la participación criminal*, 2^a ed., Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002.
- DOVAL PAIS, Antonio, *Penalidad de las tentativas de delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- EMMERICH, Norberto, *Globalización, Estado y narcotráfico. El caso Southwen Winds*, Buenos Aires, 2009.
- ESCRIBUELA CHUMILLA, F. Javier, «Formas de aparición del delito», en “*Todo Penal*” *Diario La Ley*, Madrid, marzo 2011.
- FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo., en ARROYO ZAPATERO, L. / BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. / FERRÉ OLIVÉ, J.C. / GARCÍA RIVAS, N. / SERRANO PIEDECASAS, J.R. / TERRADILLOS BASOCO, J. M^a (Dir.), *Comentarios al Código penal*, Iustel, Madrid, 2007.
- FALCONE, Giovanni, *Cosas de la Cosa Nostra*, Ediciones Barataria, Barcelona, 2006.
- FARALDO CABANA, Patricia, «El comiso en relación con los delitos de tráfico de drogas» en *Anuario da facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 2, 1998.

- FARALDO CABANA, Patricia, «Sobre los conceptos de organización criminal y asociación ilícita», en VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, (coord.), *La delincuencia organizada: un reto a la Política criminal actual*, Aranzadi Cizur-Menor, Navarra, 2013.
- FARALDO CABANA, Patricia, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *Limites de la participación criminal. ¿Existe una «prohibición de regreso» como límite general del tipo en Derecho penal?*, Comares, Granada, 1999.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, «La culpabilidad jurídico-penal en el Estado democrático de Derecho», en *ADPCP*, vol. LXV, 2012, pág. 108.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *El dolo eventual*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código penal de 1995*, Colex, Madrid, 1997.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *Imputación objetiva en Derecho penal*, Grijley, Lima, 2002.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, «Título XVII. Delitos contra la seguridad colectiva», en RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (Dir.), *Comentarios al Código penal*, Civitas, Madrid, 1997.
- FERNÁNDEZ DE PAIZ, Rafael, «Los grupos criminales: la sinrazón de una reforma», en *Diario La Ley*, nº 8060, Sección Tribuna, Abril de 2013.
- FERRER SAMA, Antonio, *Comentarios al Código penal*, tomo III, Murcia, 1948.
- FINCKENAUER, James O., *Mafia y crimen organizado. todo lo que hay que saber sobre la mafia y las principales redes criminales*, Ediciones Península, Barcelona, 2010.
- FOFFANI, Luigi, «Criminalidad organizada y criminalidad económica», en *Revista Penal*, nº 7, 1998.
- FRISCH, Wolfgang, «La imputación objetiva: Estado de la cuestión», en SILVA SÁNCHEZ Jesús-María (Dir.), *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario de la Universitat Pompeu Fabra)*, Civitas, Madrid, 2000.
- FRISTER, Helmut, *Derecho penal Parte general*, 4ª ed., trad. Marcelo Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2011.
- GABRIEL ORSI, Omar, *Sistema penal y crimen organizado. Estrategias de aprehensión y criminalización del conflicto*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007.

- GALLEGO SOLER, *Los delitos de tráfico de drogas II. Un estudio analítico de los arts. 369, 372, 374, 375, 377 y 378 del CP; y tratamientos jurisprudenciales*, J.M. Bosch, Barcelona, 1999.

- GAMA DORDIO, Juan, «Lucha contra el crimen organizado en la Unión Europea», en *Centro Nacional de Estudios de la Defensa Nacional*, Ministerio de Defensa-España, nº 48, 2012.

- GALLAS, Wilhelm, *La teoría del delito en su momento actual*, trad. Juan Cordoba Roda, Bosch, Barcelona, 1959.

- GARCÍA ALBERO, Ramón, «Capítulo VI. De las organizaciones y grupos criminales», en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 9ª ed., Aranzadi, Navarra, 2011.

- GARCÍA ALBERO, Ramón, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, 9ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2011.

- GARCÍA ARÁN, Mercedes, en CÓRDOBA RODA, Juan / GARCÍA ARÁN, Mercedes (Dir.), *Comentarios al Código penal. Parte Especial*, Marcial Pons, Barcelona, 2011.

- GARCÍA CAVERO, Percy, «La imputación subjetiva y el proceso penal», en *Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminología*, vol. 26, nº 78, 2005.

GARCÍA DEL BLANCO, Victoria, «Trata de seres humanos y criminalidad organizada», en *ADPCP*, vol. LXVII, 2014.

- GARCÍA DEL BLANCO, Victoria, «Criminalidad organizada: organizaciones y grupos criminales», en *Memento experto. Reforma penal 2010*, ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (coord), Ediciones Francis Lefebvre, Santiago de Compostela, 2010.

- GARCÍA DEL BLANCO, Victoria, *La coautoría en el Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

- GARCÍA NORIEGA, Antonio, *Blanqueo y antiblanqueo de capitales. Como se lava el dinero y como se combate el lavado*, Consejo Editorial de Difusión Jurídica y Temas de Actualidad S.A., Madrid, 2010.

- GARCÍA RIVAS, Nicolás / LAMARCA PÉREZ, Carmen, «Organizaciones y grupos criminales», en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier / GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (coords.), *Comentarios a la Reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010

- GARCÍA RIVAS, Nicolás, «Criminalidad organizada y tráfico de drogas», *Revista Penal*, nº 2, 1998.

- GARCÍA RIVAS, Nicolás, «Organizaciones y grupos criminales», en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier / GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (coords.), *Comentarios a la Reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, «La problemática concursal en los delitos de asociaciones ilícitas», *ADPCP*, 1976.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas en el Código penal*, Bosch, Barcelona, 1978.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Estudios penales*, Bosch, Barcelona, 1984.
- GARRO CARRERA, Enara, «Comportamiento posdelictivo positivo y delincuencia organizada», en *Indret*, Barcelona, enero de 2013.
- GARCÍA VALDÉS, Carlos, «Dos aspectos de la represión penal del tráfico de drogas: la teoría del agente provocador y del delicto provocado y el blanqueo de dinero procedente del delito», en *Política criminal y Reforma penal: Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Editorial de Derecho Reunidas, Madrid, 1993.
- GARCÍA VALDÉS, Carlos, «La legislación antiterrorista: Legislación vigente y Proyectos constitucionales», en *ADPCP*, fasc. II, 1984.
- GARCÍA VALDÉS, Carlos, «Tres temas penales de actualidad», en *REP*, nº 258, 2015.
- GEMIGNANI, Juan Carlos, «Autoría y partición e imputación objetiva», en JAKOBS, Günther / POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel y otros, *Legitimación del Derecho penal*, Ara Editores, Lima 2012.
- GIL DE LA FUENTE, Juan, «La criminalidad organizada y el delito de asociación ilícita. Referencia al delito de blanqueo de capitales», en *La Ley 4375/2005*, nº 20, octubre, 2005
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «Imputación objetiva y conducta de la víctima», en *ADPCP*, vol. LVIII, 2005.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida» en *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruíz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice en el Derecho penal*, B de F, Montevideo, 2006.
- GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar, *El Derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*, J.Mª. Bosch Editor, Barcelona, 1993.
- GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, Andrea, «La delincuencia organizada en Europa: Extensión, factores facilitadores y rasgos principales», en CENTRO NACIONAL DE ESTUDIOS DE LA DEFENSA NACIONAL, *La lucha contra el crimen organizado en la Unión Europea*, Ministerio de Defensa-España, nº 48, 2012.
- GOLDSCHMIDT, James, *La concepción normativa de la culpabilidad*, 2ª ed., trad. Magarethe de Goldschmidt / Ricardo C. Núñez, B de F., Buenos Aires, 2002.

- GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos, *Fundamentos modernos de la culpabilidad empresarial. Esbozo de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ara Editores, Lima, 2010.
- GÓMEZ JARA-DIEZ, Carlos, *Cuestiones fundamentales de Derecho penal económico. Parte general y Especial*, B de f, Buenos Aires, 2014.
- GÓMEZ MARTÍN, Víctor, «La seguridad ¿mata o garantiza la libertad? teorización», en *RCSP*, nº 13, 2003.
- GONZÁLEZ RUS, Juan José, «Aproximación político-criminal a la regulación de la criminalidad organizada después de la reforma de 2010», en GONZÁLEZ RUS, Juan José (Dir.), *La criminalidad organizada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- GONZÁLEZ RUS, Juan José, «La criminalidad organizada en el Código penal español. Propuestas de reforma», *ADP*, nº 30, 2012.
- GONZÁLEZ ZORRILLA, Carlos, «Política (as) criminal (es) en materia de drogas», en LARRAURI PIJOÁN (Dir.), *Política Criminal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- GRACIA MARTÍN, Luis, «Consecuencias jurídicas no penales derivadas de la comisión del delito (I): las consecuencias accesorias generales y las específicas para las personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica» en GRACIA MARTÍN, Luis, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito. El sistema de penas, de medidas de seguridad, de consecuencias accesorias y de responsabilidad civil derivada del delito*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- GRACIA MARTÍN, Luis, «Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado Derecho penal del enemigo», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 07-02, 2005.
- GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, tomo I, Timoteo Arnaiz, Burgos, 1870.
- GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, tomo III, Timoteo Arnaiz, Burgos, 1874.
- GUIDDENS, Anthony, *Sociología*, 4ª ed., Alianza, Madrid, 2001.
- GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, Faustino / VALCÁRCE LÓPEZ, Marta (Dir.), *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2011.
- HABERMAS, Jürgen, *La lógica de las ciencias sociales*, Tecnos, Madrid, 1988.
- HAVA GARCÍA, Esther, «Comiso (art. 127 y disposición final sexta)», en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier / GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, *Comentarios a la Reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

- HAVA GARCÍA, Esther, «La nueva regulación del comiso», en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, (Dir.), *Comentario a la Reforma penal de 2015*, Aranzadi, Navarra, 2015.
- HEFENDEHL, Ronald / VON HIRSCH, Andrew / WOHLERS, Wolfgang, (eds.) *La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, trad. María Martín Lorenzo, Marcial Pons, Madrid, 2016.
- HEFENDEHL, Ronald, «¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros?, bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto», en *RECPC*, 04-14, 2002.
- HEFENDEHL, Ronald, «El bien jurídico como eje material de la norma», traducido por María Martín Lorenzo, en HEFENDEHL, Ronald, *La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- HERRERA MORENO, Myriam, *La hora de la Víctima. Compendio de Victimología*, Prólogo del Prof. Dr. Miguel POLAINO NAVARRETE, Edersa, Madrid, 1996.
- HERRERO HERRERO, César, *Criminología parte general y especial*, Dykinson, Madrid, 2007.
- HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe, *Las excusas absolutorias*, Marcial Pons, Madrid, 1993.
- IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel, «La criminalidad organizada y delincuencia económica: aproximación a su incidencia global», en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo / MORALES PRATS, Fermín (coords.), *El nuevo Derecho penal español, estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Navarra, 2001.
- IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel, «Panorámica comparativa sobre algunos problemas que presenta el fenómeno asociativo criminal en la actualidad», en VATTIER FUENZALIDA, Carlos (Coord.), *Las entidades sin fines de lucro: estudios y problemas*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Burgos, Burgos, 1999.
- IZU BELLOSO, Miguel José, «Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978», en *REDA*, nº 58, abril-junio, 1988.
- JAÉN VALLEJO, Manuel / PERRINO PÉREZ, Ángel Luis, «Recuperación de activos derivados del delito: un objetivo prioritario de la reforma penal», en *Diario La Ley*, nº 8545, Sección Doctrina, 22 de mayo de 2015.
- JAKOBS, Günther, «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», en *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997.
- JAKOBS, Günther / CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, 2ª ed., Editorial Aranzadi-Cizur Menor, Navarra, 2006.
- JAKOBS, Günther / POLAINO-ORTS, Miguel, *Delitos de organización: un desafío al Estado*, Grijley, Lima, 2009.

- JAKOBS, Günther, *Fundamentos del Derecho penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996.
- JAKOBS, Günther, «¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o vigencia de la norma?», trad. Manuel Cancio Meliá, en MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord.), *El funcionalismo en el Derecho penal. Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs*, tomo I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- JAKOBS, Günther, «Accesoriedad sobre los presupuestos de la organización en común», trad. M^a Ángeles Cuadrado Ruiz, en *Revista del Poder Judicial*, n^o 59, 3^a época, 2000.
- JAKOBS, Günther, «Criminalización en estadio previo a la lesión de un bien jurídico», en *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997.
- JAKOBS, Günther, «Culpabilidad jurídico-penal y libre albedrío», en FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*, Aranzadi, Navarra, 2012.
- JAKOBS, Günther, «Diez años después: El Derecho penal del enemigo», en *Cuadernos de Política Criminal*, n^o 105, III, Época II, diciembre 2011.
- JAKOBS, Günther, «Individuo y persona. Sobre la imputación jurídico penal y los resultados de la moderna investigación neurológica», en FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo, (ed.), *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*, Aranzadi, Navarra, 2012.
- JAKOBS, Günther, «La culpabilidad de los foráneos» trad. Jorge Fernando Perdomo Torres, en *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad. Seminario con Günther Jakobs en la UAM*, Manuel Cancio Meliá / Bernardo Fejoo Sánchez (eds.), Aranzadi Cizur-Menor, Navarra, 2008.
- JAKOBS, Günther, «La intervención delictiva», en *Cuadernos de Política Criminal*, n^o 85, enero, 2005.
- JAKOBS, Günther, «Terroristas como personas en Derecho», en CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ JARA-DÍEZ, Carlos (Coord.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. 2, Edisofer, Madrid, 2006.
- JAKOBS, Günther, *Derecho penal parte general fundamentos y teoría de la imputación objetiva*, 2^a ed., Marcial Pons, Madrid, 1997.
- JAKOBS, Günther, *El concepto jurídico penal de acción*, trad. Manuel Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1986.
- JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho penal*, trad. Enrique Peñaranda Ramos / Carlos J. Suarez Gonzales / Manuel Cancio Meliá, Civitas, Madrid, 1997.
- JAKOBS, Günther, *Fundamentos del Derecho penal*, trad. Manuel Cancio Meliá y Enrique Peñaranda Ramos, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996.

- JAKOBS, Günther, *Imputación objetiva en el Derecho penal*, trad. Manuel Cancio Meliá, Civitas, Madrid, 1996.
- JAKOBS, Günther, *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del Derecho penal*, trad. Manuel Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.
- JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, trad. Manuel Cancio Meliá / Bernardo Feijóo Sánchez, Civitas, Madrid, 2003.
- JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trad. Manuel Cancio Meliá / Bernardo Feijóo Sánchez, Civitas, 1996.
- JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, trad. Miguel Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2002.
- JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., trad. Miguel Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2003.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Principios de Derecho penal. La ley y el delito*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, tomo V, *La culpabilidad*, 3ª ed., Editorial Losada, Buenos Aires, 1976.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, tomo VII, *El delito y su exteriorización*, 2ª ed., Editorial Losada, Buenos Aires, 1977.
- JIMÉNEZ DÍAZ, María José, «Reuniones, manifestaciones y establecimientos públicos», en COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.), *Comentarios a la legislación penal*, tomo XV, vol. I, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1994.
- JIMÉNEZ ORNELAS, René, «Seguridad pública», GARCÍA RAMÍREZ, Sergio / ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga / VARGAS CASILLAS, Leticia A., (Coord.), *Temas de Derecho penal, seguridad pública y criminalística. Cuartas Jornadas sobre Derecho penal*, Universidad Autónoma de México, México D.F., 2005.
- JIMÉNEZ RAMOS, Mario, «Blanqueo de capitales y los delitos contra la salud pública», en CIMÁS GIMÉNEZ, Mª del Carmen (Dir.), *Delitos contra la salud pública. Novedades jurisprudenciales. Nuevos hábitos nuevos consumos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.
- JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, Francisco, «Novedades legislativas en materia de decomiso y recuperación de activos», en *Revista de Derecho Penal*, nº 34, 2011.
- JOSHI JUBERT, Ujala, «Sobre el concepto de organización en el delito del tráfico de drogas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero 1995), ponente: Bacigalupo», *ADPCP*, Madrid, 1995.

- KAUFMANN, Armin, *Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna*, trad. Enrique Bacigalupo / Ernesto Garzón Valdés, Depalma, Buenos Aires, 1977.
- KAZYRYTSKI, Leanid, «Organized crime and Street gangs in Spain», en Book abstract *12th Annual Conference of the European Society of Criminology. Criminology in the 21st Century: a Necessary Balance Between Freedom and Security*, Bilbao, 12 to 15 September, 2012.
- KINDHÄUSER, Urs, «Cuestiones fundamentales de coautoría», en *Revista Penal*, nº11, 2003.
- KINDHÄUSER, Urs, «Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal», trad. Nuria Pastor Muñoz, en *InDret*, Barcelona, febrero de 2009.
- KINDHÄUSER, Urs, «Imputación objetiva y subjetiva en el delito doloso», en *ADPCP*, 2006.
- KINDHÄUSER, Urs, «Los delitos de peligro», en KINDHÄUSER, Urs / POLAINO-ORTS, Miguel, *Normativismo en el Derecho penal. Estudios de dogmática jurídico-penal*, ConTexto, Resistencia-Chaco, 2011.
- LAMARCA PÉREZ, Carmen, en LAMARCA PÉREZ, Carmen, (Coord.), *Derecho penal parte especial*, 4 ed., Colex, Madrid, 2008.
- LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1985.
- LAMPE, Ernst-Joachim, *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*, traducido por Carlos Gómez-Jara Díez / Guillermo Orce / Miguel Polaino-Orts, Grijley, Lima, 2003.
- LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, «La complicidad en el delito y los comportamientos «estándar» en el ámbito laboral», en ECHANO BASALDUA Juan I., *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002.
- LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, *La complicidad delictiva en la actividad laboral «cotidiana» (contribución al «límite mínimo» de la participación frente a los «actos neutros»)*, Comares, Granada, 2002.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, «Bien Jurídico y objeto protegible», en *ADPCP*, 2007.
- Latin America Bureau, «Narcotráfico y política: militarismo y mafia en Bolivia», LAB-Iepala Editorial, Madrid, 1982.
- LAURENZO COPELLO, Patricia, «Marco de protección jurídico-penal del derecho a no ser discriminado racismo y xenofobia», en MAQUEDA ABREU, M^a Luisa (Dir.), *Libertad ideológica y derecho a no ser discriminado*, Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), Madrid, 1996.

- LESCH, H. Heiko, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995.
- LLOBET ANGLÍ, Mariona, «Delitos contra el orden público», en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, (Dir.), *Lecciones Derecho penal. Parte especial*, 2 ed., Atelier, Barcelona, 2009.
- LLOBET ANGLÍ, Mariona, «Delitos contra el orden público», en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, (Dir.), *Lecciones Derecho penal. Parte especial*, 2 ed., Atelier, Barcelona, 2009.
- LLOBET ANGLÍ, Mariona, «Tenencia, tráfico y depósito de armas o municiones, organizaciones y grupos criminales y delitos de terrorismo», en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, (Dir.) / PASTOR MUÑOZ, Nuria (Coord.), *El nuevo Código penal. Comentarios a la Reforma*, La Ley, Madrid, 2012.
- LOMBARDEO EXPÓSITO, Luis Manuel, *Blanqueo de Capitales. Prevención y represión del fenómeno desde la perspectiva penal, mercantil, administrativa y tributaria*, Bosch, Barcelona, 2009.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Autoría y Participación*, Ediciones Akal, Madrid, 1996.
- LÓPEZ PEREGRIN, M^a Carmen, *La complicidad en el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- LÓPEZ-MUÑOZ, Julián, *Criminalidad organizada. Aspectos jurídicos y criminológicos*, Dykinson, Madrid, 2015.
- LÓPEZ-NIETO Y MALLO, Francisco, *La seguridad ciudadana y su normativa legal*, El Consultorio de los Ayuntamientos y de los Juzgados, S.A., Madrid, 1982.
- LUHMANN, Niklas, «El concepto de riesgo», en GIDDENS, Anthony / BAUMAN, Zygmunt / LUHMANN, Niklas, / BECK, Ulrich, *Las consecuencias perversas de la modernidad*, trad. Celso Sanchez Capdequi, Anthropos, Barcelona, 1996.
- LUHMANN, Niklas, *Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*, Anthropos, México D.F., 1997.
- LUHMANN, Niklas, *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, Anthropos, México D.F., 1998.
- LUHMANN, Niklas, *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, Ediciones Paidós, Barcelona, 1997.
- LUMPE, Lora / MEEK, Sarah / NAILOR, R.T., «Introducción al tráfico de armas», en LUMPE, Lora, *Tráfico de armas. El mercado negro de armas ligeras*, Intermón Oxfam, Barcelona, 2004.

- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Curso de Derecho penal. Parte general I*, Editorial Universitas S.L., Madrid, 1996.
- MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, «Comentarios a la reforma de la parte general del Código Penal conforme al nuevo anteproyecto de Ley Orgánica (y IV): de la responsabilidad civil, las costas las consecuencias accesorias y la extinción de la responsabilidad criminal (artículos 109ª 137)», en *Diario La Ley*, nº 8003, Sección Doctrina, enero 2013.
- MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, «La pena de comiso en el proyecto de Código penal» en *ADPCP*, 1981.
- MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, *Estudio de la ley orgánica 4/1980, de 21 de mayo, de reforma del Código penal en materia de delitos relativos a las libertades de expresión, reunión y asociación*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1982.
- MANZINI, Vincenzo, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. 6, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1950.
- MAÑALICH, Juan Pablo, «Organización delictiva. Bases para su elaboración dogmática en el Derecho penal chileno», en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38, nº2, 2011.
- MAPELLI CAFFARENA, Borja / GONZÁLEZ CANO, Mª Isabel / AGUADO CORREA, Teresa (coords.), *Estudios sobre delincuencia organizada, medios, instrumentos y estrategias de la investigación policial*, Mergablum, Sevilla, 2001.
- MAQUEDA ABREU, María Luisa, «Sectas destructivas y atentados a la integridad moral», en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio y otros (coords.), *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruíz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- MARCH, James G. / SIMON, Herbert A., *Teoría de la organización*, Ariel S.A., Barcelona, 1987.
- MARTELL PÉREZ-ALCALDE, Cristóbal / QUINTERO GARCÍA, Débora, «De las organizaciones y grupos criminales (arts. 570bis, 570 ter y 570 quater.)», en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), *La Reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, Aranzadi - Cizur Menor, Navarra, 2010.
- MARTÍN PÉREZ, José Antonio, «El comiso de bienes propiedad de «tercero»: análisis del respeto de las reglas sobre titularidad por las sentencias penales (a propósito del auto TC 125/2004, de 19 de abril)» en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 19, enero-diciembre 2005.
- MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús Ignacio, «Pensar el riesgo. En dialogo con Luhmann», en PÉREZ ALONZO, Esteban / ARANA GARCÍA, Estanislao y otros (eds.), *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*, Tirant lo Blanch, 2012.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo Martín, *La cláusula de orden público como límite -impreciso y creciente- al ejercicio de los derechos*, Civitas, Madrid, 1975.

- MATA Y MARTÍN, Ricardo M., *Delincuencia informática y derecho penal*, Edisofer, Madrid, 2001.
- MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria, «Algunas notas sobre las formas de delincuencia informática en el Código penal», en DIEGO DÍAZ-SANTOS, M^a Rosario / SÁNCHEZ LÓPEZ, Virginia (coords.), *Hacia un Derecho penal sin fronteras*, Colex, Madrid, 2000.
- MAYNTZ, Renate, *Sociología de la organización*, Alianza, Madrid, 1990.
- MEEK, Sarah, «El combate del tráfico de armas: progresos y perspectivas», en LUMPE, Lora, *Tráfico de armas. El mercado negro de armas ligeras*, Intermón Oxfam, Barcelona, 2004.
- MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina, «Lucha contra la delincuencia organizada: Comentario a la Decisión Marco 2008/841» en *Revista General de Derecho Europeo*, nº 18, 2009.
- MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Ministerio de Justicia–Universidad Complutense, Madrid, 1993.
- MENDOZA BUERGO, Blanca, *Limites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstractos*, Editorial Comares, Granada, 2001.
- MESTRE DELGADO, Esteban, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1987.
- MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, José / PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel (Coord.) / CANCIO MELIÁ, Manuel (et al. ed.), *Relevancia de la actuación de la víctima para la responsabilidad penal del autor (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1999. Ponente: Sr. Bacigalupo Zapater)*, Universidad de León: Secretariado de Publicaciones y Medios Audiovisuales, 2004.
- MIGUEL HARB, Benjamin, «Delincuencia organizada», en LECCA GUILLÉN, Mir-Beg, *Derecho penal, homenaje al Dr. Raúl Peña Cabrera*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1991.
- MILITELLO, Vincenzo, «Criminal organizada transnacional y Unión Europea: Perfiles y problemas», trad. Jordi Gimeno Vebíá, en *Cahiers de Defense Sociale. Pour une politique criminelle humaniste*, 2011-2012.
- MILITELLO, Vincenzo, «Iniciativas supranacionales en la lucha contra la criminalidad organizada y el blanqueo en el ámbito de las nuevas tecnologías», en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura / MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina / DIEGO DÍAZ-SANTOS M^a Rosario (coords.), *Derecho penal, sociedad y nuevas tecnologías*, Colex, Madrid, 2001.
- MIR PUIG, Santiago, «Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del ius puniendi», en *Estudios criminológicos XIV*, Santiago de Compostela, 1989-1990.
- MIR PUIG, Santiago, «Significado y alcance de la imputación objetiva en el Derecho penal», en *RECPC*, 2003.

- MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 7ª ed., Editorial Reppertor, Barcelona, 2005.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 9ª ed., Editorial Reppertor, Barcelona, 2011.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 10ª ed., Editorial Repertor, Barcelona, 2015.
- MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y método*, 2ª ed., B de f, Montevideo, 2003.
- MIRÓ LLINARES, Fernando, «Ciberdelincuencia y vida diaria en el mundo 2.0», en MIRÓ LLINARES, Fernando / AGUSTINA SANLLEHÍ, José Fernando / MEDINA SARMIENTO, José E. / SUMMERS, Lucia (Ed.), *Crimen oportunidad y vida diaria. Libro homenaje al profesor Dr. Marcus felson*, Dykinson, 2015.
- MIRÓ LLINARES, Fernando, *Conocimiento e imputación en la participación delictiva. Aproximación a una teoría de la intervención como partícipe en el delito*, Atelier, Barcelona, 2009.
- MIRÓ LLINARES, Fernando, «Democracia en crisis y Derecho penal del enemigo. Política criminal frente al terrorismo en los Estados democráticos antes y después del 11 de septiembre del 2001» en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 87, 2005.
- MIRÓ LLINARES, Fernando, *El ciberdelincuencia: fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, Marcial Pons, Madrid, 2012
- MIRÓ LLINARES, Fernando, «Imputación ¿objetiva? Conocimientos ¿especiales? Y conductas ¿neutrales?. Análisis a partir del caso de la mujer que lavaba la ropa del secuestrado (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2005)», en MIRÓ LLINARES, Fernando (Dir.), *¿Casos difíciles o irresolubles?*, Dykinson, Madrid, 2010.
- MIRÓ LLINARES, Fernando, «Persona o enemigo; vigencia real o postulada de las normas; Estado de derecho perfecto u óptimo en la práctica. Al hilo de la segunda edición del libro de Derecho penal del enemigo de Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá», en *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, vol. I, nº 1, Julio 2006.
- MIRÓ LLINARES, Fernando; POLAINO-ORTS, Miguel, *La imputación penal a debate. Una confrontación entre la doctrina de la imputación kantiana y la imputación objetiva de Jakobs*, Ara Editores, Lima, Perú, 2010.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Sistema de Derecho penal. Parte general*, 3 ed., Dykinson, Madrid, 2016
- MORITZ VORMBAUM, «El desarrollo de la Unión Europea y su influencia sobre el Derecho penal europeo», *Revista Penal*, nº 19, 2007.

- MORÓN LERNA, Esther, *Internet y Derecho penal: hacking y otras conductas ilícitas en la red*, Aranzadi, Navarra, 2002.
- MOUZELIS P., Nicos. *Organización y burocracia*, 3ª ed., Ediciones Península, Barcelona, 1991.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, «Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada», en FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos / ANARTE BORRALLA, Enrique, *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, Huelva, 1999.
- MUSACCHIO, Vincenzo, «Corrupción política y criminalidad organizada: peligrosas conveniencias», en *Revista General de Derecho Penal*, nº 20, 2013.
- NUÑEZ CASTAÑO, Elena, «Formas de realización del delito: El *iter criminis*», en GÓMEZ RIVERO, M^a del Carmen (Dir.), *Nociones Fundamentales de Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2015.
- NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, *Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas. Sobre el sentido de las reformas penales en materia de terrorismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, «Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos», en *ADPCP*, tomo XLIII, fasc. I, 1990.
- OLMEDO CARDENTE, Miguel Domingo, *La inducción como forma de participación accesoria*, Edersa, Madrid, 1999.
- ORTIZ DE NORIEGA, Juan / LARIOS SÁNCHEZ, Cristina y otros, *Código penal alemán StGB. Código procesal penal alemán StPO*, EIRANOVA ENCINAS, Emilio (Coord.), Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2001.
- PALLARÉS MORENO, Manuel, «Seguridad ciudadana y competencias del Estado», en COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.), *Comentarios a la legislación penal*, tomo XV, vol. I, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1994.
- PALMA HERRERA, Manuel José, *Los delitos de blanqueo de capitales*, Edersa, Madrid, 2000.
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, «El riesgo como construcción conceptual: sobre el uso y el abuso de las ciencias sociales en el discurso político-criminal del “Derecho penal del riesgo”», en *RCSP*, nº 13, 2003. (*Revista Catalana de Seguretat Pública*)
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, *El riesgo permitido en el Derecho penal (régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995.
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, «La seguridad como objetivo político criminal del sistema penal», *Eguzkilore: Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología*, nº 20, San Sebastián, Diciembre 2006.

- PAREJO ALFONSO, Luciano, *Seguridad pública y policía administrativa de seguridad: Problemas de siempre y de ahora para el deslinde, la decantación y la eficacia de una responsabilidad nuclear del Estado administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- PASTOR MUÑOZ, Nuria, *Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática*, Atelier, Barcelona, 2005.
- PATALANO, Vincenzo, *L'associazione per delinquere*, Eugenio Jovene, Napoli, 1971.
- PELÁEZ MARTOS, José María, *Blanqueo de capitales, obligaciones de empresas y profesionales en la nueva ley*, Grupo Wolters Kluwer España S. A., Valencia 2010.
- PÉREZ ALONSO, Esteban Juan, *La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho penal*, Comares, Granada, 1998.
- PÉREZ ALONZO, Esteban, *Tráfico de personas e inmigración clandestina (un estudio sociológico y juidico-penal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- PÉREZ CEPEDA, Isabel, *La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho penal postmoderno*, Iustel, Madrid, 2007.
- PERROW, Charles, «Una sociedad de organizaciones», *REIS*, nº 59, 1992. (Revista Española de Investigación Sociológica).
- PERIS RIERA, Jaime, «Delitos contra el orden público y contra la comunidad internacional», en Lorenzo Morillas, Cueva (Dir.), *Estudios sobre el Código penal Reformado (Leyes orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, 2015.
- PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del Derecho penal*, J.M^a. Bosch, Barcelona, 2005.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel, «Delitos contra el orden público (III). Desordenes públicos», en COBO DEL ROSAL, Manuel, *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, tomo II, Marcial Pons, Madrid 1997.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel, «Delitos contra el orden público (V). Delitos de terrorismo», en COBO DEL ROSAL, Manuel, *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, tomo II, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel, «Delitos contra la libertad y seguridad», en COBO DEL ROSAL, Manuel, (Dir.), *Manual de Derecho penal, Parte especial*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1993.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos científicos del Derecho penal*, tomo I, 6 ed., actualizada con colaboración de Miguel Polaino-Orts, Bosch, Barcelona, 2008.

- POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El bien jurídico en el Derecho penal*, Anales de la Universidad Hispalense, serie: Derecho, núm. 19, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1974.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El injusto típico en la Teoría del delito*, Mave Editor, Corrientes, Argentina, 2000.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Fundamentos dogmáticos del moderno Derecho penal*, Editorial Porrúa, México D. F., 2001.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel, «Introducción a los delitos contra el Orden Público. Sedición. Atentado, Resistencia, Desobediencia. Deórdenes públicos», en POLAINO NAVARRETE, Miguel (Dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial, adaptadas a la ley orgánica 5/2010 de Reforma del Código penal*, tomo II, Tecnos, Madrid, 2011.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel, *La Reforma penal española de 2003: Una valoración crítica*, Tecnos, Madrid, 2004.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, tomo II, 2ª edición, Tecnos, Madrid, 2016.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Teoría del delito. Adaptadas al EEES*, 3ª ed., Mergablum, Sevilla, 2012.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel, «Protección de bienes jurídicos y confirmación de la vigencia de la norma: ¿dos funciones excluyentes?», en JAKOBS, Günther / POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, *Bien jurídico, vigencia de la norma y daño social*, Ara Editores, Lima, 2010.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel, «Reflexiones sobre la norma jurídico-penal: estructura, naturaleza y funciones», en AA.VV., *Dogmática y criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo: Homenaje de los grandes tratadistas a Alonso Reyes Echandia*, Legis Editores, Bogotá, 2005.
- POLAINO-ORTS, Miguel, *Curso de Derecho penal del enemigo. Delincuencia grave y exclusión social en el Estado de Derecho*, Digital@tres, Sevilla, 2013.
- POLAINO-ORTS, Miguel, «Delitos tributarios e imputación objetiva. Reflexiones al hilo del art. 15 de la ley penal tributaria argentina», en KINDHÄUSER, Urs y POLAINO-ORTS, Miguel, *Normativismo en Derecho penal. Estudios de dogmática jurídico penal*, ConTexto, Resistencia-Chaco, 2011.
- POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límites de la vigencia*, Bosch, Barcelona, 2009.
- POLAINO-ORTS, Miguel, *Funcionalismo normativo. Bases dogmáticas para el nuevo sistema de justicia penal*, tomo I, CESCIJUC, México D.F., 2014.

- POLAINO-ORTS, Miguel, «Imputación funcionalista» en Kindhäuser, Urs / POLAINO-ORTS, Miguel / Corcino Barrueta Fernando, *Imputación normativa. Aspectos objetivo y subjetivo de la imputación penal*, ConTexto, Resistencia-Chaco, 2011.
- POLAINO-ORTS, Miguel, «Las cuatro caras de la imputación penal. Acotaciones críticas al concepto kantiano de imputación desde una perspectiva funcionalista», en MIRÓ LLINARES, Fernando / POLAINO-ORTS, Miguel, *La imputación penal a debate. Una confrontación entre la doctrina de la imputación kantiana y la imputación objetiva de Jakobs*, Ara Editores, Lima, 2010.
- POLAINO-ORTS, Miguel, «Organizaciones y grupos criminales» en JAKOBS, Günther / POLAINO-ORTS, Miguel, *Criminalidad organizada. Formas de combate mediante el Derecho penal*, Flores Editor, México D.F., 2013.
- POLAINO-ORTS, Miguel, «Organizaciones y grupos criminales», en POLAINO NAVARRETE, Miguel, (Dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial, adaptadas a la ley orgánica 5/2010 de Reforma del Código penal*, tomo II, Tecnos, Madrid, 2011.
- POLAINO-ORTS, Miguel, «Realidad y ficción en el Derecho penal del enemigo», en *Boletim da facultade de Dereito. Estudos em homenagem al Profesor Doctor Jorge De Figueiredo Dias*, Editorial Coimbra, Coimbra, 2009.
- POLAINO-ORTS, Miguel, «Vigencia de la norma: El potencial del sentido de un concepto», en JAKOBS, Günther / POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, *El bien jurídico, vigencia de la norma y daño social*, Ara Editores, Lima, 2010.
- POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, *Los elementos subjetivos del tipo penal*, B de F, Buenos Aires, 2008.
- POMARES CINTAS, Esther, «El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral», *RECPC*, 13-15, 2011.
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, «Terrorismo de Estado: los grupos antiterroristas de liberación (GAL)», en NIETO MARTÍN, Adán, (Coord.), *Homenaje a Marino Barbero Santos in memoriam*, vol. II, Ediciones Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2001.
- PUENTE SEGURA, Leopoldo, *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*, Colex, Madrid, 1997.
- PUPPE, Ingeborg, *La imputación objetiva. Presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales*, trad. Percy García Caverro, Comares, Granada, 2001.
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, «Comentarios al Código penal», *RDP*, Madrid, 1966.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita», en FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos / ANARTE BORRALLA, Enrique (eds.),

Delincuencia organizada, aspectos penales, procesales y criminológicos, Universidad de Huelva, Huelva, 1999.

- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte general del Derecho penal*, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, 2007.

- RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, «Consideraciones sobre la prueba del dolo», en *Revista de Estudios de la Justicia*, nº4, 2004

- RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, J.M Bosch, Barcelona, 1999.

- RANIERI, Silvio, *Manual de Derecho penal*, tomo IV, Temis, Bogotá, 1975.

- REAL DECRETO 137/1993.de 29 de enero. Por el que se aprueba el Reglamento de Armas. (art. 4 al 6).

- RECASENS I BRUNET, Amadeu, *La seguridad y sus políticas*, Atelier, Barcelona, 2007.

- REY HUIDOBRO, Luis Fernando, «El delito de tráfico de drogas tóxicas, Estupefacientes o sustancias psicotrópicas, y figuras agravadas de primer grado, contenidas en el artículo 344 bis a)», en COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.), *Comentarios a la legislación penal*, tomo XII, (EDERSA) Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1990.

- REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, 3ª ed., Temis, Bogotá, 2005.

- RIVAS NIETO, Pedro / REY GARCÍA, Pablo, *Las autodefensas y el paramilitarismo en Colombia (1964-2006)*, CONfines, 4/7 enero-mayo, 2008.

- ROBBINS P., Stephen; JUDGE A., Timothy, *Comportamiento organizacional*, 13ª ed., trad. Javier Enríquez Brito, Pearson Educación, México D.F., 2009.

- ROBLES PLANAS, Ricardo, «Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión)», en *Revista para el Análisis del Derecho InDret*, Barcelona, abril 2012.

- ROBLES PLANAS, Ricardo, *Estudios de Dogmática jurídico-penal. Fundamentos, teoría del delito y Derecho penal económico*, B de f., Buenos Aires, 2014.

- ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito: fundamentos y límites*, Marcial Pons, Barcelona, 2003.

- RODRÍGUEZ CABALLEIRA, Álvaro, «La actuación de las sectas coercitivas», en Eguzkilore, *Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología*, nº 18, San Sebastián, 2004.

- RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho penal español*, Ediciones Castilla, Valladolid, 1965.

- RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho penal español, Parte especial*, 6º ed. Madrid 1975.
- RODRÍGUEZ DEVESA, José María / SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal español, Parte especial*, 17ª ed., Dykinson, Madrid, 1994.
- RODRÍGUEZ DEVESA, José María / SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal español. Parte especial*, 18ª ed., Dykinson, Madrid, 1995.
- RODRÍGUEZ DEVESA, José María, «La reciente reforma penal del Código penal español (Ley 23/1976, de 19 julio)», en *ADPCP*, 1976.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Servicio Publicaciones Facultad Derecho, Madrid, 1994.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina, «De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas», en ARROYO ZAPATERO, L., / BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., / FERRÉ OLIVÉ, J., C., y otros (Dir.), *Comentarios al Código penal*, Iustel, Madrid, 2007.
- RODRÍGUEZ, Josep A. / GUILLÉN, Mauro F., «Organizaciones y profesiones en la sociedad contemporánea», *REIS*, nº 59, 1992.
- ROIG TORRES, Margarita, «La regulación del comiso. El modelo Alemán y la reciente reforma española», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVI, 2016.
- ROPERO CARRASCO, Julia, «¿Es necesaria una reforma penal para resolver los problemas de atribución de responsabilidad y “justo” castigo de la delincuencia organizada?», *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXVII, Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela, 2007.
- ROPERO CARRASCO, Julia, «La necesaria armonización legislativa en el tratamiento de la delincuencia organizada», en MORÁN BLANCO, Sagrario / ROPERO CARRASCO, Julia / GARCÍA SÁNCHEZ, Beatriz, *Instrumentos internacionales en la lucha contra la delincuencia organizada*, Dykinson, Madrid, 2011.
- ROTH, Jürgen / FREY, Marc, *Europa en las garras de la mafia*, trad. Francisco González-Aguilar, Anaya & Mario Muchnik, Barcelona, 1995.
- ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, 7ª ed., trad. Joaquín Cuello contreras / José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- ROXIN, Claus, *Derecho penal, Parte general. Especiales formas de aparición del delito*, tomo II, trad. Diego Manuel Luzón Peña / José Manuel paredes Castañón / Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Aranzadi S. A., Navarra, 2014.
- ROXIN, Claus, *Derecho penal, Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, tomo I, trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, Thomson-Civitas, Madrid, 1997.

- ROXIN, Claus, «El dominio de la organización como forma independiente de autoría mediata», en *Revista de Estudio de la Justicia*, nº 7, 2006.
- ROXIN, Claus, «Fundamentos político-criminales y dogmáticos del Derecho penal», trad. María Laura Böhm, Escuela de Verano Göttingen, 2013.
- ROXIN, Claus, «Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada», en FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos / ANARTE BORRALLA, Enrique, *Delincuencia organizada. Aspectos penales, Procesales y criminológicos*, Servicios de Publicaciones Universidad de Huelva, Huelva, 1999.
- RUDOLPHI, Hans-Joachim, «Verteidigerhandeln als Unterstützung einer krimineller oder terroristischen Vereinigung i. S. der §§ 129 und 129 a StGB», en *Festschrift für H.-J. Bruns zum 70. Geburtstag*, Köln 1978.
- RUEDA MARTÍN, M^a Ángeles, «Consideraciones acerca de la relevancia penal de las acciones cotidianas en la comisión de un hecho doloso», en *Revista Penal*, nº 9, 2002.
- RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción (una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto)*, J.M^a. Bosch, Barcelona, 2001.
- RUIDÍAZ GARCÍA, Carmen, *Justicia y seguridad ciudadana*, Edersa, Madrid, 1997.
- SAAVEDRA RUIZ, Juan, en *Cuadernos del Derecho Judicial*, «La responsabilidad penal de las actividades de riesgo», Madrid, 2002.
- SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, José Eduardo, «Delitos contra el orden público (V). De las organizaciones y grupos criminales», en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Coord.), *Sistema de Derecho penal español. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2011.
- SAINZ CANTERO, José Antonio, «Informe de la Universidad de Granada sobre el proyecto que dio lugar al Código penal de 1822», en *ADPCP*, 1967.
- SAINZ MORENO, Fernando, «Orden público económico y restricciones de la competencia», en *RAP*, nº 84, Septiembre-Diciembre, 1977.
- SALINERO ALONSO, Carmen, *Teoría de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y el artículo 66 del Código penal*, Comares, Granada.
- SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, *Introducción al Estado constitucional*, Ariel S.A., Barcelona, 1993.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, «Artículo 515», en GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.), *Comentarios al Código penal*, 2^a ed., Lex Nova, Valladolid, 2011.

- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel, «De las organizaciones y grupos criminales», en GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.), *Comentarios al Código penal*, 2ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2011.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Mª Isabel, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Universidad de Valladolid, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Valladolid, 1999.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Mª Isabel, «Función político-criminal del delito de asociación para delinquir: desde el Derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado», en NIETO MARTÍN, Adán (Coord.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero santos In memoriam*, vol. II, Ediciones Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2001.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, *La criminalidad organizada, aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Dykinson, Madrid, 2005.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel, «Perfil criminológico de la delincuencia transnacional organizada», en PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (ed.), *Serta in memoriam Alexandri Baratta*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2004.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, «Problemas de legitimidad de una respuesta excepcional frente a las organizaciones criminales», en CANCIO MELIÁ, Manuel / POZUELO PÉREZ, Laura (coords.), *Política criminal en vanguardia, inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Thomson-Cívitas, Cizur Menor, Navarra, 2008.
- SANSÓ-RUBERT PASCUAL, Daniel, «Criminalidad organizada transnacional en Asia-Pacífico: repercusiones para la seguridad regional e internacional», *UNISCI Discussion Papers*, nº 26, mayo 2011.
- SANSÓ-RUBERT PASCUAL, Daniel, «Criminalidad organizada transnacional y seguridad internacional», en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José J. / JORDÁN ENAMORADO, Javier / SANSÓ-RUBERT PASCUAL, Daniel, *Seguridad y defensa hoy construyendo el futuro*, Plaza y Valdés, Madrid, 2008.
- SANSÓ-RUBERT, Daniel, «La internacionalización de la delincuencia organizada: análisis del fenómeno», en *UNISCI Discussion Papers*, nº 9, octubre 2005.
- SANTANA VEGA, Dulce María, *La protección de los bienes jurídicos colectivos*, Dykinson, Madrid, 2000.
- SANTANIELLO, Giuseppe, *Manuale di diritto penale*, Dott. A. Guifre-Editore, Milano, 1961.
- SCHNEIDER, Hans Joaquim, «Recientes investigaciones criminológicas sobre criminalidad organizada», en *RDPC*, Madrid, 1993.
- SERRANO GÓMEZ, Alfonso / SERRANO MAÍLLO, Alfonso y otros, *Curso de Derecho penal. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2012.

- SERRANO GÓMEZ, Alfonso / SERRANO MAÍLLO, Alfonso, *Derecho penal. Parte especial*, 12ª ed., Dykinson, Madrid, 2007.
- SERRANO GÓMEZ, Alfonso, «La coautoría en el Código penal a través de un supuesto de tentativa de homicidio», en *Revista de Derecho UNED*, nº 7, 2010.
- SIEBER, Ulrich, «Criminalidad informática: peligro y prevención», en MIR PUIG, Santiago, *Delincuencia informática*, Promociones y Publicaciones, S. A., Barcelona, 1992.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, J.Mª. Bosch, Barcelona, 1992.
- SILVA SÁNCHEZ, José María, «Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas», en *Cuaderno de Derecho Judicial*, Madrid, 1997.
- SILVA SANCHEZ, Jesús-María, *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, 2 ed., B de F., Buenos Aires, 2016.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal, aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2001; 3ª ed., Edisofer, Madrid, 2011.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «¿‘Pertinencia’ o ‘intervención’? del delito de ‘pertinencia a una organización criminal’ a la figura de la ‘participación a través de la organización’ en el delito», en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio / GURDIEL SIERRA, Manuel / CORTÉS BECHIARELLI, Emilio (Coords.), *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, § 130, tomo IV, Tea, Buenos Aires, 1992.
- SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, tomo II, Tea, Buenos Aires, 1992.
- STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general, el hecho punible*, trad. Manuel, Cancio Meliá y Marcelo A., Sancinetti, Aranzadi-Cizur Menor, Navarra, 2005.
- SUÁREZ LÓPEZ, José María, «Aspectos dogmáticos y político criminales en el tratamiento penal de la criminalidad organizada», en *Anales de Derecho*, nº 30, 2012.
- SUAREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, (Coord.), *Manual de Derecho penal. Parte especial*, tomo II, 2ª ed., Tomson-Civitas, Madrid, 2004.
- TAMARIT SUMALLA, José Mª, «Delitos contra la constitución», en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.) / VALLE MUÑIZ, José Manuel (Coord.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, Aranzadi, Navarra, 1996.
- TAMARIT SUMALLA, Josep Mª, «De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas», en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.),

Comentarios a la parte especial del Derecho penal, 6ª ed., Aranzadi-Cizur Menor, Navarra, 2007.

- TAMARIT SUMALLA, Josep M^a, «El Derecho penal ante el fenómeno sectario», en Eguzkilore: *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº 18, San Sebastián, 2004.

- TAMARIT SUMALLA, Josep M^a, *La libertad ideológica en el Derecho penal*, Publicaciones del Instituto de Criminología de Barcelona, Barcelona, 1989.

- TANZI, Vito / DAVOODI, Hamid, «Corrupción, inversión pública y crecimiento», en *GAPP*, nº 21, mayo-agosto de 2001.

- TAWSE-SMITH, Diane, *Conflicto armado colombiano*, Desafíos, Bogotá, nº 19, semestre II, 2008.

- TÉLLEZ AGUILERA, Abel, «El libro primero del Código penal tras la Ley Orgánica 1/2015», en *Diario La Ley*, nº 114, Sección Estudios, Mayo-Junio 2015.

- TEUBNER, Gunther, «El Derecho como sujeto epistémico: hacia una epistemología constructivista del Derecho», trad. Carlos Gómez-Jara Díez, en *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 25, 2002.

- TIEDEMANN, Klaus, *Poder económico y delito*, Ariel S. A. Barcelona, 1985.

- TONDINI, Bruno M., «Blanqueo de capitales y lavado de dinero; su concepto, historia y aspectos operativos», en *CAEI*, nº 20, 2006.

- TORÍO LÓPEZ, Ángel, «El concepto individual de culpabilidad», en *ADPCP*, tomo 38, fasc. II, 1985.

- TORÍO LÓPEZ, Ángel, «Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma», en *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 10, 1985-1986.

- TORÍO LÓPEZ, Ángel, «Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva», en *ADPCP*, tomo 39, fasc. I, 1986.

- TORÍO LÓPEZ, Ángel, «Significación dogmática de la “compensación de culpas” en Derecho penal», en *Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández-Albor*, Servicio de Publicacións e Intercambio Científico da Universidade de Santiago de Compostela, 1989.

- TORRES FERNÁNDEZ, María Elena, «El tráfico de personas con fines de inmigración ilegal del artículo 318 bis del Código penal», en *La ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, tomo 3, 2006.

- TRILLO NAVARRO, Jesús Pórfilo, *Delitos económicos. La respuesta penal a los rendimientos de la delincuencia económica*, Dykinson, Madrid, 2008.

- ÚBEDA-PORTUGUÉS, José Escribano, *Evolución y perspectivas de la cooperación internacional contra el tráfico ilícito de armas y el narcotráfico*, Universidad Autónoma de Bucaramanga, vol. 10, nº. 20, 2008.
- VAN WEEZEL, Alex, «Persona como sujeto de imputación y dignidad humana», en CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ JARA-DÍEZ, Carlos (Coord.), *Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión*, vol. 2, Edisofer, Madrid, 2006.
- VARGAS PINTO, Tatiana, *Delitos de peligro abstracto y resultado. Determinación de la incertidumbre penalmente relevante*, Aranzadi – Cizur Menor, Navarra, 2007.
- VARGAS PINTO, Tatiana, «La “desgraciada” conducta de la víctima: un problema de imputación», en *Política Criminal: Revista de Electrónica semestral de Políticas públicas en materias penales*, nº 18, 2014.
- VEGA SÁNCHEZ, Victoria, *Prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (nueva ley 10/2010, de 28 de abril)*, Centro de Estudios Ramón Areces S.A. Madrid, 2010.
- VELASCO NÚÑEZ, Eloy, «Crimen organizado: organización y grupos criminales tras la reforma del Código penal en la LO 5 / 2010», en *Diario La Ley*, nº 86, Sección estudios, octubre 2011.
- VIDALES RODRÍGUEZ, Caty, «Delincuencia organizada y medios tecnológicos avanzados: el subtipo agravado previsto en relación con organizaciones y grupos criminales», en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis / CUERDA ARNAU, María Luisa, (Dir.), *Nuevas amenazas a la seguridad Nacional. Terrorismo, criminalidad organizada y tecnologías de la información y la comunicación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013
- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, «La nueva directiva europea relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas ¿Cambio de rumbo de la política de la Unión en materia de trata de seres humanos?», en *RECPC*, 2011.
- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, «Trata de seres humanos y criminalidad organizada. Conexiones entre ambos fenómenos criminales y su plasmación jurídico-penales», *InDret*, Barcelona, enero 2012.
- VILLAGÓMEZ CEBRIAN, Alfonso J., *Las fuerzas y cuerpos de seguridad: del orden público a la seguridad ciudadana*, Ara Solis - Xunta de Galicia, A Coruña, 1997.
- VILLORIA MENDIETA, Manuel, «Crimen organizado y corrupción: causas y consecuencias», en CENTRO NACIONAL DE ESTUDIOS DE LA DEFENSA NACIONAL, *La lucha contra el crimen organizado en la Unión Europea*, Ministerio de Defensa-España, nº 48, 2012.
- VIRGA, Prieto, *La potestà di polizia*, Dott. Antonio Giufrè, Milano, 1954.
- VOGEL, Joachim, «Dolo y error» en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 95, 2008.

- VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho penal*, tomo II, trad. de la 20ª ed. alemana trad. Luis Jiménez de Asúa y Quintano Saldaña, Editorial Reus, Madrid, 1929.
- VORMBAUM, Moritz, «El desarrollo de la Unión Europea y su influencia sobre el Derecho penal europeo», en *Revista Penal*, nº 19, 2007.
- WELZEL, Hans, *Derecho penal. Parte general*, trad. Carlos Fontán Balestra, Roque Depalma, Buenos Aires, 1956.
- YACOBUCCI, Guillermo J., «Culpabilidad y libre arbitrio en la reflexión de Günther Jakobs», en MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo / CARO JOHN, José Antonio, (editores), *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo. Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs en su 70 Aniversario*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.
- ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto, «de los delitos de terrorismo», en GÓMEZ TOMILLO, Manuel, (Dir.), *Comentarios al Código penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010.
- ZÁRATE CONDE, Antonio, «Consideraciones acerca de la nueva regulación del comiso prevista por el anteproyecto de Reforma del Código penal», en *Diario La Ley*, nº 8019, Sección Tribuna, 8 de febrero, 2013.
- ZIFFER, Patricia, *El delito de asociación ilícita*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, «Criminalidad organizada, Derecho penal y sociedad, apuntes para el análisis», en SANZ MULAS, Nieves (Coord.), *El desafío de la criminalidad organizada*, Comares S.L., Granada, 2006.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal, contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, Comares S. L., Granada, 2009.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, «Modelos de política criminal frente a la criminalidad organizada: la experiencia italiana (entre eficacia y garantías)», en *Revista General de Derecho Penal*, nº 23, mayo 2015.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, «Redes internacionales y criminalidad: a propósito del modelo de «participación en organización criminal», en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura / MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina / DIEGO DÍAZ-SANTOS, Mª Rosario, *El Derecho penal ante la globalización*, Colex, Madrid, 2002.

JURISPRUDENCIA

ATS 745/2008, de 18 de julio, (Roj: ATS 6548/2008), Razonamiento Jurídico (Primero).

ATS 787/2016, 21 de abril, (Roj: ATS 4641/2016), Fundamento de Derecho (Tercero).

STC 325/1994, de 12 de diciembre, Fundamento Jurídico (Segundo).

STS 421/2003, de 10 de abril, Ref. Iustel: §211878.

STS 1/1997, de 28 de octubre, (Roj: STS 6410/1997), Fundamento de Derecho (Vigésimo).

STS 7005/1994, de 30 de octubre, (Id Cendoj: 28079120011994107856), Fundamento de Derecho (Cuarto).

STS 1030/2003, de 15 de julio, (Roj: STS 5022/2003), Fundamento de Derecho (Primero).

STS 1032/2006, de 25 de octubre, (Roj: STS 6885/2006), Fundamento de Derecho (Tercero).

STS 1035/2013, de 9 de enero, (Roj: STS 220/2014), Fundamento de Derecho (Tercero).

STS 1049/2005, de 20 de septiembre, (app.vlex.com/#vid/18432645), Fundamento de Derecho (Primero).

STS 1075/ 2006, de 23 de octubre, Fundamento de Derecho (Segundo)

STS 109/2012, de 14 de febrero, (Roj: STS 1204/2012), Fundamento de Derecho (Vigésimo Quinto)

STS 1095/2001, de 16 de julio, Ref. Iustel: §307533, Fundamento de Derecho (Séptimo).

STS 110/2012, 29 de febrero, (Roj: STS 1418/2012), Fundamento de Derecho (Cuarto).

STS 110/2016, de 19 de febrero (Roj: STS 768/2016), Fundamento de Derecho (Quinto)

STS 112/2012, de 23 de febrero, (Roj: STS 1393/2012), Fundamento de derecho (Cuarto).

STS 1127/2002, de 17 de junio, Id. vLex: VLEX-18372040, Fundamento de Derecho (Cuarto).

STS 1177/ 2003, de 12 de septiembre, (Roj: STS 5465/2003), Fundamento de Derecho (Sexto).

STS 1180/2010, de 22 de diciembre, (app.vlex.com/#vid/252334610), Fundamento de Derecho (Primero).

STS 119/2007, de 16 de febrero, LA LEY 1677/2007, Fundamento de Derecho (Noveno).

STS 1240/2000, de 11 de septiembre, (app.vlex.com/#vid/17726009), Fundamento de Derecho (Vigésimo Primero).

STS 1370/2009, de 22 de diciembre (Roj: STS 8391/2009), Fundamento de Derecho (Segundo).

STS 14/2016, de 20 de abril, (Roj: SAN 1394/2016), Fundamento de Derecho (Décimo).

STS 1426/2005, de 13 de diciembre, (Roj: STS 7472/2005), Fundamento de Derecho (Décimo).

STS 1486/2000, de 27 de septiembre, Fundamento de Derecho (Tercero).

STS 158/2013, de 22 de febrero, (Roj: STS 27/2013), Fundamento de Derecho (Cuarto).

STS 16/2007, de 26 de septiembre, (Roj: STSJ M 19255/2007), Fundamento de Derecho (Décimo).

STS 1601/2005, de 22 de diciembre, (Roj: STS 8035/2005), Fundamento de Derecho (Cuarto)

STS 1611/2005 de 26 de diciembre (Roj: STS 7864/2005), Fundamento de Derecho (Tercero)

STS 165/2013, de 26 de marzo, (Roj: STS 1649/2013), Fundamento de Derecho (Vigesimoctavo).

STS 185/2005, de 21 de febrero (Roj: STS 1023/2005), Fundamento de Derecho (Segundo).

STS 187/2013, de 11 de febrero, (Roj: STS 1914/2013), Fundamento de Derecho (Tercero).

STS 1918/2002, de 15 de noviembre (Roj: STS 7580/2002), Fundamento de Derecho (Tercero).

STS 195/2009, de 19 de octubre, Fundamento de Derecho (segundo).

STS 197/1999, de 16 de febrero, (Roj: STS 1017/1999), Fundamento de Derecho (Primero).

STS 197/1999, de 16 de febrero, Id. vLex: VLEX-17716992, Fundamento de Derecho (Primero).

STS 207/2012, de 12 de marzo (Roj: STS 2156/2012), Fundamento de Derecho (Trigésimo Tercero).

STS 207/2012, de 12 de marzo, (Roj: STS 2156/2012), Fundamento de Derecho (Trigésimo Tercero).

STS 218/2013, de 2 de marzo, (Ref. Iustel: §357307), Fundamento de Derecho (Sexto).

STS 228/2013, de 22 de marzo, (ROJ: STS 1919/2013), Fundamento de Derecho (Décimo Octavo).

STS 234/2001, de 3 de mayo (Ref. Iustel: §201358).

STS 234/2007, de 23 de marzo, Id. vLex: VLEX-27820414, Fundamento de Derecho (Segundo).

STS 239/2012, de 23 de marzo, Ref. Iustel: § 347767, Fundamento de Derecho (Octavo).

STS 239/2012, de 23 de marzo, Ref. Iustel: §347767.

STS 258/2007, de 19 de julio, (app.vlex.com/#vid/30960537), Fundamento de Derecho (Séptimo).

STS 304/2011, de 19 de abril, Fundamento de Derecho (Único)

STS 309/2013, de 1 de abril, (Roj: STS 1840/2013), Fundamento de Derecho (segundo).

STS 311/2014, de 16 de abril, (app.vlex.com/#vid/508627786), Fundamento de Derecho (Segundo).

STS 312/2007, de 20 de abril, (Roj: STS 2398/2009), Fundamento de Derecho (Primero).

STS 312/2012, de 24 de abril, Ref. Iustel: § 348832, Fundamento de Derecho (Segundo).

STS 34/2007, de 1 de febrero, (Roj: STS 484/2007), Fundamento de Derecho (Único).

STS 341/2010, de 13 de abril, Fundamento de Derecho (Tercero)

STS 343/2007, de 20 de abril, (Roj: STS 3605/2007), fundamento de Derecho (Cuarto).

STS 353/2016, de 26 de abril, (Roj: STS 1808/2016), Fundamento de Derecho (Segundo).

STS 356/2009, de 7 de abril, (Roj: STS 2074/2009), Fundamento de Derecho (Décimo Noveno).

STS 371/2014, de 7 de mayo, (Roj: STS 1622/2014), Fundamento de Derecho (Segundo).

STS 371/2014, de 7 de mayo, (Roj: STS 1622/2014), Fundamento de Derecho (Segundo).

STS 415/2005, de 23 de marzo (Ref. Iustel: §239115), Fundamento de Derecho (Noveno)

STS 421/2003, de 10 de abril, Fundamento de Derecho (Sexto).

STS 421/2003, de 10 de abril, Fundamento de Derecho (Sexto).

STS 426/2014, de 28 de mayo, (Roj: STS 2244/2014), fundamento de Derecho (Segundo).

STS 431/2016, de 19 de mayo, (Roj: STS 2291/2016), Fundamento de Derecho (Tercero).

STS 434/2007, de 16 de mayo (Roj: STS 4454/2007), fundamento de Derecho (Segundo).

STS 452/2008, de 10 de julio, (Roj: STS 4024/2008), Fundamento de Derecho (Sexto).

STS 468/2007, de 18 de mayo, (app.vlex.com/#vid/29554070), Fundamento de Derecho (Quinto).

STS 497/2006, de 3 de mayo, (app.vlex.com/#vid/20782378), Fundamento de Derecho (Undécimo).

STS 500/2016, de 9 de junio, (Roj: STS 2880/L), Fundamento de Derecho (Cuarto).

STS 505/2016, de 9 de junio, (Roj: STS 2774/2016), Fundamento de Derecho (Décimo Primero).

STS 526/2013, de 25 de junio (Roj: STS 3393/2013), Fundamento de Derecho (Sexto).

STS 529/2005, de 27 de abril, (app.vlex.com/#vid/18036478), Fundamento de Derecho (Tercero).

STS 540/2010, de 8 de junio, (Roj: STS 2903/2010), Fundamento de Derecho (Quinto).

STS 540/2010, de 8 de junio, Id. vLex: VLEX-215152375, Fundamento de Derecho (Quinto).

STS 543/2003, de 20 de mayo, (Roj: STS 3417/2003) Fundamento de Derecho (Quinto)

STS 544/2011, de 7 de junio, (app.vlex.com/#vid/307281874), Fundamento de Derecho (Décimo Tercero).

STS 544/2012, de 2 de julio, (Roj: STS 4686/2012), Fundamento de Derecho (Tercero).

STS 55/2010, de 26 de enero (Roj: STS 1231/2010), Fundamento de Derecho (Segundo).

STS 556/2006, de 31 de mayo, (Roj: STS 7464/2006), Fundamento de Derecho (Noveno).

STS 556/2006, de 31 de mayo, Id. vLex: VLEX-51963901, Fundamento de Derecho (Noveno).

STS 576/2014, de 18 de julio, (Roj: 3131/2014), Fundamento de Derecho (Quinto).

STS 596/1998, de 5 de mayo (Roj: STS 2855/1998), fundamento de Derecho (Sexto).

STS 598/2010, de 14 de junio, (Ref. Iustel: §302250), Fundamento de Derecho (Cuarto).

STS 624/2002, de 10 de abril, (Roj: STS 2529/2002), Fundamento de Derecho (Segundo)

STS 653/2015, de 3 de noviembre, (Roj: STS 4695/2015), Fundamento de Derecho (Noveno).

STS 676/2012, de 26 de julio, Fundamento de Derecho (Trigésimo-Quinto)

STS 694/2011, de 24 de junio, (Roj: STS 4863/2011), Fundamento de Derecho (Numeral 4).

STS 695/2013, de 22 de julio, (Roj: STS 4490/2013).

STS 719/2013, de 9 de octubre, Fundamento de Derecho (Vigésimo Noveno).

STS 732/2012, de 1 de octubre, (Roj: STS 6803/2012), Fundamento de Derecho (Tercero).

STS 740/2010, de 6 de julio, (Roj: STS 4331/2010) Fundamento de Derecho (Tercero).

STS 745/2008, de 25 de noviembre (Roj: STS 6627/2008).

STS 749/2009, de 3 de julio, (Roj: STS 4693/2009), Fundamento de Derecho (Sexto núm. 3).

STS 765/2009, de 9 de julio, (Roj: STS 4832/2009), Fundamento de Derecho (Cuarto).

STS 808/2005, de 23 de junio, (Roj: STS 8035/2005), Fundamento de Derecho (segundo).

STS 2078/2011, de 17 de noviembre, (Roj: STS 8461/2011) Fundamento de Derecho (Quinto, núm 3).

STS 849/2013, de 12 de noviembre, (Roj: STS 5629/2013), Fundamento de Derecho (Cuarto).

STS 849/2103, de 12 de noviembre, (Roj: STS 5629/2013), Fundamento de derecho (Cuarto).

STS 855/2013, de 11 de noviembre, (Roj: STS 5580/2013) Fundamento de Derecho (Vigésimo Tercero).

STS 855/2013, de 11 de noviembre, (Roj: STS 5580/2013), Fundamento de Derecho (Vigésimo Sexto).

STS 855/2013, de 11 de noviembre, (Roj: STS 5580/2013), Fundamento de Derecho (Vigésimo Cuarto).

STS 864/96, de 18 de noviembre, (Roj: STS 6462/1996), Fundamento de Derecho (Cuarto).

STS 923/2005, 13 de julio, (Roj: STS 4734/2005), Fundamento de Derecho (Tercero).

STS 950/2013, de 5 de diciembre, (Roj: STS 6211/2013), Fundamento de Derecho (Sexto).

STS 950/2013, de 5 de diciembre, (Roj: STS 6211/2013), Fundamento de Derecho (Séptimo).

STS 950/2013, de 5 de diciembre, (Roj: STS 6211/2013), Fundamento de Derecho (Sexto).

STS 954/2013, de 16 de diciembre (Ref. Iustel: § 359909), Fundamento de Derecho (Vigésimo Segundo).

STS 991/2013, de 20 de diciembre, (Roj: STS 6195/2013), Fundamento de Derecho (Tercero).

STS 808/2005, de 23 de junio, (Roj: STS 8035/2005), Fundamento de Derecho (Segundo).

SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-334/13
<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-334-13.htm>

STS 843/2016, de 8 de noviembre, (Roj: STS 4778/2016).

COMUNICACIONES, DIRECTIVAS Y RESOLUCIONES INTERNACIONALES

- COMMUNICATION FROM THE COMMISSION. *On measures to ensure greater security in explosives, detonators, bomb-making equipment and fire-arms*, 2005.

COM /2001/0628 final, Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo actualización semestral del marcador para supervisar el progreso en la creación de un espacio de "libertad, seguridad y justicia" en la Unión Europea (II semestre 2001), 2001.

COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL CONSEJO Y AL PARLAMENTO, *Relativa a la prevención y la lucha contra la delincuencia organizada en el sector financiero*, 2004.

COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL CONSEJO Y AL PARLAMENTO EUROPEO, *Sobre el papel de Eurojust y la Red Judicial Europea en el marco de la lucha contra la delincuencia organizada y contra el terrorismo en la unión europea*, Comisión de las comunidades Europeas, 2007.

COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL CONSEJO Y AL PARLAMENTO EUROPEO, *Desarrollo de un concepto estratégico para hacer frente a la delincuencia organizada*, Comisión de las Comunidades Europeas, 2005.

COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL CONSEJO Y AL PARLAMENTO EUROPEO, *Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia*, Bruselas, 2005.

COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO AL CONSEJO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES, *Hacia una política general de lucha contra la ciberdelincuencia*, Comisión de la Comunidades Europeas, 2007.

CONCLUSIONES DE LA PRESIDENCIA, Consejo Europeo de Tampere, 15 y 16 de octubre de 1999.

COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION 6517/10, *Europol Strategy 2010–2014*, Brussels, 22 February 2010.

CONSEJO (2005/C 53/01), *El programa de la Haya: consolidación de la libertad, seguridad y la justicia de la Unión Europea*, Diario Oficial de la Unión Europea, 2010.

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Estrategia de la UE contra la acumulación y el tráfico ilícitos de armas pequeñas y ligeras y de sus municiones*, Bruselas, 13 de enero de 2006.

CONSEJO EUROPEO, *Programa de Estocolmo – Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano*, Diario Oficial de la Unión europea, 2010.

CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL Y SUS PROTOCOLOS, *Anexo, Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, Viena, 2004.

CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL Y SUS PROTOCOLOS, *Anexo II, Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, Viena, 2004.

CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL, hecha en Nueva York de 15 de noviembre de 2000, fue firmada por España en Palermo el 13 de diciembre de 2000.

CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL Y SUS PROTOCOLOS, Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, Viena, 2004.

CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, 15 de noviembre de 2000, mediante Resolución A/RES/55/25.

CONVENIO DEL CONSEJO DE EUROPA SOBRE LA LUCHA CONTRA LA TRATA DE SERES HUMANOS, Varsovia, 16/5/2005.

CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES, de 4 de noviembre de 1950.

CONVENIO INTERNACIONAL SOBRE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN RACIAL, Resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965.

«Council of Europe - Organised crime situation report 2000».

«Council of Europe. Organised crime situation report 2001».

CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, (2010/C 83/02), Diario Oficial de la Unión Europea, 2010.

CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES de la UNIÓN EUROPEA, Luxemburgo, 2010.

DECISIÓN 2009/902/JAI DEL CONSEJO, *Por la que se crea una Red Europea de la Delincuencia (REPD) y se deroga la decisión 2001/427/JAI*, Diario Oficial de la Unión Europea, 2009.

DECISIÓN 2010/765/PESC DEL CONSEJO, *Sobre la acción de la UE para hacer frente al tráfico ilícito de armas pequeñas y armas ligeras (APAL) por vía aérea*, Diario Oficial de la Unión Europea, 2010.

DECISIÓN DE LA COMISIÓN (2011/502/UE), *Por la que se crea el Grupo de expertos en la trata de seres humanos y se deroga la decisión 2007/675/CE*, Diario Oficial de la Unión Europea, 2011.

DECISIÓN MARCO 2005/212/JAI, relativa al comiso de productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito, *Diario Oficial de la Unión Europea*, 2005.

DECISIÓN MARCO 2008/841/JAI DEL CONSEJO, *Relativa a la lucha contra la delincuencia organizada*, Diario Oficial de la Unión Europea, 2008.

DECISIÓN MARCO DEL CONSEJO, 2008/919/JAI, de 28 de noviembre, *Por la que se modifica la Decisión Marco 2002/475/JAI, sobre la lucha contra el terrorismo*, Diario Oficial, nº L 330 de 09/12/2008.

DECISIÓN MARCO DEL CONSEJO, 2008/919/JAI, de 28 de noviembre, *Por la que se modifica la Decisión Marco 2002/475/JAI, sobre la lucha contra el terrorismo*, Diario Oficial, nº L 330 de 09/12/2008 pág. 0021 - 0023, 2008.

DECISIÓN MARCO DEL CONSEJO, *Relativa a la lucha contra la delincuencia organizada 2008/841/JAI*, Diario Oficial de la Unión Europea, 2008.

DECISIÓN MARCO DEL CONSEJO, *Relativa a la lucha contra la trata de seres humanos 2002/629/JAI*, Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 2002.

DECISIÓN MARCO DEL CONSEJO. *Relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito (2001/500/JAI)*, Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 2001.

DECISIÓN Nº 1150/2007/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Por la que se establece para el periodo 2007-2013 el programa específico de información y prevención en materia de drogas como parte del programa general Derecho fundamentales y justicia*, Diario Oficial de la Unión Europea, 2007.

DECISIÓN Nº 26/2004 DEL COMITÉ DE LAS REGIONES, *Relativa a las condiciones y las modalidades de las investigaciones internas en materia de lucha contra el fraude, la corrupción y toda actividad ilegal que vaya en detrimento de los intereses de las Comunidades*, Diario Oficial de la Unión Europea, 2004.

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS, Adoptada y Proclamada por la Asamblea General en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

DICTAMEN DEL COMITÉ ECONÓMICO SOCIAL EUROPEO sobre la «*Propuesta de directiva del parlamento europeo y del consejo sobre el embargo preventivo y el decomiso de los productos de la delincuencia en la Unión europea*», (2012/C 299/23), Diario oficial de la Unión Europea, 2012.

DICTAMEN DEL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO sobre «*la participación de la sociedad civil en la lucha contra la delincuencia organizada y el terrorismo*, (2006/C 318/26), Diario Oficial de la Unión Europea, 2006.

DICTAMEN DEL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, «*Paraisos fiscales y financieros: una amenaza para el mercado interior de la UE*» (dictamen de iniciativa), (2012/C 229/02), Diario Oficial de la Unión Europea, 2012.

DIRECTIVA 2001/97/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Por la que se modifica la Directiva 91/308/CEE del Consejo relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales*, Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 2001.

DIRECTIVA 2005/60/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo*, Diario Oficial de la Unión europea, 2005.

DIRECTIVA 2011/36/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión Marco 2002/629/JAI del consejo*, Diario Oficial de la Unión Europea, 2011.

DIRECTIVA 2014/42/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y el producto del delito en la Unión Europea*, Diario Oficial de la Unión Europea, 2014.

DIRECTIVA 91/308/CEE, DEL CONSEJO, *Relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales*, 1991.

Informe 2004 de la Unión Europea sobre la delincuencia organizada, EUROPOL, 2004

INFORME ANUAL DE EUROJUST, 2010.

“2005 EU Organised Crime Report Public version”.

“Europol Review, General Report on Europol Activities 2010”, European Police Office, 2011.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2006*.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2009*.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2010*.

Lucha Contra el Crimen Organizado, *Balance 2010 y estrategia Española 2011-2014 contra el crimen organizado*, 2011. (www.interior.gob.es)

OCTA 2006, *EU Organised Crime Threat Assessment*, EUROPOL.

OCTA 2006, *EU Organised Crime Threat Assessment*, EUROPOL.

OCTA 2007, 2009, 2011, *Eu Crime Threat Assessment*, EUROPOL.

OCTA 2009, *EU Organised Crime Threat Assessment*, EUROPOL.

OCTA 2009, *EU Organised Crime Threat Assessment*, EUROPOL.

OCTA 2011, *Eu Crime Threat Assessment*, EUROPOL.

Organised crime in Europe: the threat of cybercrime. Situation report 2004.

“Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDC) emitida el 13 de noviembre de 2011”.

- PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

- Proyecto de ley, 121/000065 Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, 4 de octubre de 2013.

REGLAMENTO (CE) Nº1889/2005 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Relativos a los controles de entrada y salida de dinero efectivo de la comunidad*, Diario oficial de la unión europea, 2005.

REGLAMENTO (UE) Nº 258/2012 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Por el que se aplica el artículo 10 del protocolo de las naciones unidas contra la falsificación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia transnacional organizada, y por el que se establecen autorizaciones de exportación y medidas de importación y tránsito para las armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones*, Diario Oficial de la Unión Europea, 2012.

RES. 1269 (1999): aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4053ª sesión, celebrada el 19 de octubre de 1999.

RES. 1368(2001): aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4370ª sesión celebrada el 12 de septiembre de 2001.

RES. 1373 (2001): aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4385ª sesión, celebrada el 28 de septiembre de 2001.

RES. 1377 (2001): aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4413ª sesión, celebrada el 12 de noviembre de 2001.

RESOLUCIÓN DEL CONSEJO 97/C10/01, de 20 de diciembre de 1996, «Relativa a las personas que colaboran con el proceso judicial en la lucha contra la delincuencia internacional organizada», Diario Oficial de la Comunidad, 11.01.1997.

RESOLUCIÓN DEL CONSEJO, de 21 de diciembre de 1998, *Sobre prevención de la delincuencia organizada y adopción de una estrategia global para combatirla*, Diario Oficial de las Comunidades Europeas.

RESUMEN EJECUTIVO INFORME MUNDIAL SOBRE LAS DROGAS 2012, Naciones Unidas, Oficina Contra la Droga y el Delito, 2012.

«Report on the Organised Crime Situation in Council of Europe Member States, 1998»

«Report on the Organised Crime Situation in Council of Europe Member States, 1998».

«*Report on the Organised Crime Situation in Council of Europe Member States, 2004*».

«European Union Organised Crime Situation Report 2000. December 2001».

PÁGINAS WEB CONSULTADAS

<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/page-226.html#docCont>

<http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19370083/201401010000/311.0.pdf>

http://www.elderecho.com/penal/tipificacion-organizacion-criminal-Problemas-concursales_11_283555005.html

[http://www.jusline.de/Strafgesetzbuch_\(StGB\)_Langversion.html#](http://www.jusline.de/Strafgesetzbuch_(StGB)_Langversion.html#)

http://www.legilux.public.lu/leg/textescoordonnes/codes/#code_penal

<http://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002296>

<http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=7009>

<http://www.europol.europa.eu>

<http://dx.doi.org/10.6018/analesderecho>