

¿QUÉ PROTEGE EL DELITO DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL?

WHAT DOES THE CRIME OF CRIMINAL ORGANIZATION PROTECT?

LUIS RICARDO DE OLIVEIRA DANTAS

Doutorando em Direito Penal e Mestre em Direito Penal e Ciências Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Sevilla – ESP. Especialista em Ciências Criminais pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – USP. Professor. Servidor Público.
ORCID: [https://orcid.org/0000-0001-9232-3998].
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/3431180677680471].
luiolida@alum.us.es

DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.263].

Recebido em: 23.06.2022

Aprovado em: 10.04.2023

Última versão do autor: 18.04.2023

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMEN: El presente estudio tiene por objetivo determinar lo que protege el delito de organización criminal, que está en el Código Penal español desde la reforma promovida por la Ley Orgánica 5/2010, en el art. 570 *bis*. Para llegar a la respuesta para el título de este trabajo, buscaremos las conceptualizaciones de organización criminal en los documentos de Naciones Unidas y de la Unión Europea, puesto que influenciarán directamente en la redacción del tipo en el CP. Después, serán abordados los modelos de atribución de responsabilidad en el ámbito de las organizaciones, con especial énfasis a la idea de sistema de injusto formulada por Lampe, que de manera fundamentada señala los delitos de organización como injustos autónomos e independientes, sin la necesidad de que haya la comisión efectiva de delitos concretos en su seno, trabajando, pues, de manera independiente la atribución de la responsabilidad penal. En fin, analizando las diversas teorías sobre el bien jurídico protegido en

ABSTRACT: The present study aims to determine what protects the crime of criminal organization, which is in the Spanish Penal Code since the reform promoted by the Organic Law 5/2010, in art. 570 *bis*. To arrive at the answer to the title of this paper, we will look for the concepts of criminal organization in the documents of the United Nations and the European Union, since they will directly influence the wording of the type in the Criminal Code. Afterwards, the models of attribution of responsibility in the field of organizations will be addressed, with special emphasis on the idea of system of wrongfulness formulated by Lampe, which, in a well-founded manner, points out organizational crimes as autonomous and independent wrongful acts, without the need for the actual commission of concrete crimes within them, thus working independently on the attribution of criminal responsibility. Finally, by analyzing the various theories on the juridical assets protected in the crime of

el delito de organización criminal, alcanzaremos una posición complementaria para contestar la pregunta título del presente estudio, encontrando lo que efectivamente protege el delito de organización criminal.

PALABRAS CLAVE: Organización criminal – Delincuencia organizada – Bien jurídico – Protección.

criminal organization, we will reach a complementary position to answer the question that is the title of this study, finding what the crime of criminal organization actually protects.

KEYWORDS: Criminal organization – Delinquency organized – Juridical asset – Protection.

SUMÁRIO: 1. Introducción. 2. Breve referencia al marco normativo de combate a las organizaciones criminales. 2.1. Convención de Palermo. 2.2. Unión Europea. 3. Delimitación de los conceptos de organización criminal y sus formas de atribución de responsabilidad. 3.1. El concepto de organización criminal en el ámbito supranacional. 3.2. El concepto de organización criminal en el Código Penal español (Art. 570 bis CP y tipos agravados). 3.3. Las diferentes formas de responsabilidad criminal en los delitos de organización. 3.3.1. El modelo de la transferencia. 3.3.2. Modelo de responsabilidad por hecho propio del miembro o colaborador. 3.3.3. La idea de imputación individual de un fenómeno colectivo. 4. ¿Qué protege el delito de organización criminal?. 4.1. La difícil delimitación del bien jurídico protegido y sus múltiples teorías. 4.1.1. El correcto ejercicio del derecho de asociación. 4.1.2. La tesis del adelantamiento – los bienes jurídicos de los delitos-fin como objeto de protección. 4.1.3. La teoría de la autotutela del Estado – el monopolio estatal en el ejercicio de la violencia. 4.1.4. La teoría de la expectativa de los ciudadanos en la libre disposición de sus bienes. 4.1.5. Injusto de amenaza. 4.1.6. Bien jurídico colectivo como objeto de protección – el orden público, la seguridad ciudadana y la seguridad pública. 5. Conclusiones. 6. Referencias.

1. INTRODUCCIÓN

Desde no hace tanto tiempo, el Derecho Penal español, con fuerte influencia de las orientaciones de organismos internacionales como Naciones Unidas y supranacionales como la Unión Europea, se ha ocupado de la criminalidad organizada, puesta como fuente especial de peligro y pues merecedora de regulación. De ese modo, fue incluida una gran cantidad de normas materiales y procesales propias a la persecución de este tipo de delincuencia, producto de una política criminal internacional que ha visto en las organizaciones criminales una oportunidad para la puesta en marcha de proyectos con el objetivo de combatir actividades criminales dichas peligrosas, como, por ejemplo, el terrorismo, tráfico de personas y de estupefacientes (ABOSO, 2019, p. 35).

Con esas modernas figuras delictivas, hubo en los últimos decenios un aplazamiento en el paradigma tradicional de autor individual, consumación delictiva y delito de lesión. Esa pérdida de la hegemonía de este paradigma se debe, especialmente, a la criminalidad económica y a la difusión de tipos de delitos abstractos, o, aún, a la complejidad estructural de la sociedad, donde difícilmente será posible encontrar el desarrollo de una actividad social

realizada por un sólo sujeto, verificándose casi siempre una concurrencia de aportes sociales de diferentes individuos, lo que implicará todavía en una diversa calificación penal (GUTIÉRREZ, 2020, pp. 253-254).

Estudios en las áreas de sociología y psicología han revelado que la interacción entre distintos sujetos, sobre todo de manera continua, puede provocar la producción de dinámicas de grupo capaces de influir de manera decisiva en el comportamiento individual de los integrantes, conduciéndoles a la realización de acciones que de modo aislado no se hubieran planteado ejecutar. El hecho de sentirse parte de un grupo y contar con el apoyo de él reduce, o incluso, en algunos casos, elimina, el sentimiento de culpabilidad de sus integrantes por posibles acciones reprochables cometidas en el seno de la agrupación (MÁRQUEZ, 2020, pp. 19-20).

Considerando la relevancia del tema de la criminalidad organizada en el escenario actual, haremos un análisis dogmático y político criminal del delito de organización criminal del art. 570 *bis* del CP Español. Para tanto, buscaremos los conceptos de organización criminal planteados por Directivas europeas y convenciones de Naciones Unidas, para llegar a lo que hizo el legislador español.

Seguidamente será objeto de análisis los modelos utilizados para atribución de responsabilidad a las actividades criminales desarrolladas en el seno de una organización, sobre todo la idea de sistemas de injusto, de carácter funcionalista-normativa, que conforma las organizaciones criminales en cuanto injusto sistémico dotada de un potencial lesivo inherente.

Posteriormente, en la búsqueda por determinar el objeto de protección del delito de organización criminal, es decir, “¿Qué protege el delito de organización criminal?”, analizaremos algunos posibles objetos de protección, según tesis desarrolladas por doctrinas españolas y europeas, tanto de carácter de bienes individuales, como de bienes colectivos, examinando al fin la posibilidad de combinación de dos modos distintos de ver la infracción a la norma, buscando entonces una idea integradora para el problema planteado.

2. BREVE REFERENCIA AL MARCO NORMATIVO DE COMBATE A LAS ORGANIZACIONES CRIMINALES

La expansión de los grupos criminales organizados, con el consecuente incremento en su poder e influencia, ha caracterizado un movimiento de avance desde un ámbito local hasta el plan internacional, incluso siendo esto un trazo destacado de la delincuencia organizada en las últimas décadas. Así que esa expansión ha llamado de forma creciente la atención de los organismos internacionales, acompañado de la idea de que sólo a través de una concertación entre los Estados, tanto en el campo de la prevención como en la represión, puede ser combatido con alguna eficacia tal fenómeno (GUTIÉRREZ, 2020, p. 35).

2.1. Convención de Palermo

Los esfuerzos de Naciones Unidas para la cooperación internacional contra el crimen organizado se remontan al año 1975, cuando hubo el 5º Congreso de Naciones Unidas sobre la Prevención del Crimen y el Tratamiento de los Delincuentes, que ocurrió en Ginebra. En el año 1994 ocurrió, en la ciudad de Nápoles, la Conferencia Mundial Interministerial sobre el Crimen Organizado Transnacional, que representó un punto de inflexión decisivo en las acciones de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada. A ella acudieron 142 Estados que adoptaran por unanimidad la Declaración Política de Nápoles y el Plan de Acción Mundial contra la Delincuencia Organizada (E/CONF 88/L4), posteriormente aprobados por la Asamblea General mediante Resolución 49/159 de 23-12-1994 (DE PAZ, 2005, p. 83).

De esa forma, Naciones Unidas reconocen la sofisticación y globalización del crimen organizado como una característica creciente y que la cooperación internacional sería, por tanto, un factor crucial para combatir este fenómeno. Debido a eso, a partir de 1998 comienza la ONU a elaborar una Convención internacional relativa a la delincuencia organizada a través de un Comité especial con fines a crear una Convención *ad hoc*. Como resultado fue creada la Convención de Naciones Unidas contra la criminalidad transnacional organizada, conocida como Convención de Palermo, con Resolución de la Asamblea General en 15 de noviembre de 2000 (DE PAZ, 2005, pp. 83-84). España ha firmado la Convención, internalizándola a través del Instrumento de Ratificación publicado en el BOE núm. 233, de 29 de septiembre de 2003.

Su objeto es la promoción de la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional (art. 1)¹, a través de la adopción por parte de los Estados de diferentes medidas legislativas y administrativas (DE PAZ, 2005, p. 84), buscando también eliminar las diferencias entre los sistemas jurídicos nacionales que en el pasado pudieron bloquear una colaboración y asistencia mutua (PARDO, 2001, p. 93).

Con relación a las orientaciones direccionadas a la incriminación de conductas, la Convención, de forma consistente con la literatura de la época, renunció a la pretensión de definir el crimen organizado a partir de las actividades ilegales específicas de cada posible grupo y optó por destacar los elementos comunes a la mayoría de las organizaciones que, pese sus diversos fines, encajan en el patrón típico de delincuencia organizada (PARDO, 2001, p. 96), como veremos en más detalles en el apartado siguiente.

2.2. Unión Europea

Sin embargo, la delincuencia organizada internacional opera de modo especial en el espacio europeo, puesto que la Unión Europea comporta la creación de una zona económica sin fronteras nacionales, donde prevalece la libre circulación de bienes y personas. Así que,

1. Artículo 1. Finalidad. El propósito de la presente Convención es promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional.

en esta región, la vigencia de los principios de libre movimiento de personas y capitales es benéfico no sólo para los ciudadanos comunes, sino también para los criminales organizados, que utilizan tales facilidades con el objetivo de maximizar sus ganancias y disminuir los riesgos de que sean descubiertos (DE PAZ, 2005, p. 85).

El embrión de la atención a los problemas creados por la delincuencia organizada en las Comunidades Europeas puede ser encontrado en la labor del «Grupo de Trevi», que era integrado por los ministros de exteriores y justicia de los Estados miembros, creado por el Consejo Europeo el 12.2.1985, en la ciudad de Roma, inicialmente para conducir la cooperación en materia de terrorismo y después la relativa a otras formas de crimen organizado como el tráfico de drogas y el blanqueo (DE PAZ, 2005, p. 86).

De manera formal la armonización de las políticas criminales europeas encuentra una vía de expresión en el Tratado de la Unión Europea de 7.2.1992, que es conocido por el nombre de «Tratado de Maastrich», que crea la actual Unión Europea. En este documento se enriquece la construcción europea añadiendo un nuevo objetivo, que es la cooperación en materia de Justicia y Asuntos e Interior (que se queda conocida como cooperación JAI o Tercer Pilar de la UE) (DE PAZ, 2005, p. 86).

En el Consejo Europeo de Tampere (Finlandia),² celebrado los días 15 y 16 de octubre de 1999, se sentaron las bases para la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea (DE PAZ, 2005, p. 89), así como fueron trazados objetivos relacionados con la prevención en las acciones contra el crimen organizado, con fines a un mayor intercambio de información, dirigidos al diseño de un auténtico espacio europeo de justicia, mediante la creación de Eurojust para luchar contra las formas graves de delincuencia y la proclamación como objetivo del principio de reconocimiento mutuo de decisiones judiciales (DE PAZ, 2005, p. 89). Posteriormente, en el Tratado de Niza de 2001, es efectivamente creada la Unidad Europea de Cooperación Judicial (Eurojust), cuyo objetivo era precisamente el refuerzo de la cooperación judicial entre los estados miembros (RODRÍGUEZ, 2009, p. 181).

En continuación, el programa de La Haya (2004-2009) siguió y mejoró los objetivos del programa de Tampere, explotando el potencial de Europol y Eurojust, además de trazar otras prioridades, entre ellas:

“elaborar un concepto estratégico relativo a la delincuencia organizada. La lucha contra la delincuencia organizada requiere mejorar la cooperación entre las autoridades de los Estados miembros encargadas de reprimirla, como la policía o las aduanas. La elaboración de un modelo europeo en materia de información en el ámbito de lo criminal es una prioridad. Por lo tanto, la Comisión adoptó una comunicación sobre la elaboración

2. Consejo Europeo de Tampere, 15 y 16 de octubre de 1999. Conclusiones de la Presidencia. Disponible en: < https://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm >.

de un concepto estratégico referente a la lucha contra la delincuencia organizada en 2005.”³

En el ámbito de los avances en materia penal sustantiva, destacase la elaboración del *Corpus Juris* en el año 1997, posteriormente reformado en 2000, que constituye un proyecto de normas comunes de Parte General, elaborado por especialistas, con diversas propuestas concretas de política criminal a los Estados miembros en relación con las materias de los delitos tradicionalmente vinculados a la criminalidad organizada, como, por ejemplo, tráfico de drogas, blanqueo de dinero, trata de seres humanos. Respecto a los delitos de carácter asociativo, se ha dado la Acción Común relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la UE, luego, la Decisión Marco 2008/841/JAI, de 24 de octubre de 2008, que es la regulación vigente y que veremos en detalles en el apartado sobre la determinación del concepto de organización criminal (RODRÍGUEZ, 2009, p. 182).

Es importante subrayar que, dentro de este proceso de expansión y homogenización de las normas penales en el seno de la UE, la legislación marco europea establece un mínimo sancionador común que los Estados pueden superar, pero no rebajar, debido a que la política criminal europea no podría aceptar paraísos legales (*Efecto Delaware*⁴), teniendo que imponer la represión de todos los comportamientos con relevancia penal en todos los Estados, independiente de sus particularidades y que no requieran dicha criminalización (MUÑOZ; CASTAÑO, 2019, p. 50). Asimismo, como enseña ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, el Derecho penal europeo es un derecho de seguridad, encaminado a la lucha y la protección efectivas de los ciudadanos europeos como víctimas potenciales. Por lo tanto, es un principio fundamental de Política Criminal europea que, ante las infracciones más graves, debe reaccionar a través del Derecho penal, teniendo la reacción penal incluso carácter

3. Programa de La Haya: consolidación de la libertad, seguridad y la justicia de la Unión Europea. Diario Oficial C 236 de 24.09.2005. Disponible en: < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3A116002>>.

4. Para Galán Muñoz (MUÑOZ; CASTAÑO, 2019, p. 50): “la existencia de grandes divergencias en las legislaciones de los países que integraban dicho mercado podría determinar que aquellos que tuviesen unas legislaciones más permisivas o menos exigentes con respecto a la realización de algunas actividades económicas, atrajesen a las inversiones referidas a tales operaciones, ocasionando un efecto llamada que, al mismo tiempo, desincentivaría la inversión en aquellos otros que fuesen más exigentes o restrictivos, lo que produciría una evidente distorsión en el funcionamiento del mercado interior (Efecto Delaware).

Para evitar dicho efecto y garantizar que todos los Estado miembros compitiesen en igualdad de condiciones a la hora de captar inversiones, se comenzó a realizar un proceso de armonización normativa; proceso que no podía quedar, evidentemente reducido las regulaciones civiles, mercantiles o administrativas nacionales, sino que también habría de tener incidencia en las penales, dado que, resulta indudable que también tales regulaciones pueden generar un efecto desincentivador o de desmotivador a los emprendedores e inversores a la hora de decidir en que concreto país de la Unión europea iban a realizar la actividades económica que querían efectuar”.

prioritario, con el fin de evitar controles administrativos que graven a los ciudadanos (RODRÍGUEZ, 2009, p. 183).

3. DELIMITACIÓN DE LOS CONCEPTOS DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL Y SUS FORMAS DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD

Varias nomenclaturas son asignadas para indicar los delitos de organización criminal, como, por ejemplo, delincuencia organizada, crimen organizado, criminalidad organizada. De ese modo, podemos percibir que no hay muchos acuerdos que precisamente definan esa clase de delitos. Eso se da por tratarse de algo complejo, cambiante y muy difícil de enseñar por concepciones teóricas y leyes penales (RODRÍGUEZ, p. 2009, p. 157). Por tanto, pese la frecuencia con la que los términos son utilizados y la abundancia de los intentos de definirla o describirla – que es una prueba irrefutable de las dudas que hay a su respecto – su conceptualización está todavía llena de dificultades (OLIVARES, 2021, pp. 1-2).

Entre los varios factores que contribuyen para la dificultad de delimitación del concepto de organización criminal, tres aparecen con mayor frecuencia en la doctrina especializada. El primero es por ser un tipo penal relativamente nuevo, al menos hace poco tiempo que fue percibido como dimensión social merecedora de intervención del Derecho penal.⁵ En segundo lugar, supone una mayor abstracción con relación a los delitos más tradicionales, como tráfico de drogas, blanqueo de bienes y trata de personas, con sus respectivos métodos de actuación, responsabilidades penales, actuaciones transnacionales, además de sus políticas criminales. Por último, tratase de un delito que cambia su tipificación influida por las realidades locales (RODRÍGUEZ, 2010, pp. 157-158), lo que vuelve muy difícil adoptar una conceptualización “omnicomprensiva” (GUTIÉRREZ, 2020, p. 93), capaz de reunir características que sean consenso en todos los ámbitos y países (RODRÍGUEZ, 2010, p. 158).

Aunque dificultoso, dada la premisa de que son situaciones que implican una determinada dificultad político-criminal, lo que puede ser visto en los problemas que aparecen en el ámbito de la persecución policial, competencia jurisdiccional territorial y, de modo general, en la eficacia en el combate a la criminalidad organizada (OLIVARES, 2021, p. 2), es crucial para el avance del estudio intentar presentar la definición, con su sentido y alcance, del concepto de organización criminal, incluso con sus formas de manifestación delictiva, como intento de determinar con más precisión el contenido material del injusto, para así delimitar el ámbito de protección del tipo penal, como es el propósito aquí.

5. El delito de Organización Criminal fue incluido en el Código Penal en el art. 570 *bis*, tras la publicación de la LO 5/2010, de 23 de junio. En el año 2015, la LO 1/2015 modificó el tipo para dejarlo con la redacción actual.

3.1. El concepto de organización criminal en el ámbito supranacional

Hay descripciones emanadas de los más variados órganos internacionales y supranacionales, como Naciones Unidas, Consejo de Europa y Unión Europea (OLIVARES, 2021, p. 2). De ese modo, buscando una primera aproximación al concepto de organización criminal, vamos a visitar los acuerdos internacionales, debido al carácter transnacional del delito de organización, reconocido por Naciones Unidas a partir de la Convención Internacional contra el Crimen Organizado Transnacional, en el año.

Así que se ha alcanzado, en la Convención de Naciones Unidas, una primera definición de ámbito internacional sobre grupo delictivo organizado como (CORDERO; DE PAZ, 2000, p. 5): “un grupo estructurado de tres personas o más existente desde hace un cierto tiempo y que tiene por fin la comisión de infracciones graves para obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero o material de otro tipo”.

Entonces, bajo la perspectiva de la presente Convención, podemos determinar grupo delictivo organizado cuando exista la presencia al menos de tres personas, actuando de modo estructurado y en concierto para el cometimiento de uno o varios delitos con alguna gravedad (CABANA, 2012, p. 38). Por infracción grave se entiende cualquier actividad delictiva con pena privativa de libertad máxima de al menos 4 años. Además, el propio texto de la Convención, en su art. 2, alinea c, define grupo estructurado como “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”⁶.

En el ámbito supranacional, el Consejo Europeo adoptó la “Acción Común relativa a la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea” en el año 1998, que define en su art. 1 la organización delictiva como:

“una asociación estructurada de dos o más personas, establecida durante un cierto período de tiempo, y que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o de una medida de seguridad privativa de libertad de al menos cuatro años como mínimo o con una pena más severa, con independencia de que esos delitos constituyan un fin en si mismo o un medio para obtener beneficios patrimoniales y, en su caso, de influir de manera indebida en el funcionamiento de la autoridad pública.”⁷

Sin embargo, la “Acción Común” tuvo gran importancia en el proceso de armonización de las legislaciones penales de los Estado miembros de la Unión Europea, con el objetivo

6. Convención de las naciones unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos. 2000. Disponible en: < <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>>.

7. Diario Oficial de Las Comunidades Europeas, N° 351/1 de 29 de diciembre de 1998.

de, más allá de alcanzar una mejor cooperación policial y judicial, evitar la producción del “Efecto Delaware”.⁸ Aunque haya mantenido las principales características adoptadas por la ONU, es verdad que la Unión Europea dejaba claro en la Acción Común su preocupación con el tema de terrorismo, ya que incluyó como finalidad de las organizaciones criminales otros fines ilícitos, más allá de los puramente económicos, como había establecido las Naciones Unidas (RODRÍGUEZ, 2010, p. 161).

En el año 2008, la Acción Común 98/733/JAI fue sustituida por la Decisión marco 2008/841/JAI, del Consejo de Europa, de 24 de octubre. El principal objetivo de la Decisión marco es promover la armonización de la definición de los delitos relativos a la participación en organizaciones criminales en los Estados miembros, observando lo que había decidido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STEJ) de 13 de septiembre de 2005), reconociendo que la Unión y sus organismos tenían competencias implícitamente reconocidas por los Tratados para regular cuestiones penales, produciéndose una especie de europeización de los diferentes Derechos penales nacionales con una multiplicación de normas europeas que iban a tener incidencia en las dichas legislaciones de los miembros (MUÑOZ; CASTAÑO, 2019, p. 52).

La Decisión marco aportó algunas novedades con relación a la definición de organización criminal. Su artículo 1 define que:

“a los efectos de la presente Decisión marco, se entenderá por: 1) organización delictiva: una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo y que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años o con una pena aún más severa, con el objetivo de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.”⁹

Por su vez, el artículo 1.2 define la asociación estructurada como:

“Una organización no formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito ni que necesite haber asignado a sus miembros funciones formalmente definidas, continuidad en la condición de miembro, o exista una estructura desarrollada.”¹⁰

Así que podemos observar algunos cambios con relación a la definición de organización delictiva presentada en la Acción Común, esencialmente en lo que respecta al objetivo

8. Vid. Nota 4.

9. Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada *DO L 300 de 11.11.2008*.

10. Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada *DO L 300 de 11.11.2008*.

perseguido por la organización, que ahora ha de ser obligatoriamente la obtención de beneficio de orden económica u otro aún de orden material. Asimismo, también se nota una relativización en los requisitos estructurales de la organización, pues no es exigible que exista una asignación de funciones formalmente definidas a los miembros, ni continuidad en la condición de miembro, tampoco una estructura desarrollada (CABANA, 2012, p. 55).

Por su vez, la Europol, agencia de la Unión Europea en materia policial, ha indicado once características de la delincuencia organizada: 1) Colaboración de dos o más personas; 2) Repartición de actividades; 3) Permanencia prolongada o por tiempo indefinido; 4) Utilización de control y disciplina entre los miembros; 5) Sospechas de comisión de delito grave; 6) Operación a nivel internacional; 7) Uso de violencia para intimidación, 8) Uso de estructuras comerciales o de negocios; 9) Blanqueo de dinero; 10) Presión sobre el poder público y la prensa; 11) Ánimo de lucro o poder.¹¹

Estas características buscan dar practicidad a la identificación de la llamada delincuencia organizada, indicando sus elementos fundamentales – serían obligatorios aquellos criterios indicados en los números 1, 5 y 11 – y accesorios del fenómeno criminal, siendo de grande interés en el momento de establecer un concepto o definición del tipo penal (RODRÍGUEZ, 2010, p. 162).

3.2. *El concepto de organización criminal en el Código Penal español (Art. 570 bis CP y tipos agravados)*

En la reforma penal operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, el legislador español introdujo un nuevo capítulo, el VI, en el título XXII del Libro II, tipificando en los arts. 570 bis a *quáter* del Código Penal el delito de participación en organización criminal, sobreviniendo todavía algunas modificaciones introducidas por la LO 1/2015.¹²

Por su vez, el art. 570 bis del Código Penal conceptúa organización criminal como: “la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos”.

Antes del análisis de las características de una organización criminal según el legislador español, hay que poner de relieve la posición de QUINTERO OLIVARES (2021, p. 5), que afirma que “la definición legal de la organización criminal destaca por su simplismo”. Asimismo, sigue el autor aseverando que dicha definición no comprende, pues, “elementos que cuando menos reflejen la potencialidad criminal, pues notas como el elevado numero de miembros, o la posesión de armas, o la disponibilidad de medios avanzados de comunicación y transporte, operan como agravaciones específicas” (OLIVARES, 2021, p. 5).

11. Revision of doc. 6204/2/97 ENFOPOL 36 REV 2, disponible en: < <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10415-2000-INIT/en/pdf>>.

12. Más detalles en CONDE, 2015, p. 745.

Sin embargo de la sencillez de la definición legal, pasemos al análisis de las características del concepto de organización criminal según el Código Penal español, buscando una delimitación bajo la definición legal. Podemos destacar entonces que el art. 570 *bis* CP requiere la reunión de los siguientes requisitos para la caracterización de la organización criminal, como señala CASTAÑO (2013, p. 97): a) estructura jerárquica; b) número mínimo de miembros (al menos tres) y fungibilidad de estos; c) estabilidad o permanencia en el tiempo. Asimismo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹³ ya venía adoptando estos requisitos como imprescindibles para la configuración de la criminalidad organizada.

Todavía merece nota el hecho de que la estructura de las organizaciones criminales puede presentar algunas variaciones, como hemos mencionado en el inicio de este apartado, como es el caso del requisito de la estructura jerárquica, que es un trazo más acentuado en las organizaciones terroristas, aunque pueda también ser encontrada en otros tipos de organizaciones criminales (GUTIÉRREZ, 2020, p. 97). Todavía, para FARALDO CABANA (2012, p. 65):

“ha de existir una relación vertical y, por tanto, debe comprobarse la presencia de un centro de decisiones del que emanan órdenes que son obedecidas por los subordinados, como confirma el hecho de que se prevean penas distintas para quienes dirigen y coordinan, por una parte, y para los miembros activos, por otra.”

Así que la organización supone una distribución de funciones, derechos y deberes coordinados en un sistema organizacional y dirigidos a una finalidad específica. También podemos decir que en las organizaciones criminales hay una cierta profesionalización de sus miembros en diferentes grados, así que es común que la división del trabajo sea por redes, a veces de profesionales externos, otras organizaciones o empresas (RODRÍGUEZ, 2009, p. 129).

Para la actual jurisprudencia del Tribunal Supremo, la organización criminal constituye (CONDE, 2020, pp. 42-43):

“un centro de decisiones y diversos niveles jerárquicos, con posibilidades 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, siendo esto lo que aumenta al mismo tiempo el daño posible causado, y lo que permite hablar de una empresa criminal.”

En verdad, la exigencia de que sea un grupo estructurado y organizado, pues con reglas propias, se fundamenta en lo que esa característica facilita un aparato de colaboración

13. Vide Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2006, 14 de diciembre de 2005 y 23 de junio de 2005, entre otras. Y la Audiencia Nacional, en su Sentencia de 31 de marzo de 2006.

permanente para comisión de delitos, como veremos más adelante, lo que denota la mayor gravedad de la comisión colectiva de hechos, porque, más allá del relativo incremento del poder ofensivo del grupo, la dinámica particular que se produce dentro de la organización excluye o disminuye la sensación de responsabilidad personal de sus integrantes, es decir, atenúa la percepción de su propia reprochabilidad individual (ZIFFER, 2012, p. 72).

Otra característica del concepto legal de organización criminal es la intercambiabilidad de sus miembros. Así que esta intercambiabilidad de los miembros exige, por supuesto, que haya un cierto número de personas a integrar la organización, lo que el legislador español, siguiendo las Naciones Unidas y la Unión Europea, determinó como apenas tres. Asimismo, para FARALDO CABANA (2012, p. 68):

“lo relevante no es el número, sino que ese número sea suficiente para afirmar la intercambiabilidad de los miembros a la hora de ejecutar el plan criminal de la asociación, lo que depende, una vez más, del tipo de actividad delictiva que la organización pretende emprender.”

Así que no estamos a hablar que sería necesario un número ilimitado de personas para que pueda configurar el requisito de la fungibilidad de los miembros, sino que la cantidad de miembros en el momento de la elaboración del plan criminal sea bastante para posibilitar la reposición en caso de negativa de actuación por parte de uno de los integrantes (CASTAÑO, 2013, p. 101).

El requisito de la fungibilidad de los miembros representa, en verdad, el automatismo del funcionamiento de la organización, es decir, representa que entre los miembros hay un reducido o ningún factor de inhibición en la comisión de delitos, que señala una predisposición al crimen. La organización es pues solo una forma de coordinar las acciones individuales de sus integrantes, una especie de unidad supraindividual que una vez constituida, se pone en funcionamiento independiente de sus componentes, que se tornan fungibles (CABANA, 2012, pp. 71-72), adquiriendo una especie de cualidad autopoiética, con capacidad para autogenerarse y reconvertirse, lo que denota un mayor contenido de peligro y lesividad (GUTIÉRREZ, 2020, p. 250).

Así como en la definición de organización criminal de la Decisión marco 2008/841/JAI, el art. 570 *bis* CP confirma la exigencia del “carácter estable o por tiempo indefinido” de la organización. Así es porque la permanencia de la organización es el supuesto para que alcance sus fines. Mejor dicho, el mantenimiento de la organización, aunque cambien sus miembros, es el que ZÚÑIGA RODRÍGUEZ (2009, p. 132) llama de “ultraestabilidad”, que es la “aptitud para aprender y renovarse, aptitud para la innovación”. En verdad, cuando la organización criminal alcanza este grado es estabilidad, de autoconservación, se le puede considerar un subsistema social, inclusive con su propia subcultura (RODRÍGUEZ, 2009, p. 133).

Asimismo, la propia existencia de una relación jerarquizada entre aquellos que dirigen la organización y los que ejecutan las acciones concretas – que es la distribución de

funciones que hemos visto – confiere a la estructura criminal un carácter de estabilidad y permanencia en el tiempo que trasciende los actos delictivos efectivamente realizados. Todavía, hay que ser en claro que la interpretación del texto legal no exige necesariamente que la organización tenga una duración indefinida, sino que, aunque de carácter transitorio, subsistan por tiempo relevante (CASTAÑO, 2013, p. 102).

Por tanto, no se trata de establecer la duración de la asociación, sino fijar una diferencia en relación con los casos en los que lo que se proyecta es la simple reiteración de hechos cometidos por los mismos partícipes, es decir, la existencia de la asociación ilícita permite reconocer la vigencia del pacto para los hechos futuros, mientras que el mero concurso real de agentes es necesario la renovación del acuerdo entre los intervinientes (ZIFFER, 2012, p. 74).

Aún hay que ser subrayado que la jurisprudencia ya destacaba la necesidad de que el acuerdo entre los miembros de la organización delictiva tendría que envolver una cierta perdurabilidad en el tiempo, alejándose de lo sencillamente esporádico (CABANA, 2012, p. 75). En el mismo sentido la Fiscalía General del Estado, por medio de la Circular 2/2011, de 2 de junio, apuntó tras la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010 que: “Es esencial la nota de permanencia y estabilidad en el concepto de organización, de modo que la unión no ha de ser esporádica sino que ha de tener duración en el tiempo y debe estar vinculada por lazos estables o permanentes”¹⁴.

Por su vez, para hablar sobre organización criminal, según el concepto legal del art. 570 *bis* CP, tenemos que estar frente a una organización que tenga por objetivo “cometer delitos”. Pues, la voluntad delictiva de la organización criminal es la comisión habitual de delitos. Tratase de un elemento finalista que trajo el legislador. Y aquí estamos hablando de la comisión de cualquier delito (CONDE, 2020, p. 57).

Frente el evidente exágero del legislador, CONDE (2020, p. 57) hace un reproche afirmando que considera: “un tanto sobredimensionada la penalidad cuando la organización tenía como finalidad la perpetración reiterada de faltas (hoy delitos leves), en tanto que las penas a sus dirigentes podían alcanzar hasta los seis años de privación de libertad”. Hay aquí una evidente colisión con el principio de la proporcionalidad (ZIFFER, 2012, p. 79), pues que los delitos leves o faltas servirían de conductor a una responsabilidad por un delito cuya pena es considerada grave y absolutamente desproporcional a los hechos cometidos. En realidad, tratase de la tipificación de un acto esencialmente preparatorio y que es mas gravemente castigado de lo que hubiese sido posible (OLIVARES, 2021, p. 5).

El origen de las decisiones legales en relación con el tema de criminalidad organizada fue en los delitos de terrorismo y tráfico de drogas, cuya gravedad, de manera general, es evidente y no puede ser desligado de la realidad de la organización que integran os sujetos. Pero, esa idea expansiva que alcance la comisión de cualquier delito sólo sirve para el

14. Circular 2/2011, de 2 de junio, de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales. Disponible en: <https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/CIR/CIR_02_2011.html>.

incremento de la represión penal de manera absolutamente exagerada y que además le falta una explicación efectiva y convincente del real incremento de la potencialidad criminal o de la antijuridicidad del hecho (OLIVARES, 2021, p. 3).

Pasada esa crítica muy necesaria, vamos al análisis de este requisito – o su ausencia, a depender. La comisión de delitos debe darse como actividad de la organización, con uso de los elementos personales y materiales de la estructura, incluso los activos financieros que deben provenir de la organización y destinarse a ella (CONDE, 2020, p. 58). Sin embargo, la comisión debe ser el fin de la organización, aunque su objetivo final no sea el cometimiento de crímenes, pero que estos sean un instrumento utilizado para alcanzar el objetivo final. Así que la organización puede hasta se orientar a lograr objetivos lícitos, como, por ejemplo, ganar dinero o acceder al poder, pero si la manera definitiva y habitual para llegar a los objetivos es la comisión de delitos, estará satisfecho el elemento del apartado 1º del art. 570 *bis* CP (ZIFFER, 2012, p. 79).

No es necesario que la organización haya sido creada a los efectos de cometer delitos, sino que puede ser que una asociación preexistente, en el marco de una organización lícita, sea convertida en una organización que tenga por objetivo la comisión de delitos. En ese caso, la responsabilidad recaerá sobre quienes le hayan impuesto el nuevo rumbo a la organización (ZIFFER, 2012, p. 81).

El fenómeno criminológico de la delincuencia organizada es abordado jurídicamente por medio de tres vías vistas como complementares. Primero, la tipificación de los delitos más característicos de la criminalidad organizada. Segundo, con la introducción del elemento agravante de organización en una serie de delitos de cierta forma tradicionales, atendiendo pues a una dicha especial peligrosidad de las formas estructuradas de actuación antijurídica, como es el caso que vamos a comentar ahora. Tercero, con la tipificación de delitos de pertenencia a una asociación o organización para delinquir, que es el objeto del presente estudio (SÁNCHEZ, 2004, pp. 1069-1070).

En verdad, a pesar del empleo de tipos agravados de algunos delitos ser una forma tradicional de combatir la criminalidad organizada, su utilización en España no está relacionada con una eventual laguna en los delitos de asociación ilícita o restricción de aplicación por jueces y tribunales, sino con la existencia de obligaciones internacionales (Naciones Unidas) y especialmente europea de criminalización (CABANA, 2012, p. 93), como hemos visto anteriormente.

En conclusión, cabe un análisis del concepto de organización criminal que contiene el art. 570 *bis* CP en relación con la redacción de la Decisión marco 2008/841/JAI, que hemos visto en el apartado anterior, lo que se desprende que el tipo español es bastante más amplio. Para FARALDO CABANA (2012, p. 59), la mayor diferencia está en el objetivo criminal,

“puesto que la normativa europea obliga a los Estados miembros a la tipificación y sanción de entes que pretenden cometer delitos de cierta gravedad (ya que deben estar sancionados con pena o medida de seguridad privativas de libertad de un máximo de al menos cuatro años o con una pena más grave), con ánimo de lucro o de obtención de otro

beneficio de orden material, mientras que la transposición española extiende su ámbito a entes que pretenden cometer cualquier tipo de delitos, sin necesidad de un móvil específico.”

En suma, creo que hubo por parte del legislador español una simplificación inaceptable del concepto de organización criminal, pasando a admitir el extremo de que cualquier supuesto de codelincuencia pueda ser transformado en organización criminal – o por lo menos grupo criminal –, para de ese modo incrementar el castigo imponible, creando algo que fue nombrado por QUINTERO OLIVARES (2021, p. 7) cómo “una perversión de los conceptos”.

3.3. *Las diferentes formas de responsabilidad criminal en los delitos de organización*

Planteando la pregunta acerca de cuántos son los modos posibles de intervención del Derecho penal en relación con las organizaciones criminales, la respuesta es: castigar la pertenencia como hecho situacional, aunque que no se pueda relacionar al sujeto con un delito concreto; agravar las penas de quienes cometen un delito perteneciendo a una organización criminal; y elegir las dos vías, que fue lo que hizo el legislador español (OLIVARES, 2021, p. 4), introduciendo en el Código penal la “doble tipicidad específicamente dedicada a describir y castigar por sí solas a las «organizaciones y grupos criminales», con una fórmula objetiva y desligada de delitos concretos” (OLIVARES, 2021, p. 2).

Una organización delictiva es, para SILVA SÁNCHEZ (2004, p. 1075):

“un sistema penalmente antijurídico, es decir, 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 – de institución antisocial – que hace de ella no sólo algo más que la suma de sus partes, sino también algo independiente de la suma de sus partes. En esa dimensión institucional radica seguramente su diferencia específica con respecto a las meras agrupaciones coyunturales para cometer delitos, del mismo modo que su funcionalidad delictiva la distingue de otros sistemas sociales.”

Los sistemas de injustos jurídico-penales se constituyen de las relaciones existentes entre individuos que se organizan con el objetivo de alcanzar fines injustos, es decir, el hecho se encuentra en esta relación sistémica, generadora de una empresa dedicada a fines delictivos, que es todavía diferente de la mera suma de personas físicas que igual persiguen objetivos delictivos. Así que el fundamento del injusto sistémico lo encuentra en el potencial de riesgo que se acumula en estos sistemas, con la suma de los potenciales particulares, produciendo un mayor excedente de efectos el que correspondería la mera suma de los individuales (POLAINO-ORTS, 2009, pp. 395-396).

Asimismo, para la mayoría, el injusto sistémico de la organización criminal tratase de un injusto autónomo, que depende, por supuesto, de los delitos concretamente cometidos.

Así que es entendido que la simple existencia de la organización criminal, en cuanto sistema de injusto, como subsistema disfuncional al sistema social constituido en Estado, lesiona la seguridad general y la paz pública (SÁNCHEZ, 2004, p. 1075), lo que será discutido en el apartado siguiente, cuando analizaremos los bienes jurídicos que se pretende proteger.

La cuestión aquí será exponer los modelos que atribuyen responsabilidad a cada miembro de la asociación ilícita en concreto tanto por el injusto comisionado en el seno del sistema de la organización, como por el delito autónomo de pertenencia a la organización criminal.

3.3.1. *El modelo de la transferencia*

El nombrado modelo de transferencia tiene como punto de partida que la sanción a los integrantes de las organizaciones criminales debe distanciarse de cualquier consideración sobre la coyuntura institucionalizada de la organización, lo que favorecería a los concretos delitos-fin. Así que el fundamento para la sanción penal de los miembros de la organización se encontraría en la permanente peligrosidad para la paz y seguridad públicas, lo que es atribuido a las organizaciones, ya que tratase de un sistema de distribución estable y racional de papeles en orden a la comisión de un grande número de delitos (MELIÁ; SÁNCHEZ, 2008, pp. 101-102).

De ese modo, el crimen imputado a un integrante de la organización consistiría en la asunción constante de su rol (competencia) respecto a la hipotética comisión de delitos, lo que podría darse en una mera declaración de disposición a intervenir en una indeterminada serie de crímenes, convirtiéndose, pues, en una especie de delito de adhesión o de pertenencia en sentido estricto (MELIÁ; SÁNCHEZ, 2008, p. 102).

Para aquellos que ven los delitos asociativos como infracciones autónomas que lesionan un bien jurídico supraindividual, como, por ejemplo, la seguridad pública, orden público o paz pública, puede parecer ser éste el modelo de responsabilidad más convincente, según SILVA SÁNCHEZ. La mera existencia de la organización y su estado de cosas lesivo ya es apta a producir una afectación a la paz pública. No obstante, esa imputación individual de un hecho que es colectivo no es fácil de fundamentar, puesto que los miembros concretos de la organización, más allá de quien detiene su dirección, no ejerce el dominio de la peligrosidad de la organización (MELIÁ; SÁNCHEZ, 2008, p. 103).

Por su turno, para ZIFFER (2012, p. 217):

“es característico de la formación de grupos estables de personas la existencia de fenómenos dinámicos, que tienen como resultado que cada uno de sus integrantes no pueda dominar la influencia de su propio aporte con relación a la actividad y participación permanente de los demás miembros, que puede verse incitada y reforzada en su decisión delictiva por el respaldo que significa el saberse amparado por un grupo no destinado a desintegrarse después de cada delito.”

Asimismo, sigue ZIFFER (2012, p. 217) afirmando que: “El ilícito de la asociación ilícita consiste, por lo tanto, en la prestación de un aporte a una agrupación con fines delictivos, cuyas consecuencias quedan fuera de la capacidad de control del autor”.

Es de esa forma que sería legítima la punición de los integrantes de la asociación ilícita, puesto que aquel que colabora con la organización que está destinada a perdurar en el tiempo y cuyo objetivo es concretar futuros planes criminales, no está en situación de tener el control y el alcance que puede asumir su aporte a la estructura delictiva (ZIFFER, 2012, p. 217).

Ahora bien, en estos términos, tratándose de una afectación a la seguridad o paz pública por el hecho de pertenecer a la organización, la adhesión de cada integrante constituiría pues un criterio para la transferencia de la responsabilidad. Todavía, hay que ser señalado que la transferencia de responsabilidad – en virtud de la adhesión de los miembros – debido a este estado de cosas lesivo de la organización no tiene la misma naturaleza que caracteriza las formas convencionales de intervención delictiva, sino una naturaleza destacadamente simbólica, puesto que para la imputación en estos términos, es bastante la participación activa en el cotidiano de la organización, restando justificado, así, en virtud de la dificultad en obtener la prueba de la responsabilidad individual, según criterios tradicionales de imputación, y también por la peligrosidad especial de las formas conjuntas de actuación (MELIÁ; SÁNCHEZ, 2008, pp. 103-104).

Todavía, esto iría frontalmente en contra al principio de culpabilidad que rige el Derecho penal, puesto que cada persona debe hacerse responsable apenas por sus propios hechos, lo que no ocurriría en este caso, ya que se estaría extendiendo de quien no ha contribuido o ha contribuido de manera limitada a la ejecución de los delitos concretamente comisionados (RODRÍGUEZ, 2009, p. 260).

Así que, para SILVA SÁNCHEZ (MELIÁ; SÁNCHEZ, 2008, p. 104), el título de imputación según el modelo de transferencia de responsabilidad debería entonces ser definido así:

“a todos y cada uno de los miembros de la organización se les responsabiliza del estado de cosas peligroso para la paz pública que es la organización, aunque cada uno de los miembros por separado no constituya, obviamente, dicho peligro para la paz, ni tampoco pueda afirmarse que domine el referido peligro colectivo.”

Para SILVA SÁNCHEZ (MELIÁ; SÁNCHEZ, 2008, pp. 104-105), este modelo de atribución de responsabilidad, con la introducción de una lesión a un bien jurídico supraindividual, rebajaría las exigencias objetivas para la responsabilidad tanto a la propia organización como en cuanto a los miembros, puesto que la real anticipación de las barreras de protección jurídico-penales queda encubierta tras la supuesta lesión a un bien jurídico colectivo, poniéndose a salvo pues de cualquier crítica con pretensión de restricción.

3.3.2. *Modelo de responsabilidad por hecho propio del miembro o colaborador*

En este modelo el miembro de la organización se le hace responsable por su propio comportamiento, no se le transfiriendo responsabilidad por la peligrosidad de la organización, que lesiona bienes jurídicos colectivos como la paz o seguridad pública, ni se le imputa el estado de cosas que favorece la comisión de delitos concretos, así que cada uno se le imputará y se le hará responsable de sus hechos favorecedores de la actividad delictiva (SÁNCHEZ, 2004, p. 1082).

Ahora veamos algunas variantes que hay en este modelo. Primero, vamos a ver el modelo de responsabilidad cualificada por participación según reglas generales en los delitos cometidos. Este planteamiento es desarrollado principalmente por el italiano MOCCIA (SÁNCHEZ, 2004, p. 1082). Para él, el problema fundamental de los preceptos legales relacionados a la pertenencia a una organización criminal es su indeterminación y su desvinculación de la idea de lesividad.

Entonces MOCCIA (SÁNCHEZ, 2004, p. 1082) propone una reconducción a la sanción en cuanto institución de la parte general del derecho penal, en contra al modelo que hemos visto anteriormente, que crea una especie de delito de adhesión. Así que la sanción solo sería aplicada como intervención en los delitos concretos cometidos en el seno de la organización, como forma cualificada o agravada, ante la estabilidad de organización y el vínculo asociativo.

Asimismo, el autor entiende que su propuesta presenta ventajas a nivel de legalidad y lesividad, pues vincula la reacción contra la peligrosidad de las organizaciones a efectiva realización de acciones concretas. De esa forma, quedarían fuera del ámbito de responsabilidad aquellas meras manifestaciones de disponibilidad que no se efectiva en un real favorecimiento al hecho delictivo (MELIÁ; SÁNCHEZ, 2008, p. 107).

Ahora bien, presentaremos la denominada responsabilidad por intervención a través de la organización, para cuál, en contra la propuesta anterior, se le importa justamente la dinámica provocada por la organización en las acciones concretas de sus miembros.

La dimensión institucional y su respectiva dinámica provocan importantes cambios en los hechos de cada integrante con relación a los delitos concretamente practicados, como hemos visto, pero esto no significa que a cada miembro se le deba atribuir responsabilidad por otra cosa, sino por su propia actividad favorecedora de delitos concretos. Asimismo, es verdad que la aportación de un determinado integrante de la organización, aunque tenga ocurrido de modo genérico y con mucha precedencia, es actualizada y concretada en el momento de la ejecución de los hechos delictivos concretos. Por tanto, la organización cumple pues una doble función que avala la actividad delictiva, es decir, garantizando la pervivencia del riesgo creado por uno de sus miembros y también la conexión de dicho riesgo con el generado por los miembros que intervienen en hechos criminales concretos (MELIÁ; SÁNCHEZ, 2008, p. 108), pues el delito comisionado en estos términos no es producto de un comportamiento individual, sino de una organización criminal (RODRÍGUEZ, 2009, p. 261).

Para SILVA SÁNCHEZ (MELIÁ; SÁNCHEZ, 2008, p. 109), la existencia de la organización permite fundar también una

“coparticipación – figura paralela a la coautoría – entre sujetos que realizan aportaciones aisladamente insuficientes para favorecer los hechos principales, pero de las que se sabe que, en la estructura organizada, serán articuladas unas con otras, de modo que el producto global tenga la virtualidad favorecedora requerida. En efecto, en la medida en que la aportación de escasa entidad se integra en una organización junto a otras aportaciones, eventualmente también de escasa entidad, puede hablarse de una imputación recíproca que permitiría fundamentar la imputación de una participación punible a todos los sujetos. Naturalmente, es necesario que la probabilidad de integración de unas y otras aportaciones aparezca *ex ante* como real, y no hipotética, y que sea cuantitativamente significativa.”

Ahora bien, según señala SILVA SÁNCHEZ (MELIÁ; SÁNCHEZ, 2008, pp. 111-112) este modelo no representa una excepción a las reglas generales de intervención en el delito, sino una adaptación a la existencia de las organizaciones criminales. Es decir, para él, las organizaciones pueden propiciar que aportaciones que están naturalísticamente distanciadas de la ejecución del hecho mantengan una conexión normativa con aquel que justifique una imputación a título de intervención. Es verdad que implica también en alguno alejamiento de los presupuestos clásicos de la intervención relativos al carácter directo de la contribución y conocimiento de las precisas circunstancias del hecho, pero dichos requisitos han ido relativizándose gradualmente sin que se pueda afirmar tratar de un proceso de vulneración del principio de culpabilidad.

Al fin, hay que puntuar dos cuestiones subrayadas por SILVA SÁNCHEZ (MELIÁ; SÁNCHEZ, 2008, pp. 112-113), en el sentido de que no es correcto decir que fundamentado en este modelo todos los miembros de la organización pueden ser responsables por todos los hechos delictivos concretos realizados en el seno de la organización, pero que sí se puede hacer responsables aquellos cuya actuación favorecedora, institucionalizada y canalizada en la organización se proyecta de modo mediato en un hecho delictivo concreto. Además, la dimensión institucional de la organización puede admitir la posibilidad de que las aportaciones a organizaciones delictivas sean castigadas en cuanto tales y antes de que la organización las haya proyectado sobre hechos delictivos concretos. Todavía, esta sanción requerirá el análisis de que la conducta favorecedora del miembro de la organización pueda proyectarse efectivamente sobre los hechos concretos, debiendo pues ser este el criterio interpretativo fundamental para los delitos de participación en organización criminal.

3.3.3. *La idea de imputación individual de un fenómeno colectivo*

Desde la perspectiva basada en el injusto individual, no solo el delito de organización criminal, sino los otros que poseen la misma característica colectiva, como los de asociación ilícita y grupo criminal, suenan representar un adelantamiento de las barreras de

protección de bienes jurídicos a la fase preparatoria. Ofreciendo una nueva forma de determinar la organización criminal, como un fenómeno delictivo autónomo, con su idoneidad delictiva, LAMPE propone que la organización sea notada no como una especie de medio para la comisión de delitos, sino como el propio delito (GUTIÉRREZ, 2020, pp. 244-245), actuando de manera complementaria de la responsabilidad individual de cada individuo por su injusto personal.

La dogmática jurídico-penal bien conoce los sistemas de injusto, que se dan, principalmente, en cuatro diferentes formas: como unión de personas criminales dirigidas a un fin; como agrupación criminalmente constituida; como empresa económica con tendencia criminal y como Estado o institución estatal criminalmente pervertida (LAMPE, 2003, p. 97).

Señala LAMPE (2003, p. 98) que lo realmente decisivo en el intento de combatir los fenómenos sociales de la actualidad como es la delincuencia sistémica es que la dogmática jurídico-penal se ha acercado a ellos con herramientas centradas primariamente en las estructuras del injusto individual, que se han demostrado rotundamente insuficientes. Así que, aún parece que no ha entendido la consecuencia de que, al agruparse con otros formando un sistema organizado más o menos estricto, el autor pierda parte de su responsabilidad en perjuicio del sistema social, ni que le corresponda un aumento en su cuota de responsabilidad debido al sistema.

En verdad, las contribuciones individuales en una banda – igual en una asociación o organización – sólo pueden ser apreciadas correctamente si se tiene en mente su finalidad delictiva y su organización funcional, es decir, con relación a la criminalidad organizada, el carácter sistémico del hecho sucedido recoge una importancia tal que las contribuciones de los integrantes constituyen un valor representativo de la «asocialidad» de la agrupación, dicho de otro modo, son expresión del fin supraindividual que la asociación en su conjunto persigue y en el cual sus miembros sólo pueden formar parte (LAMPE, 2003, pp. 102-103). La lógica de la idea de injusto sistémico conduce, así, a una responsabilidad colectiva – que se funda en el ingreso voluntario en el sistema organizado – y no a un modelo de responsabilidad individual tradicionalmente conocido (MELIÁ; SÁNCHEZ, 2008, p. 97).

Ahora bien, es importante traer el concepto de sistemas de injusto que, según LAMPE (2003, p. 103):

“son sistemas sociales, o de manera todavía más concreta, construcciones sociales en las que las relaciones de los elementos están organizadas hacia un fin asocial. Sus elementos son individuos relacionados entre sí a través de la comunicación y la interacción. Sus comunicaciones e interacciones internas siguen modelos relativamente constantes que generan su organización. Su fin asocial es la configuración desintegradora de su relación con el entorno. Este fin constituye un injusto sólo porque es una relación externa de sistemas sociales humanos.”

Partiendo de esta premisa, LAMPE piensa en sistemas de injusto simples y constituidos, que son los que interesan al presente estudio. El sistema de injusto simples sería,

por ejemplo, la coautoría, en cuanto que cuando la organización funcional de un sistema de injusto asume una forma duradera y es, más allá que la suma de sus partes, independiente del cambio de sus partes, estamos frente a un sistema formal, es decir, un grupo organizado formalmente que LAMPE señala como sistema constituido de injusto (CABANA, 2012, p. 385).

Estos sistemas de injusto se constituyen con características de pertenencia al grupo que son independientes de la persona concreta, así que no exigen un conocimiento de los miembros entre sí, admitiendo la integración de un mayor número de personas. Otra característica es que la comunicación y la interacción se hacen de modo orientado, casi siempre jerarquizada y selectiva, manteniendo la homogeneidad del sistema a través de canales de información que permiten el intercambio de información entre los subsistemas (CABANA, 2012, pp. 385-386).

Así que el injusto en los sistemas sociales se justifica de hecho en que éstos pueden entrar en contacto con el mundo social a través de sus miembros, es decir, sus integrantes introducen el entorno en el sistema social, por un lado, y, por otro, llevan al entorno el mundo interno del sistema. Si se produce el injusto ahí, en aquel momento se alcanza el significado sistémico. Si comparado con el injusto de las relaciones individuales – que son aquellos «normales» injustos de acción y de resultado que están en el centro de la atención de la dogmática jurídico-penal – el injusto de sistema puede ser considerado más limitativo, pues que no comprende todos los componentes del injusto de relación. Además, el injusto del sistema contiene la cantidad de injusto que concierne a las concretas y estrechas vinculaciones con el sistema, no se agotando en el injusto de relación de sus elementos, teniendo un significado constitutivo en relación con el entorno (LAMPE, 2003, pp. 123-124).

Asimismo, hablando específicamente sobre el injusto de las agrupaciones criminales, LAMPE (2003, p. 128) cita las respuestas de LENCKNER y RUDOLPHI a la pregunta: ¿Por qué la agrupación se convierte en agrupación criminal ya por su finalidad criminal? Para el primero, la razón sería la puesta en peligro de la seguridad general y de la paz pública. Para el segundo autor (LAMPE, 2003, p. 128), el carácter criminal de la pertenencia resulta “del hecho de que los delitos individuales de los miembros son especialmente peligrosos por su forma de comisión conjunta”, además de que estas congregaciones “desarrollan generalmente una dinámica propia que insiste en la comisión de los hechos proyectados, disminuyendo o incluso anulando el sentimiento de responsabilidad de los miembros individuales”.

Para LAMPE (2003, p. 128), asiste más razón a LENCKNER, pues que, con su postura, mira la existencia de un injusto independiente de una estructura institucional en relación con un sistema constituido, es decir, la paz pública y la seguridad general. La crítica de LAMPE a la opinión de RUDOLPHI es debido a que su argumentación puede bien ser aplicada igual a los delitos comisionados en coautoría, sin necesidad de una organización institucional.

Hay que decir una vez más que lo relevante para que se pueda determinar la consumación del injusto sistémico, es que éste se realiza independiente de la consumación de los delitos-fin, puesto que, para POLAINO-ORTS (2009, p. 407):

“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 un delito actual, sino que éste ha de rellenarse de un contenido autónomo, propio: precisamente el injusto sistémico delito de organización.”

Más concretamente, LAMPE (2003, p. 128) señala que hay cuatro factores que apuntan al contenido de un injusto de una agrupación criminal: 1) el potencial humano y técnico disponible a la planificación y ejecución de delitos; 2) la firme organización externa que somete este potencial al dominio de la voluntad común; 3) la finalidad criminal constituyente del sistema perseguida por los partícipes con ayuda potencial (la «filosofía» de la asociación); 4) el sentimiento interno de «nosotros» en los partícipes que va fraguando con el tiempo en la agrupación con finalidad criminal.

El injusto sistémico es en sí un estado de injusto que puede afirmarse en concretas acciones, pero no necesariamente hay que hacerlo, ya estando configurado, pues, el injusto del mismo modo, como dicho. Aunque la predisposición del autor individual en el delito no sea todavía un injusto, debido al sistema adonde se encuentra le faltar el carácter personal, con la asocialidad inmediata, es decir, la predisposición de un sistema comunitario a hechos criminales, su carácter asocial, pues, ya configura el injusto (CABANA, 2012, p. 387).

Todavía es necesario destacar que, para LAMPE (2003, p. 140), el injusto del sistema es injusto punible, pero ni siempre con necesidad y merecimiento de pena. Hay dos factores que el autor indica como caracterizadores del merecimiento y necesidad de pena para el injusto de sistema: su contrariedad a los valores ético-sociales y su eficacia en la desestabilización social; y para LAMPE, ambos los factores están presentes en la agrupación criminal.

Ahora LAMPE procede a la determinación de la responsabilidad por injusto de las asociaciones criminales, dejando todavía claro que, como dicho anteriormente, no hay dudas sobre la justificación de la sanción desde un punto de vista ético-social (CABANA, 2012, p. 388), ya que su existencia actúa en contra principios fundamentales de la vida humana en sociedad, en especial la paz interna. Pero desde un punto de vista ético-jurídico, la asociación nunca ha existido para el derecho y cualquier punición dirigida a la asociación carecería de cualquier finalidad, puesto que “lo que no existe para el Derecho, no puede ser mejorado por el Derecho” (LAMPE, 2003, p. 152). Así que está claro que no se alza la organización a la condición de autor, pues eso llevaría a la idea de ser la organización una unidad de responsabilidad autónoma, lo cual sería una ficción que no conduciría a nada, pues que no se trata la organización de un sujeto apto para sufrir imputaciones jurídicas (OLIVARES, 2021, p. 7). Por ese motivo, la responsabilidad por las agrupaciones criminales hay que se concentrar en sus fundadores y miembros (LAMPE, 2003, p. 152).

Por lo tanto, es cierto, según LAMPE (2003, p. 153), que la actividad de pertenencia a la organización criminal fundamenta la responsabilidad por el sistema, es decir, hay que reforzar el injusto del sistema a través de una integración, orientada a perdurar, en la dinámica

criminal de la organización, siendo necesaria así la confirmación vinculante de participar de manera punible, esto es, como autor o partícipe, en los delitos planeados por la organización. Asimismo, si se cometen los delitos proyectados, éstos no consumen el injusto de sistema de la participación de los miembros, mejor dicho, este injusto sistémico constituye, en cuanto injusto de resultado, base para la participación, poseyendo pues un significado autónomo.

En el mismo sentido, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ (2009, p. 261) cree que la solución para este problema sería la doble imputación, ya que un solo no agota el desvalor absoluto del comportamiento complejo, requiriéndose dos desvalores que deben ser apreciados conjuntamente, es decir, “el desvalor del delito cometido concretamente y el desvalor de formar parte de una organización criminal dedicada a la comisión de esos delitos que el sujeto cometió, o que es medio para cometerlos”.

Sin embargo, no existe espacio para que la responsabilidad por el sistema y la responsabilidad por la acción se anulen una a la otra, debido a sus distintos ámbitos de protección, puesto que el injusto del sistema reside en la amenaza duradera a la paz jurídica de la comunidad, y el de la acción individual radica en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, haciéndose necesario así una respuesta cumulativa (LAMPE, 2003, pp. 154-155).

4. ¿QUÉ PROTEGE EL DELITO DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL?

Para contestar este planteamiento sobre el que se está protegiendo con la incriminación de las organizaciones criminales, eje del presente estudio, es necesario acceder a la importante discusión sobre la determinación del bien jurídico objeto de protección del delito, así también las varias teorías que debaten su naturaleza y legitimidad, para que después, en la conclusión, posamos exponer nuestra contestación a la pregunta que intitula el capítulo y el estudio.

Sin embargo, hemos de tener en cuenta en el principio de la discusión que la función de protección de bienes jurídicos como legitimadora del Derecho penal es, por lo menos, muy discutible. Así que la llamada tutela de bienes jurídicos choca con al menos dos dificultades iniciales: decidir cuándo estamos delante de un bien jurídico y reconocer que todavía hay infracciones penales en las que no es posible distinguir ese bien jurídico (OLIVARES, 2021, p. 8), lo que acaba por generar toda esa discusión que vamos ahora a tener en la búsqueda por el ámbito de protección de la incriminación del delito de organización criminal.

4.1. *La difícil delimitación del bien jurídico protegido y sus múltiples teorías*

El delito de organización criminal, art. 570 *bis* CP, está ubicado en el título XXII, configurado como delito contra el orden público. Si buscamos el delito de organización criminal en códigos penales de otros países europeos, vamos a encontrar ubicación semejante, como

ocurre, por ejemplo, con los delitos previstos en los arts. 416 y 416 *bis* del Código italiano, y en Alemania, con el delito del § 129 StGB (MÁRQUEZ, 2020, p. 48).

Pese la intención inicial del legislador en crear un título propio en el Código Penal español con la rúbrica “De las organizaciones y grupos criminales”¹⁵, los tipos fueron insertados en el título de los delitos contra el orden público, como hemos visto, declarando así el legislador, más allá de las razones expuestas en la Exposición de Motivos, su posición y ofreciendo fuerte apoyo a aquellos defensores de la tesis de que el bien jurídico en los delitos de organización es el orden público (CABANA, 2012, p. 202).

Esencialmente existe una dualidad sobre la fijación del bien jurídico objeto de protección de los delitos de organización criminal. De un lado, la llamada tesis de adelantamiento, que piensa estos delitos como simples actos preparatorios de los delitos-fin – aquellos que constituyen el objetivo de la organización – siendo considerados tipos autónomos con objetivo de prevención (MÁRQUEZ, 2020, p. 50). Por su vez, hay una parte de la doctrina que entiende que el injusto provocado por estos delitos es todavía autónomo e independiente del injusto de los delitos-fin, estando configurado por lesionar un bien jurídico colectivo. Todavía aquí la diversidad de opiniones es evidente, se discrepando sobre si el bien jurídico colectivo es el correcto ejercicio del derecho de asociación, el orden público, la seguridad ciudadana o la seguridad pública (CABANA, 2012, p. 201), como veremos ahora.

4.1.1. *El correcto ejercicio del derecho de asociación*

El Código Penal español, antes de la reforma penal promovida por la LO 5/2010, de 22 de junio, contemplaba el delito denominado «asociación ilícita» en su art. 515, que estaba ubicado, según la tradición vigente desde el Código de 1870, en el apartado con la rúbrica de los delitos contra la Constitución, enumerando las asociaciones así consideradas y todas representaban formas de asociación orientadas a la comisión de delitos. Esta ubicación era debida al proceso histórico de formación de los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, que fueron utilizados políticamente por regímenes autoritarios con objetivo de limitar el derecho fundamental de asociación (GUTIÉRREZ, 2020, p. 284).

Así que para una parte de la doctrina y jurisprudencia el bien jurídico tutelado por delitos de agrupación criminal (arts. 515 y siguientes CP) es el derecho de asociación, implicando que aquellas conductas tipificadas representarían abusos del ejercicio del derecho de asociación reconocido por el art. 22 de la Constitución de España. Además, la Exposición de Motivos de la LO 1/2002, de 22 de marzo, que reglamenta el derecho de asociación, puntúa que “la ilicitud penal de las asociaciones, cuya definición corresponde a la legislación penal,

15. Proyecto de Ley de 2006 (121/0001119).

constituye el límite infranqueable de protección del derecho de asociación”¹⁶ (CABANA, 2012, p. 203).

Sin embargo, GARCÍAS-PABLOS DE MOLINA (1977, P. 127) esclarece que el enlace establecido entre la rúbrica de los delitos contra la Constitución y el abuso del ejercicio del derecho de asociación

“es inadecuada para delimitar el «objeto» de la tutela penal, y queda desmentida por la estructura de los tipos: porque la asociación sólo se reputa ilícita si tiene por objeto cometer delitos, pero no basta con que «con ocasión» de la actividad de la misma, por ejemplo, sus miembros delincan – lo que no prejuzgaría su ilicitud.”

4.1.2. *La tesis del adelantamiento – los bienes jurídicos de los delitos-fin como objeto de protección*

La también llamada “teoría de anticipación” (MELIÁ; SÁNCHEZ, 2008, p. 37) tiene como punto de partida que, basándose en un modelo de bien jurídico de titularidad individual, la incriminación de la mera pertenencia a una asociación ilícita supone una expansión del Ordenamiento jurídico hacia el momento previo a una efectiva lesión a un bien jurídico, en la forma de “delitos-barrera” (CABANA, 2012, p. 228).

Esta teoría se basa en los delitos futuros cuya comisión por parte de la asociación se cree. Para RUDOLPHI (MÁRQUEZ, 2020, p. 50), el máximo representante de aquellos defensores de esta teoría, la simple existencia de la organización constituye, en relación con los delitos comisionados a través de ella, respecto a los bienes jurídicos del Estado y de los ciudadanos individuales, una fuente de peligro incrementado. Así que esta demasiada peligrosidad sería lo que justificaba excepcionalmente que la organización pudiese ser combatida aún en los actos preparatorios (MELIÁ; SÁNCHEZ, 2008, p. 37).

Así que, para los defensores de esta teoría, el orden público, la seguridad interior o la paz pública, que son valores utilizados por diversos códigos penales como bienes jurídicos protegidos por los delitos de organización criminal, son en realidad conceptos jurídicos demasiados abstractos e indeterminados, que no apuntan a ningún objeto material digno de tutela de la norma jurídico-penal (MÁRQUEZ, 2020, p. 51).

Desde la forma que se plantea, los delitos de agrupación ilícita serían como delitos de peligro abstracto¹⁷ que anticipan el ámbito de protección de los bienes jurídicos en riesgo – debido a los delitos que forman parte del programa criminal de la organización – a

16. Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación. «BOE» núm. 73, de 26/03/2002.

17. Al menos inicialmente, “diferenciando en función de la densidad de las estructuras de organización (dependiendo de la intensidad de la estructura de dominio interna, se trataría de un delito de peligro abstracto o peligro concreto)”. Langer-Stein en MELIÁ; SÁNCHEZ, 2008, p. 40.

momentos que materialmente son característicos de los actos preparatorios, elevándose estos a la condición de delito autónomo (CABANA, 2012, pp. 228-229).

En contra la construcción de los delitos de organización criminal como delitos de peligros existe una posición que entiende que la agrupación para delinquir lesiona el interés del Estado en el monopolio de la producción legislativa – puesto que los delitos tipificados por el Estado son el objetivo de la organización, lo que produce una especie de despenalización; además de bienes constitucionalmente protegidos de naturaleza político-institucional, como por ejemplo, el principio de la exclusividad del método democrático como instrumento de la lucha política, el principio de iniciativa económica privada, el de la imparcialidad y del buen funcionamiento de la Administración pública. Por tanto, se estaría configurado un delito de lesión, no de peligro (CABANA, 2012, p. 230).

Ante todo, para CANCIO MELIÁ (MELIÁ; SÁNCHEZ, 2008, p. 38), según el planteamiento de la tesis de adelantamiento no es posible la identificación de un objeto de protección específico para los delitos de organización, “de modo que habría que sostener que el bien jurídico protegido por estas infracciones sería idéntico al conjunto de los bienes jurídicos tutelados en la Parte Especial”.

Sin embargo, en España, la aceptación de la tesis de adelantamiento implicaría en una admisión de que la intervención penal estaría en verdad se oponiendo de forma generalizada a la expresa previsión legal de excepcionalidad del castigo de los actos preparatorios, como enseñan los arts. 17 y 18 CP (MÁRQUEZ, 2020, p. 53).

Además, cabe poner de relieve la inseguridad de que se subraye en exceso una fuente de peligro en la definición de un injusto y tenga que enfrentar más adelante una expansión incontrolable de lo aprehendido por la tipificación (MELIÁ; SÁNCHEZ, 2008, p. 41). Así que merece destaque la crítica de JAKOBS (1996, p. 216), que afirma que:

“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.”

4.1.3. *La teoría de la autotutela del Estado – el monopolio estatal en el ejercicio de la violencia*

Los partidarios de esta teoría entienden la organización criminal como una especie de «microestado», es decir, más que la suma de sus integrantes con objetivos específicos, pues poseen una fuerte organización, ordenamiento propio – en contra al estatal – e incluso un sentimiento de pertenencia más allá de su nacionalidad. Así que la organización criminal formaría una especie de institución creada para delinquir y que estaría en un permanente estado de guerra frente al ordenamiento estatal, transformándose en la negación del propio Estado. De esa forma, la mera existencia de la organización criminal ya es idónea

para afectar el regular funcionamiento del Estado, sin que haya necesidad de iniciar la ejecución de su plan criminal concreto, afectando así el propio poder estatal (MÁRQUEZ, 2020, p. 84).

En la doctrina española, el principal defensor de esta teoría fue históricamente GARCÍA-PABLOS DE MOLINA (1977, p. 144), para quien:

“Con el delito de asociación ilícita trata nuestro Código de proteger la propia institución estatal, su hegemonía y poder, frente a cualquier otra organización que persiga fines contrarios y antiéticos a los de aquella. La mera «existencia» de una pluralidad de personas que, de forma «organizada» (asociativamente), intentan unos objetivos opuestos a las leyes penales, pone ya en entredicho la suprema y efectiva supremacía del poder del Estado. Es un reto y una negación de este. Porque no se trata ya de la preparación o ejecución de un delito o delitos por una pluralidad de personas, sino de algo más grave: de una «organización», de una «institución» criminal que, por lo tanto, tiende a realizar su propio ordenamiento y a desconocer el estatal, sobreponiéndose al mismo.”

Actualmente en España CANCIO MELIÁ (2008, p. 275) sostiene posición semejante, pero con algunas singularidades. Para el autor, se hace necesaria una concreción en este concepto, así que propone que:

“sólo los agentes colectivos peligrosos – en los términos en los que ello viene exigido por doctrina mayoritaria – están en realidad en condiciones de plantear el desafío al Estado al que se refiere García-Pablos de Molina; sólo el ejercicio de una disciplina que incluya la actuación violenta (hacia dentro y hacia fuera de la organización) cuestiona realmente el papel del Estado, y por ello ataca específicamente el monopolio de la violencia establecido en su favor. Así se da un paso de concreción ulterior, al no hablarse con carácter general del «poder del Estado», sino del concreto aspecto del ejercicio exclusivo de la violencia en su favor.”

Todavía hay críticas dirigidas a esta teoría y sus matices, pues que suena demasiado abstracto la construcción de un injusto basado en un bien jurídico-penal como el poder del Estado. En este sentido, GUZAMÁN DÁLBORA (MÁRQUEZ, 2020, p. 88) enseña que: “los conceptos «poder del Estado», «majestad jurídica o política» o «supremacía del ordenamiento jurídico» se mueven en un terreno muy vago, y con ello muy útil de cara a manipulaciones y usos arbitrarios por parte de los poderes de turno”.

4.1.4. *La teoría de la expectativa de los ciudadanos en la libre disposición de sus bienes*

Esta teoría tiene como principal defensora la autora PASTOR MUÑOZ (MÁRQUEZ, 2020, p. 88), que concibe el injusto de los delitos de organización según términos comunicativos. Para dicha autora:

“el comportamiento de quien se hace miembro de una organización mafiosa no es perturbador porque ponga objetivamente en peligro bienes jurídicos, sino porque mediante ese comportamiento el sujeto se manifiesta – de ahí lo de explicar el injusto en términos comunicativos – como peligroso.”

La seguridad esencial defendida por PASTOR MUÑOZ (MÁRQUEZ, 2020, p. 89), entendida como una seguridad referida a las personas y sintetizada en la premisa de que no exista personas dispuestas a delinquir, es puesta para que las personas puedan disponer de sus bienes, pero no cualesquiera, sino bienes jurídicos relevantes. Señala dicha autora que: “no es lo mismo manifestar la disposición a delinquir mediante la pertenencia a una organización terrorista que mediante la pertenencia a una organización dedicada a la copia ilegal de CDs”.

Todavía, BOCANEGRA MARQUÉZ (2020, p. 90) hace una oportuna crítica a esta teoría, ya que, según el principio de culpabilidad, hay que buscar fundamento para la punición en las conductas y hechos del autor, no en su modo de vida u opiniones.

4.1.5. *Injusto de amenaza*

Esta teoría ha desarrollado sobre todo JAKOBS (MELIÁ; SÁNCHEZ, 2008, p. 46), proponiendo un nuevo camino a la definición de la “paz jurídica” en cuanto objeto de protección, en que la perturbación de esta paz – en relación con lesiones futuras – puede comprenderse como quebrantamiento de una norma de flaqueo, como un injusto parcial.

Para JAKOBS (1996, p. 222-223):

“en los delitos con un injusto meramente parcial no se infringen las normas principales (las normas de los delitos de lesión), sino normas de flaqueo cuya misión es garantizar las condiciones de vigencia de las normas principales. [...] Una norma es eficaz si presta lo que ha de prestar: aseguramiento de las expectativas. Para ello, es necesario que la norma sea reconocible *ex ante* como estable por el potencialmente afectado. La vigencia de la norma no es, por tanto, sólo una relación entre norma y autores potenciales, los únicos a los que normalmente se designa como destinatarios de la norma, sino también una relación entre la norma y los potenciales afectados. [...] Si se acepta que el enunciado de que la vigencia de la norma no sólo depende de la conducta de los autores potenciales, sino también de lo que esperan los afectados, resulta evidente que la vigencia de la norma puede verse dañada no sólo por quebrantamiento de la norma, entendidos en su sentido habitual, sino también por cualquier menoscabo de la confianza de los afectados, cualquiera que sea la vía por la que esto ocurra.”

Aclarando la situación, CANCIO MELIÁ (MELIÁ; SÁNCHEZ, 2008, p. 48) explica que es posible determinarse que dicha conducta no quebranta una norma principal, pero sí una norma de flaqueo, colateral, tratándose, pues, de un «fragmento de injusto» que, eventualmente, puede ser susceptible de legitimación, de un «injusto parcial». Por tanto, una norma

de flanqueo, “a modo de un bastión militar previo a la fortificación principal, no protege al bien principal – frente a éste (aún), no cabe detectar arrogación alguna –, pero sí a las condiciones de vigencia de la norma principal”, que es, de modo más concreto, la base cognitiva de ésta.

Así que cuando hay un fuerte anuncio de la comisión de hechos punibles – que es lo que ocurre cuando se forma una agrupación criminal – supone un incremento en el nivel de riesgo presente, causando una especie de desorientación cognitiva en los destinatarios de la norma, es decir, la sociedad, afectando así la confianza en la norma y por consecuencia la paz social.

Por tanto, desde esta perspectiva, sería legítima la criminalización de las asociaciones ilícitas en cuanto injusto parcial, puesto que no afecta la norma principal, sino normas de flanqueo que garantizan la vigencia y la confianza cognitiva de la sociedad (MELIÁ; SÁNCHEZ, 2008, p. 49). Todavía hay que tener en claro que, en la medida en que se haya de evitar esta afectación, la pena impuesta por la conducta incriminada tiene que ser adecuada a esta circunstancia, es decir, que el comportamiento ha lesionado no una norma principal, pero una norma de flanqueo (JAKOBS, 1996, p. 229).

Sin embargo, JAKOBS (MELIÁ; SÁNCHEZ, 2008, p. 49) ha llevado la definición del injusto al recto de la comunicación, es decir, no se trata, de forma general, de entender el delito en cuanto anticipación de protección o de sentimientos sociales, sino de los efectos de los comportamientos de los integrantes de una organización sobre la vigencia de la norma. La anticipación de punibilidad que castiga las organizaciones criminales “no tiene su origen en los delitos futuros que pueda llegar a cometer la misma, sino en la intolerable erosión actual de la seguridad cognitiva en la vigencia de la norma” (POLAINO-ORTS, 2009, pp. 413-414).

4.1.6. Bien jurídico colectivo como objeto de protección – el orden público, la seguridad ciudadana y la seguridad pública

Es verdad que no sólo en España, sino de forma general en Europa, la mayoría de los códigos penales sitúan los delitos de organización entre las infracciones contra bienes jurídicos colectivos, como el orden público, seguridad o paz públicas (MÁRQUEZ, 2020, p. 59). Así que hay que tener en cuenta que cuando el legislador elige una cierta denominación para un determinado título, se está formulando una primera indicación al intérprete acerca de qué es lo que se pretende proteger con aquellos delitos incluidos bajo la rúbrica, adquiriendo significado como medio de interpretación teleológica y con fines a una estructuración sistemática de la parte especial, pese su poca relevancia desde una mirada político criminal (ZIFFER, 2012, p. 24).

Con relación a la defensa de un bien jurídico de naturaleza supraindividual o colectivo, es necesario aclarar que ante determinadas situaciones, es posible concebir la necesidad – y legitimidad – de que la administración pública actúe de forma coactiva y preventiva, evitando riesgos – no sólo precedentes de delitos – para bienes jurídicamente protegidos,

justificando, algunas veces, la prohibición de conductas que obstaculicen de forma importante tal actuación (CASTAÑÓN, 2010, p. 921).

En este sentido, PAREDES CASTAÑÓN (2010, p. 921) enseña que:

“cuando tales condiciones se den, podría llegar a reconocerse un bien jurídico (legítimo), definible como aquel estado de cosas en el que los individuos observan un patrón de conducta consistente en no obstaculizar aquellas actuaciones de los órganos administrativos (legitimados para ello) que posean una finalidad preventiva de lesiones de (determinados) bienes jurídicamente protegidos y resulten proporcionadas para ello. [...] dicho bien jurídico no sería propiamente un bien jurídico supraindividual autónomo, sino más bien un bien jurídico de naturaleza meramente instrumental, consistente precisamente en la seguridad de aquellos bienes jurídicos mediatamente protegidos.”

Todavía, es posible que el concepto de orden público, o seguridad (ciudadana, pública) pueda constituir un bien jurídico supraindividual autónomo, no meramente instrumental. Así que sería necesario que la prohibición de la conducta fuese justificada no por el peligro que pudiera ocasionar, sino exclusivamente por su contribución para un generalizado estado de inseguridad para todos los bienes jurídicos. PAREDES CASTAÑÓN (2010, pp. 923-925) entiende que tal situación podría ser verificada – aunque después afirme que no se puede confirmar tales hipótesis – si existiera conductas activas que resultasen universalmente peligrosas para todos los bienes jurídicos o para el Estado; o si la creación de sentimientos de inseguridad en la población pudiera concebirse también como una contribución a la inseguridad efectiva – independiente de la mayor o menor probabilidad objetiva de lesión de los distintos bienes jurídicos.

Concluyendo ese análisis preliminar sobre la posibilidad de aceptación excepcional de bienes jurídicos supraindividuales o colectivos, pasaremos a un análisis más específico en relación con el término orden público.

En un análisis bajo una perspectiva histórico-jurídica, el orden público se conceptúa como el libre ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución, lo que implica un Estado de normalidad, mejor dicho, de vigencia objetiva del sistema normativo (CABANA, 2012, p. 208). Así que se puede comprender el orden público, por un lado, como los principios o valores identificados del alma de la comunidad, para la que son irrenunciable, y, por otro, como la idea de que el respeto a la libertad no es factible si no hay imperio de la Ley y garantía de la pacífica convivencia (GUTIÉRREZ, 2020, pp. 287-288).

Señala PAREDES CASTAÑÓN (2010, pp. 968-973), que propone una limitación del contenido material del bien jurídico orden público exclusivamente a la preservación de patrones de conducta en el seno de los espacios públicos, que para que el Derecho penal sea puesto en marcha en la protección del orden público, el criterio adoptado debe ser “la existencia o no de un efecto desestabilizador sistémico, derivado de la defraudación [de] expectativas producida por el cuestionamiento del patrón de comportamiento que constituye el objeto (el estado de cosas valioso) del bien jurídico protegido”.

Ahora bien, hay que decir que de forma general existe una cierta ambigüedad en el uso del término «orden público», siendo empleado bajo dos conceptos distintos, un restrictivo y otro amplio. El concepto restrictivo constituiría un ambiente exterior de orden y tranquilidad en una comunidad, es decir, una situación de orden donde la vida colectiva, los derechos y libertades pueden desarrollarse, presentando también un límite a la voluntad de los particulares y una cláusula de cierre del ordenamiento jurídico para los jueces (GUTIÉRREZ, 2020, p. 292).

Por su vez, el concepto de orden público en sentido amplio, en cuanto bien jurídico protegido, debe venir de una valoración social basada en el reconocimiento del juego democrático de las instituciones estatales y de los derechos del ciudadano (GUTIÉRREZ, 2020, p. 292). Por tanto, el orden público puede ser así identificado como un conjunto de principios, público y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada (BELLOSO, 1988, p. 4).

Como visto en el inicio del presente apartado, el legislador español¹⁸ ha optado por el orden público como bien jurídico protegido en los delitos de organización criminal, corroborando esa afirmación en la Exposición de Motivos en el Preámbulo de la Reforma de 2010, en el apartado XXVIII, cuando dijo que: 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 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 (GUTIÉRREZ, 2020, p. 293).

Por lo tanto, parece entender el legislador el concepto de orden público en su sentido amplio, es decir, institucional, formal (CABANA, 2012, p. 209), al aludir en la continuación en el Preámbulo de la LO 5/2010 que: el fenómeno de la criminalidad organizada atenta directamente contra la base misma de la democracia... alterando a tal fin el normal funcionamiento de los mercados y de las instituciones, corrompiendo la naturaleza de los negocios jurídicos, e incluso afectando la gestión y a la capacidad de acción de los órganos del Estado.¹⁹ De esa forma, identifica el legislador el orden público con la propia calidad de la democracia, es decir, el libre ejercicio de derechos y libertades, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, de los servicios públicos esenciales u otro aspecto semejante. Así que sería el orden público – pese su dinamismo y continua necesidad de adaptación a la sociedad, lo que dificulta una conceptualización precisa de su contenido material – la reunión de las condiciones necesarias e indispensables a la vida de los individuos, puesto

18. “En esta posición se adhiere el legislador español a lo manifestado por la Unión Europea en numerosos documentos, donde también se indica que el crimen organizado no sólo afecta al orden público, sino a las propias bases de la democracia. Sin embargo, esta capacidad únicamente es predicable de unas pocas organizaciones criminales en el seno de la Unión Europea”. (CABANA, 2012, p. 212).

19. Preámbulo. 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. «BOE» núm. 152, de 23 de junio.

que sin orden público no hay la paz, tranquilidad, ni la estabilidad en la posesión de las cosas, no habiendo, de esa forma, seguridad (GUTIÉRREZ, 2020, p. 294).

No obstante la enorme extensión del concepto amplio de orden público, entendido como orden jurídico u orden constitucional, implica en poca o casi ninguna utilidad en cuanto bien jurídico, pues que de esa forma todas las infracciones criminales admitirían su afectación. Para MOCCIA (CABANA, 2012, p. 213), el orden público debe ser considerado “no como un bien jurídico, sino como una ratio de tutela que resulta incapaz de ofrecer una noción significativa del objeto de tutela y, por tanto, aparece absolutamente inidónea para desarrollar una función de delimitación de la intervención penal”.

De esa forma, un concepto democrático de orden público “hay que situarlo en un plano material, referido a la seguridad y paz en las manifestaciones de la vida ciudadana, o, si se prefiere, con la seguridad ciudadana” (RIVAS, 2010, p. 503), así que su identificación en cuanto bien jurídico exigiría una delimitación de su ámbito conceptual con relación a la seguridad pública y la seguridad ciudadana (CABANA, 2012, p. 207), como veremos ahora.

La seguridad se convirtió en un tema central en la discusión político-criminal por toda parte, y por supuesto no fue diferente en la Unión Europea y España. En el ámbito europeo, el Tratado de la Unión Europea en su art. 3.2 hace referencia al tema, 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. Además, es la seguridad un derecho fundamental de los ciudadanos europeos, como está en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su art. 6, bajo la rúbrica “derecho a la libertad y a la seguridad” (CABANA, 2012, p. 214).

En el ámbito interno, la seguridad puede ser entendida como función de la intervención estatal, administrativa y de policía, a más de la penal. Por su vez, como función policial y penal, cabe identificar la seguridad con el ejercicio de la prevención anticipada de formas de peligrosidad individual y su neutralización, lo que infiere una reelaboración de la teoría de la prevención especial negativa (CABANA, 2012, p. 214).

Para el Tribunal Constitucional de España, la Constitución utiliza la palabra «seguridad» con la misma acepción medular pero con distintos matices según el adjetivo que le sirva de pareja. Habla, por una parte, de la seguridad jurídica (art. 9 C.E.), uno de los principios cardinales del Derecho a la par del valor justicia. Hay otra seguridad, la que es soporte y compañera de la libertad personal (art. 17 C.E.), cuya esencia se pone desde antiguo en la tranquilidad de espíritu producida por la eliminación del miedo. Una y otra han sido perfiladas por este Tribunal Constitucional desde su STC 2/1981 hasta la STC 126/1987. Esta, 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.²⁰

Sin embargo, cuando se analiza el término seguridad, se puede ver surgir una dicotomía conflictiva con la libertad, pero la seguridad, igual que la libertad, simboliza la concepción de las relaciones entre persona-sociedad-Estado. De esa forma, el individuo no puede comportarse como persona sin el reconocimiento de un nivel de libertad personal, y el Estado, por su vez, no puede garantizar, bajo ningún sistema jurídico, los bienes personales estimados por la sociedad si no es con el establecimiento de una seguridad mínima (GUTIÉRREZ, 2020, pp. 296-297). Por lo tanto, se puede aseverar que la seguridad es el paralelo a un estado de normalidad mínima (en sentido material o real) precisa para la efectividad de los derechos y las libertades de la persona (ALFONSO, 2008, p. 28).

A su turno, la seguridad ciudadana, término derivado de los conceptos de seguridad que hemos visto, es mencionado en la Constitución de España en su art. 104.1: “las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana”. No obstante, la norma que desarrolla el precepto traído por el dispositivo constitucional es la LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, la cual, todavía, alude en su primer capítulo no a la seguridad ciudadana, sino a la seguridad pública (CABANA, 2012, p. 223).

En la legislación española, donde se puede encontrar más ayuda para alcanzar un significado al término «seguridad ciudadana» es en la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana, de orden administrativo. En el art. 1 se define seguridad ciudadana como “requisito indispensable para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas”. En el art. 2, cuando prevé modos de actuaciones para tutelar la seguridad ciudadana, el legislador indica: “la protección de personas y bienes y el mantenimiento de la tranquilidad ciudadana”. Así que, como enseña BOCANEGRA MÁRQUEZ (2020, p. 78), se puede extraer de los textos legales una idea autónoma de seguridad como:

“estado de protección frente a riesgos para personas o bienes, que, como se afirma en el art. 1 LOPSC, supondría un requisito para el pleno ejercicio de derechos fundamentales y libertades en tanto sin un estado mínimo de seguridad frente a riesgos no sería posible la libertad.”

Pese una cierta confusión terminológica que hay en relación con los términos orden y seguridad públicos, la seguridad ciudadana puede ser comprendida, para VILLAGÓMEZ CEBRIÁN (1997, p. 151), según los objetos de sus actividades, que:

20. Sala Primera. Sentencia 325/1994, de 12 de diciembre de 1994. Disponible en: < <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-1995-1220>>.

“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 este sentido, se puede resumir el contenido de la seguridad ciudadana como la responsabilidad pública de conseguir un estado de normalidad cívica presidido por la sensación objetivable en los ciudadanos de ausencia de riesgos y peligros (CEBRIÁN, 1997, p. 151).

Por tanto, frente a esta delimitación del contenido de seguridad ciudadana, su empleo con fines a garantizar la protección de personas y bienes según el restante del Ordenamiento jurídico, en el ámbito de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, ante acciones violentas o agresiones, situaciones de peligro o calamidades públicas, nos pone claro que, en verdad, su concepto tal cual expuesto le es oponible el concepto de orden público en sentido estricto – lo sentido que ha restado, como hemos visto anteriormente –, es decir, con fines a la protección de los derechos fundamentales por la Policía de Seguridad (FERNÁNDEZ-VAL-MAYOR, 1990, pp. 13-14).

Ahora bien, llegando al fin a la seguridad pública, esta apenas es mencionada en la Constitución española en el art. 149.1.29 CE,²¹ con referencia al reparto de competencia de la materia entre el Estado y las Comunidades Autónomas. El Tribunal Constitucional señala tratarse de una “actividad que consiste en la protección de personas y bienes y el mantenimiento de la tranquilidad y orden ciudadano, que son finalidades inseparables y mutuamente condicionadas”.²² Para el TC, el término seguridad pública es más preciso que el de orden público, pese a la advertencia de que no toda seguridad de personas y bienes, ni toda normativa encaminada a conseguirla, o preservar su mantenimiento, puede englobarse en el título competencial de «seguridad pública»; si así fuera, la práctica totalidad de las normas del ordenamiento jurídico serían normas de seguridad pública, y por ende competencia del Estado, cuando es claro que se trata de un concepto más estricto, en el que hay que situar de modo predominante las organizaciones y los medios instrumentales, en especial los cuerpos de seguridad a que se refiere el art. 104 de la Constitución.²³

De ese modo, es posible comprender la seguridad pública como una actividad prescricional o de servicio, a cargo del Estado, que tiene por objeto garantizar el libre ejercicio

21. Art. 149.1.29 CE: “Seguridad pública, sin perjuicio de la posibilidad de creación de policías por las Comunidades Autónomas en la forma que se establezca en los respectivos Estatutos en el marco de lo que disponga una ley orgánica”.

22. STC 33/1982, de 8 de junio de 1982. Disponible en: < <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/75>>.

23. STC 33/1982, de 8 de junio de 1982; STC 59/1985, de 6 de mayo de 1985. Disponible en: < <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/439>>.

de los derechos y libertades y la seguridad ciudadana, orientándose para su protección (CABANA, 2012, p. 224). Como consecuencia, con fines a evitar riesgos a esas dichas actividades, admitiese la realización de una serie de medidas que incurren en el ámbito de derechos y libertades de los ciudadanos y que permiten incluso la utilización de la fuerza por parte de los cuerpos de seguridad. Por tanto, el factor riesgo en cuanto presupuesto habilitante de la seguridad, pero al mismo tiempo un límite a su ejercicio supone una excepcional situación que justifica la intervención (AGUADO I CUDOLÀ, 2007, p. 49).

Así que parece cierto que la seguridad pública presenta un concepto más amplio que la seguridad ciudadana y el de orden público en sentido restringido, estando todavía en un plan completamente distinto de esos dos conceptos (GUTIÉRREZ, 2020, p. 300). La seguridad pública es, en verdad, una actividad, un ámbito de competencia, en cuanto que la seguridad ciudadana y el orden público son situaciones que se pretenden alcanzar por medio del ejercicio de la seguridad pública (CABANA, 2012, p. 226). Entonces, se puede afirmar que la seguridad pública es, como enseña ZURITA GUTIÉRREZ (2020, p. 300): “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”.

Para RECASENS I BRUNET (2007, pp. 133-134), se puede formar 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”.

Por tanto, pese el choque que hay desde una perspectiva del Derecho penal individual, que entiende intangible, inmaterial e incomprensible la seguridad pública en cuanto objeto de protección en los delitos de organización, entendemos, tal cual enseña GUTIÉRREZ (2020, pp. 300-301), que estos, como delitos autónomos ante el sistema de injusto que conforman, y que, de esa forma, protegen un bien jurídico propio y también autónomo, salvaguardan la seguridad pública en cuanto actividad y competencia del Estado para que se alcance la seguridad ciudadana y el orden público a través de la prevención y represión de los delitos, garantizando así un estado de convivencia idóneo para el gozo de derechos y libertades.

5. CONCLUSIONES

Sin embargo, tratase una organización criminal de una estructura diseñada para la comisión de delitos, que no extinguirá tras la comisión de los concretos delitos programados, sino que subsistirá, haciendo de la perpetración de infracciones penales la razón de su existencia. Asimismo, en muchas veces, los delitos perpetrados por la organización no son sólo aquellos programados delitos-fin, sino que engloban igual delitos cuya comisión es propiciada por la propia dinámica organizativa y estructural (MÁRQUEZ, 2020, p. 95).

Lo que explica que la pertenencia a una organización criminal sea un delito autónomo, no es tanto por el propósito delictivo con que reúnen los sujetos, sino por la conformación

de una empresa criminal, es decir, de una agrupación socialmente desestabilizadora que ya genera, de facto, una conmoción de las bases del Estado, produciendo una lesión actual de la seguridad cognitiva-normativa (POLAINO-ORTS, 2011, p. 565).

De ese modo, el injusto de los delitos de organización sobrepasa al injusto del delito-fin o del delito instrumental, pues consiste en algo mayor que los meros actos preparatorios de un o algunos delitos concretos, conformando un estado de peligrosidad abstracta o general para un conjunto variado de bienes jurídicos (MÁRQUEZ, 2020, p. 96).

Esta peligrosidad para bienes jurídicos que implica las organizaciones criminales, conformadora de un injusto autónomo a los injustos perpetrados en su seno, tiene, por lo tanto, como objeto de protección la seguridad pública, acompañada de la vigencia de la norma como consecuencia directa de tal protección.

Y así es porque todo delito es una lesión de un deber, es decir, el delito atenta contra el deber que tiene todo ciudadano de comportarse de acuerdo con la norma. Otra cosa todavía es el contenido de ese deber, mejor dicho, los concretos bienes jurídicos o valores que cada sociedad y sistema, de acuerdo con sus preferencias y necesidades sociales, considera conveniente tutelar (NAVARRETE, 2010, p. 38). Así que los dos conceptos, más allá de no parecieren excluyentes, son en verdad complementarios, ofreciendo una respuesta a la cuestión sobre “qué protege el delito de organización criminal”.

El binomio protección y prevención constituyen una relación inseparable de medio a fin, pues que el Derecho penal protege bienes jurídicos, es decir, les concede garantía normativa con vistas a la prevención de esos bienes, evitando delitos futuros, al paso que reafirma, como consecuencia, la autoridad de la norma como elemento integrante de la estructura social. De esa forma, la protección de bienes jurídicos es el contenido y la prevención de delitos es el fin, mejor dicho, la protección de bienes jurídicos es la función y la confirmación de la vigencia de la norma la consecuencia directa de dicha función (NAVARRETE, 2010, p. 51).

La idea funcionalista de una sociedad autopoietica lleva a la afirmación de que todo queda dentro del sistema, y, de esa forma, la función de la norma sería la confirmación de la vigencia de la propia norma. Todavía, no parece haber sentido una autoprotección de sí misma, pues que no se puede concebir categorías normativas rellenas de nada, debiendo poseer un contenido, y el contenido de la norma es, de manera precisa, el bien jurídico estimado digno y merecedor de protección por parte del ordenamiento legal, del cual no se puede prescindir si se quiere tener una imagen fiable y completa del fenómeno criminal (NAVARRETE, 2010, pp. 51-52).

Como hemos visto, la defensa de un bien jurídico de naturaleza supraindividual o colectivo es por veces necesario ante determinadas situaciones, desde que justificado por la necesidad de que la administración pública actúe de forma coactiva y preventiva, evitando riesgos para bienes jurídicamente protegidos, legitimando así la prohibición de conductas que, por su estado de cosas, obstaculicen de forma importante tal actuación. De ese modo, restaría justificada la incriminación de la pertenencia a una agrupación con fines delictivos por el peligro que pudiera ocasionar y ocasiona por el simple hecho de existir, como hemos

visto, debido a su contribución para un generalizado estado de inseguridad para inúmeros bienes jurídicos de manera incidental, ofreciendo riesgo y desafiando a las normas de convivencia del propio Estado, y, por tanto, a la seguridad pública.

El bien jurídico «seguridad pública», podemos definirlo como actividad prestacional o de servicio, a cargo del Estado, que tiene como objetivo garantizar el libre ejercicio de los derechos y libertades. Por lo tanto, la seguridad pública es, en verdad, un ámbito de competencia, en cuanto que la seguridad ciudadana y el orden público son situaciones que se pretenden alcanzar por medio del ejercicio de la seguridad pública, lo que justifica ser ella un bien jurídico más justo y idóneo en cuanto objeto de protección del delito de organización criminal.

Como consecuencia de ese ámbito competencial, con fines a evitar riesgos a esas dichas actividades, admitiese la realización de una serie de medidas que incurren en el ámbito de derechos y libertades de los ciudadanos y que permiten incluso la utilización del *ius puniendi* estatal, legitimando la anticipación de la punición – se visto en relación con los delitos que son el contenido del programa de la organización –, pues que respecto a la organización criminal, como hemos visto, la amenaza de peligro es real, actual y efectiva, considerando la dinámica que vigora en su seno, generadora de una asocialidad inmediata, es decir, una predisposición de un sistema comunitario a hechos criminales.

Sin embargo, tanto el dicho estado de inseguridad colectivo, como la amenaza al Estado no pueden ser alcanzadas por cualquiera agrupación criminal, sino por aquellas dotadas de importante estructura interna, con capacidad real para poner en riesgo la seguridad pública. Así que creemos relevante que, siguiendo lo que ya proponen convenios internacionales y supranacionales, como debatimos más arriba, el legislador español restringiese el concepto de organización criminal, exigiendo que su objeto sea la comisión de delitos graves²⁴, dejando fuera de la determinación de organizaciones criminales las agrupaciones formadas para la comisión de delitos de poca gravedad, incapaces de ofrecer real peligro a la seguridad pública, bien jurídico protegido por el tipo de organización criminal.

En fin, considerando una vez más el bien jurídico objeto de tutela por el delito de organización criminal, la determinación del momento preciso de la puesta en peligro de la seguridad pública no podría ser otro sino aquel en que la agrupación reúna condiciones, es decir, medios personales y materiales que la convierta en una estructura idónea para llevar a cabo su programa criminal. Dicho de otro modo, la seguridad pública estará efectivamente en riesgo en el momento que la estructura adquirida por la organización la haga apta a poner en marcha su plan criminal de comisión de graves delitos, generando así el estado de inseguridad que hablamos anteriormente, aunque, obviamente, no se alcance efectivamente la comisión de ningún de los delitos planeados.

24. Como visto en el apartado 2.1, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000 y la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo de 24 de octubre de 2008, limitan el castigo de esta conducta respecto a agrupaciones cuyo objeto sea la comisión de delitos con una pena máxima privativa de libertad de al menos cuatro años.

6. REFERENCIAS

- ABOSO, Gustavo E. *Criminalidad organizada y derecho penal*. Montevideo – Buenos Aires: B de F, 2019.
- AGUADO I CUDOLÀ, Vicenc. *Derecho de la seguridad pública y privada*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2007.
- ALFONSO, Luciano P. *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*. València: Tirant lo Blanch, 2008.
- BELLOSO, Miguel J. I. Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978. *Revista española de Derecho administrativo*, n. 58, abril-junho, 1988.
- BURGO, Blanca M. *Límites dogmáticos y políticos-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares, 2001.
- CABANA, Patricia F. *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el código penal español*. València: Tirant lo Blanch, 2012.
- CASTAÑO, Elena N. *Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas sobre el sentido de las reformas penales en materia de terrorismo*. València: Tirant lo Blanch, 2013.
- CASTAÑÓN, José M. P. El orden público como bien jurídico autónomo (y legítimo). In: PEÑA, Diego-Manuel L. (Dir). *Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho. Libro en homenaje a Santiago Mir Puig*. Madrid: La Ley, 2010.
- CEBRIÁN, Alfonso V. *Las fuerzas y cuerpos de seguridad: del orden público a la seguridad ciudadana*. A coruña: Ara Solis – Xunta de Galicia, 1997.
- CONDE, Cármen R. *Aspectos básicos del delito de organización y grupo criminal. Los diez años de su tipificación en el Código penal español*. 1. ed. Pamplona: Aranzadi, 2020.
- CONDE, Francisco M. *Derecho Penal. Parte Especial*. 20. ed. València: Tirant lo Blanch, 2015.
- CORDERO, Isidoro B.; DE PAZ, María Isabel S. G. 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. *Revista Penal*, n. 6, 2000.
- DE PAZ, María I. S. G. *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*. Madrid: Dykinson, 2005.
- DORDIO, Juan G. Lucha contra el crimen organizado de la Unión Europea. *Centro superior de Estudios de la Defensa Nacional*, Ministerio de Defensa de España, n. 48, 2012.

- FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José L. C. Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública. *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 27, 1990.
- GUTIÉRREZ, Alri Z. *El delito de organización criminal: fundamentos y contenido de injusto*. 1. ed. Barcelona: JM Bosch, 2020.
- JAKOBS, Günther. *Fundamentos del Derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996.
- JAKOBS, Günther; NAVARRETE, Miguel P.; POLAINO-ORTS, Miguel. *Bien jurídico, vigencia de la norma y daño social*. Lima: Ara Editores, 2010.
- LAMPE, Ernst-Joachim. *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*. Lima: Grijley, 2003.
- MÁRQUEZ, Jara B. *Los delitos de organización y grupo criminal: cuestiones dogmáticas y de política criminal*. 1. ed. Barcelona: J.M Bosch, 2020.
- MELIÁ, Manuel C. El injusto de los delitos de organización: peligro y significado. *Revista cuatrimestral de las facultades de Derecho y Ciencias Económicas y empresariales*, n. 74, maio-agosto, 2008.
- MELIÁ, Manuel C.; SÁNCHEZ, Jesús-María S. *Delitos de organización*. Montevideo – Buenos Aires: B de F, 2008.
- MOLINA, Antonio G. P. *Asociaciones ilícitas en el Código penal*. Barcelona: Bosch, 1977.
- MUÑOZ, Alfonso G.; CASTAÑO, Elena N. *Manual de derecho penal económico y de la empresa*. València: Tirant lo Blanch, 2019.
- NAVARRETE, Miguel P. *Lecciones de Derecho penal. Parte general*. 4. ed. Tomo I. Madrid: Tecnos, 2019.
- NAVARRETE, Miguel P. (Dir). *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*. Tomo II. Madrid: Tecnos, 2011.
- NAVARRETE, Miguel P. Protección de bienes jurídicos y confirmación de la vigencia de la norma: ¿dos funciones excludentes? In: JAKOBS, Günther; NAVARRETE, Miguel P.; POLAINO-ORTS, Miguel. *Bien jurídico, vigencia de la norma y daño social*. Lima: Ara Editores, 2010.
- OLIVARES, Gonzalo Q. La «organización criminal»: adiós al principio de ofensividad. *La Ley Penal*, n. 153, novembro-dezembro, 2021.
- PARDO, Mauricio R. La Convención de Palermo contra la delincuencia organizada. *Cuadernos de la Guardia Civil: Revista de seguridad pública*, n. 25, 2001.
- POLAINO-ORTS, Miguel. *Derecho penal del enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límites de la vigencia*. Barcelona: Bosch, 2009.
- POLAINO-ORTS, Miguel. Organizaciones y grupos criminales. In: NAVARRETE, Miguel P. (Dir). *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*. Tomo II. Madrid: Tecnos, 2011.
- RECASENS I BRUNET, Amadeu. *La seguridad y sus políticas*. Barcelona: Atelier, 2007.

- RIVAS, Nicolás G. Organizaciones y grupos criminales. In: GARCÍA, Francisco J. A.; CUSSAC, José L. G. *Comentarios a la Reforma penal de 2010*. Valência: Tirant lo Blanch, 2010.
- RODRÍGUEZ, Laura Z. Criminalidad organizada, derecho penal y sociedad. Apuntes para el análisis. *Foro Jurídico Revista de Derecho*, n. 10, 2010.
- RODRÍGUEZ, Laura Z. *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*. Granada: Comares, 2009.
- SÁNCHEZ, Jesús-María S. ¿«Pertinencia» o «intervención»? del delito de «pertinencia a una organización criminal» a la figura de la «participación a través de organización» en el delito. In: TOLEDO Y UBIETO, Emilio O.; SIERRA, Manuel G.; BECHIARELLI, Emilio C. (Coords). *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*. Valência: Tirant lo Blanch, 2004.
- ZIFFER, Patricia. S. *El delito de asociación ilícita*. 1. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2012.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREA DO DIREITO: Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Aproximação criminológica à delinquência organizada: lavagem de dinheiro e fraude, de Miguel Ángel Núñez Paz e Luiza Borges Terra – *RDPEC* 12/117-129;
- A tipicidade material no delito de pertencimento a organização criminosa e a criminalidade de empresa, de Victor Labate – *RDPEC* 2/121-154;
- Crime organizado e a política externa: o controle do pcc nas fronteiras mostra a fragilidade da política externa brasileira, de Antonio Baptista Gonçalves – *RT* 1008/221-243; e
- Organização criminosa no direito comparado: desafios da harmonização normativa e problemas dos transplantes legais, de Paula Brener – *RBCCrim* 172/125-159.