



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

ECUADOR

Boletín de Derecho Penal IUS CRIMINALE
FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

COMITÉ EDITORIAL

Dr. Leonardo Alarcón Argudo
Fiscal General del Estado (E)

Mtr. Guido Quezada Minga
Coordinador General de Gestión del Conocimiento

Abg. Paula Cisneros Espinosa
Directora de Estudios Penales

COMITÉ ACADÉMICO

Dirección de Estudios Penales

EQUIPO DE DISEÑO EDITORIAL ACADÉMICO

Dirección de Comunicación y Promoción Institucional

Lic. Reinaldo Endara López
Ing. Andrés Lasso Ruiz

Quito, noviembre de 2025

Contenido de acceso libre.

Los criterios vertidos por los autores no comprometen la opinión institucional.

Todos los derechos reservados. Prohibida la reproducción total o parcial, sin autorización de los autores.

IUS CRIMINALE
BOLETÍN DE DERECHO PENAL

ÍNDICE

Contenido

Presentación.....	9
Inteligencia criminal y lucha contra el crimen organizado en América Latina.....	1
La peligrosa desmaterialización del concepto de organización criminal. Una verdadera fuente de peligros para los derechos fundamentales.....	11
El sistema de imputación de las personas jurídicas en España: ¿un paradigma inevitable o prescindible?.....	31

PRESENTACIÓN

En la actualidad, los fenómenos delictivos han dejado de ser hechos aislados para convertirse en procesos que evolucionan al ritmo de los cambios económicos, sociales y culturales de nuestro entorno. Así, la sociedad se enfrenta a una criminalidad organizada transnacional que ha trascendido los rostros de los carteles tradicionales, para consolidarse como verdaderas empresas criminales que utilizan sofisticados recursos tecnológicos y económicos. En regiones como América Latina, esta problemática es estructural y no solo coyuntural, manifestándose en una convergencia crítica de economías ilícitas y corrupción, que genera formas de gobernanza criminal que compiten directamente con la autoridad del Estado.

Bajo este panorama, la Dirección de Estudios Penales tiene el honor de presentar la décima edición del boletín de Derecho Penal, IUS Criminales, titulada: *“Una aproximación a la criminalidad compleja en una sociedad globalizada”*. El objetivo primordial de este trabajo académico es dotar a la sociedad de instrumentos eficaces para comprender la naturaleza cambiante de estos grupos delictivos. El beneficio directo de este esfuerzo es la generación de un conocimiento estratégico y cognitivo que permita diseñar estrategias de prevención y combate eficientes. Recalcamos que estos estudios son el motor para la mejora continua de las instituciones del Estado, pues permiten construir herramientas esenciales que favorecen la estabilidad democrática y la seguridad ciudadana ante las graves problemáticas sociales que atraviesa el país.

Esta edición posee un alcance interdisciplinario y holístico, abordando temas críticos que van desde la inteligencia criminal, hasta la peligrosa desmaterialización del concepto de organización criminal y la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Es de vital importancia tratar estos temas desde el ámbito académico, ya que el rigor científico permite identificar el *modus operandi* de los actores delictivos y formular propuestas claras para una investigación y procesamiento efectivos. En ese sentido, se extiende, en particular, el más profundo agradecimiento a los autores que han aportado su visión experta y pluralista a la construcción del presente producto editorial.

Esta obra, de acceso libre, reafirma el compromiso de la Fiscalía General del Estado con la formación continua y la excelencia profesional. Confiamos en que este boletín sirva como un faro de conocimiento que oriente a nuestra institución en el fortalecimiento de la justicia y la defensa constante de los derechos y libertades fundamentales que tanto esfuerzo ha costado conquistar frente a las amenazas de la criminalidad moderna.

Paula Cisneros Espinosa
Directora de Estudios Penales
Fiscalía General del Estado



Inteligencia criminal y lucha contra el crimen organizado en América Latina

José María Blanco¹

Resumen

América Latina enfrenta una combinación crítica de criminalidad organizada y violencia estructural. La convergencia entre economías ilícitas, corrupción política, desigualdad social y fragilidad institucional ha dado lugar a una forma de poder criminal que compite directamente con el Estado, actuando en ocasiones como un sistema paralelo o alternativo.

En este contexto, la inteligencia criminal se configura como una herramienta estratégica indispensable para anticipar, prevenir y desarticular redes delictivas. Más allá de su papel policial, puede integrarse dentro del sistema de seguridad nacional y del ámbito judicial, apoyando la toma de decisiones políticas y operativas a partir del conocimiento.

El presente artículo examina la inteligencia criminal en América Latina desde una doble perspectiva: teórica-estratégica y aplicada. Se analizan los principales marcos conceptuales internacionales y se propone una hoja de ruta para institucionalizar la inteligencia criminal en tres niveles (estratégico, operativo y táctico), centrada en cuatro ejes: conocimiento, tecnología, interoperabilidad y ética democrática.

1. Introducción: el crimen organizado como problema complejo

El crimen organizado en América Latina no es un fenómeno coyuntural, sino estructural. Se trata de un problema complejo (*wicked problem*), sin una solución única, cuyas causas se retroalimentan y evolucionan con cada intervención estatal².

Informes recientes del Global Organized Crime Index y del Banco Interamericano de Desarrollo demuestran que la región concentra solo el 8 % de la población mundial, pero más del 35% de los homicidios globales. Según el Global Peace Index (2024), países como Venezuela, México, Colombia y Honduras se sitúan entre los más violentos del planeta³. Asimismo, el Global Organized Crime Index (2023) ubica a Colombia, México y Paraguay entre los países con mayores niveles de criminalidad, solo superados por Myanmar⁴.

En muchos territorios, los grupos criminales asumen funciones propias del Estado: regulan mercados, imparten justicia o brindan seguridad informal. En lugar de desaparecer, el Estado coexiste o incluso negocia con estas estructuras⁵. El resultado es la consolidación de un ecosistema híbrido donde la gobernanza criminal compite con la autoridad estatal, erosionando legitimidad institucional y generando zonas grises que dificultan la respuesta pública.

¹ Director de Prosegur Research. Codirector del área de estudios estratégicos y de inteligencia del Centro de Ciencias Forenses y de la Seguridad de la Universidad Autónoma de Madrid, España.

² Horst W. J. Rittel y Melvin M. Webber, "Dilemmas in a General Theory of Planning", *Policy Sciences* 4, n.º 2 (1973): 155–169.

³ Institute for Economics & Peace, *Global Peace Index. Informe 2024* (Sidney: Institute for Economics & Peace, 2024).

⁴ Global Initiative Against Transnational Organized Crime, *Global Organized Crime Index 2023* (Ginebra: GI-TOC, 2023).

⁵ Robert Muggah e Ilona Szabó, "Mapping Criminal Governance", *Global Observatory*, 2020, <https://theglobalobservatory.org/2020/02/mapping-criminal-governance/>.

2. Definición, función y niveles de la inteligencia criminal

La inteligencia criminal puede definirse como un proceso estructurado de obtención, análisis y difusión de información relevante sobre amenazas delictivas, orientado a respaldar decisiones estratégicas, operativas y tácticas⁶.

A diferencia de la investigación penal, que busca pruebas para la persecución judicial, la inteligencia criminal persigue conocimiento para la prevención y la anticipación. Su meta no es solo identificar actores o prever delitos, sino comprender las lógicas de poder que sostienen las organizaciones criminales.

En la lucha contra el crimen organizado, el propósito esencial no es únicamente coercitivo, sino cognitivo: alcanzar una ventaja de conocimiento. Comprender al adversario permite desarticular incentivos, neutralizar actividades e impedir su legitimación social⁷.

Este proceso se articula en tres niveles complementarios:

- Estratégico, enfocado en diagnósticos amplios y visión a largo plazo, dirigido a las autoridades y responsables de políticas públicas.
- Operacional, que traduce esos diagnósticos en planes y ejecución.
- Táctico, vinculado a acciones específicas como operaciones policiales.

Estos niveles forman parte de un ciclo retroalimentado. Una observación táctica, por ejemplo, una interceptación de comunicaciones puede derivar en un análisis estratégico sobre rutas de narcotráfico. A su vez, una estrategia sólida es fundamental para la ejecución de acciones operativas y tácticas.

La inteligencia criminal debe operar simultáneamente como sistema de alerta temprana y herramienta de política pública: el primero identifica amenazas incipientes (rutas, alianzas o mercados ilícitos); el segundo orienta prioridades y recursos. En la práctica, requiere métodos analíticos avanzados (análisis de redes, minería de datos, inteligencia artificial), sin perder el papel esencial del analista humano como nexo entre datos y decisión.

Su eficacia depende de la interoperabilidad institucional. En América Latina, las deficiencias no radican tanto en la escasez de datos como en su fragmentación entre múltiples actores (policía, fiscalía, aduanas, inteligencia financiera, etc.). La falta de integración genera inteligencia parcial y, por tanto, respuestas ineficaces.

Finalmente, el desarrollo de la inteligencia criminal no debe limitarse a crear unidades especializadas, sino promover una cultura de inteligencia basada en cooperación interagencial, profesionalización de analistas y control democrático.

3. Modelos y marcos aplicables a la inteligencia criminal

La inteligencia criminal contemporánea se continúa construyendo sobre diversos modelos conceptuales y operativos que reflejan la evolución del pensamiento policial, judicial y estratégico. Ninguno de ellos es excluyente, sino que aportan aproximaciones en algunos casos estratégicas, pero también operativas y tácticas. Un modelo de inteligencia puede combinar y/o adaptar varios de ellos según sus objetivos y capacidades.

En el contexto latinoamericano, donde el crimen organizado se manifiesta con alta adaptabilidad y las instituciones enfrentan limitaciones estructurales, resulta fundamental conocer esta diversidad de modelos. A continuación, se señalan algunas interesantes referencias a modelos a considerar:

3.1 Modelos táctico-operativos

Los modelos de carácter táctico u operativo buscan intervenir directamente sobre fenómenos criminales complejos mediante inteligencia aplicada. Aunque poseen un enfoque focalizado, ya sea sobre un territorio, una tipología delictiva o un actor clave, su integración con modelos estratégicos permite articular respuestas multiescalares⁸.

El *Problem-Oriented Policing* (POP), desarrollado por Herman Goldstein y posteriormente operacionalizado por Eck y Spelman, propuso desplazar la tradicional acción reactiva de la policía hacia la resolución de problemas persistentes⁹. En combinación con la inteligencia criminal, este modelo ayuda en la gestión territorial del delito y el diseño de intervenciones muy concretas basadas en evidencia.

Otro aporte fundamental procede de la prevención situacional del delito, formulada por Ronald Clarke y Derek Cornish, que parte de la teoría de la elección racional: modificar el entorno puede disuadir la conducta criminal¹⁰. Estas herramientas pueden resultar especialmente útiles en la protección de infraestructuras críticas y cadenas logísticas: controles aleatorios en puertos, trazabilidad de mercancías o monitoreo tecnológico.

Dado que la finalidad esencial de las organizaciones criminales es el lucro, los enfoques centrados en la inteligencia financiera cobran especial relevancia. El Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI/FATF) promueve el principio *follow the money*, que implica rastrear flujos económicos sospechosos para detectar lavado de activos o esquemas de blanqueo. La integración de inteligencia criminal, fiscal y financiera permite articular comités interinstitucionales efectivos entre fiscalías y fuerzas de seguridad¹¹.

El análisis de redes criminales facilita el estudio de vínculos, nodos y facilitadores permite atacar la organización como sistema y no solo a sus líderes visibles, generando disrupciones en logística, finanzas o comunicación¹². Estas metodologías ofrecen, además, sustento probatorio en procesos judiciales.

8 Nick Tilley y Gloria Laycock, *Problem-Oriented Policing: From Innovation to Mainstream* (Londres: Routledge, 2014).

9 Herman Goldstein, *Problem-Oriented Policing* (Nueva York: McGraw-Hill, 1990).

10 Ronald V. Clarke y Derek B. Cornish, *The Reasoning Criminal: Rational Choice Perspectives on Offending* (Nueva York: Springer, 1986).

11 Michael Levi y Peter Reuter, "Money Laundering", *Crime and Justice* 34, n.º 1 (2006): 289-375.

12 Phil Williams, *Transnational Criminal Networks* (Carlisle: U.S. Army War College, 2001).

6 Jerry H. Ratcliffe, *Intelligence-Led Policing* (Cullompton: Willan Publishing, 2008).

7 David H. Ucko y Thomas A. Marks, *A Framework for Countering Organized Crime: Strategy, Planning, and the Lessons of Irregular Warfare* (Washington D. C.: National Defense University Press, 2025).

Teorías complementarias como el Crime Script Analysis, el Market Reduction Approach (MRA) y la Routine Activity Theory, descomponen los mercados ilícitos en fases y actores, identificando puntos críticos donde intervenir sobre el ciclo criminal o sobre la demanda de ilícitos¹³.

En los sistemas acusatorios modernos, la inteligencia criminal debe vincularse estrechamente con la producción de prueba judicialmente válida. Esto exige protocolos de cadena de custodia digital, coordinación entre unidades de inteligencia y fiscalías, y mecanismos claros de interoperabilidad.

3.2 Modelos convergentes

El marco Intelligence-Led Policing (ILP) surge en el Reino Unido durante la década de 1990 como respuesta al agotamiento de las prácticas policiales reactivas¹⁴. Su principio central es que la información analítica debe guiar la asignación de recursos y la priorización de decisiones operativas.

Otro marco de referencia procede de las estrategias nacionales de seguridad, desarrolladas tras los atentados del 11-S. Estos instrumentos incorporan la criminalidad organizada como una amenaza estratégica, abordándola desde políticas integrales que combinan prevención, tecnología y cooperación internacional. La Estrategia Nacional contra el Crimen Organizado y la Delincuencia Grave (España, 2025) ejemplifica este enfoque¹⁵.

El sistema europeo SOCTA (Serious and Organised Crime Threat Assessment), elaborado por Europol, ejemplariza la coordinación multiregional, coordinando a los Estados miembros frente a amenazas específicas como el narcotráfico, la trata o el cibercrimen¹⁶. Su potencial interés para América Latina radica en su carácter regional y en la existencia de prioridades comunes basadas en inteligencia compartida entre ministerios públicos, policías y unidades financieras.

En el ámbito académico, el marco propuesto por Ucko y Marks plantea que el crimen organizado debe analizarse bajo la lógica de la guerra irregular: actores no estatales que disputan territorio, legitimidad y recursos al Estado¹⁷. Su metodología, dividida en dos fases —*Strategic Estimate of the Situation* y *Course of Action*—, combina análisis de entorno, identificación de vulnerabilidades y diseño de estrategias coordinadas. Este enfoque resulta especialmente pertinente en América Latina, donde crimen, política y economía se entrelazan con fenómenos híbridos como el terrorismo o la insurgencia.

El modelo de Líneas de Esfuerzo (Lines of Effort, LOEs), inspirado en doctrinas de operaciones multidominio, permite estructurar la acción estatal en varios frentes simultáneos como seguridad (control de fronteras, puertos, territorio), finanzas (inteligencia financiera, decomiso), gobernanza (corrupción), tecnología (análisis de

datos, IA, ciberinteligencia), legitimidad (acciones sociales, comunicación al ciudadano), y legal (reformas legales).

El modelo desarrollado por Blanco y Cohen en el *European Police Science and Research Bulletin* propone un marco de inteligencia basada en evidencia (Evidence-Based Intelligence, EBI) que conecta el conocimiento científico con la toma de decisiones en seguridad pública¹⁸. Su finalidad es mejorar la calidad de las políticas y estrategias mediante la integración sistemática de investigación empírica, datos verificables y análisis de inteligencia. De este modo, se busca sustituir las decisiones reactivas o intuitivas por políticas fundamentadas en resultados comprobables, con mecanismos de evaluación permanentes.

El modelo EBI se articula en seis fases: revisión del conocimiento existente, diagnóstico de vacíos informativos, evaluación de decisiones pasadas, medición de impactos de cada decisión, retroalimentación del proceso y reformulación de estrategias.

Aunque diseñado originalmente para la lucha contra el terrorismo, puede adaptarse plenamente a la lucha contra el crimen organizado. En su nivel estratégico, el modelo fomenta la comprensión profunda del entorno criminal, la identificación de tendencias y la construcción de escenarios prospectivos. En su nivel operativo, impulsa la coordinación entre agencias policiales, fiscales y financieras. En el nivel táctico, orienta las intervenciones específicas contra objetivos criminales, garantizando coherencia con principios éticos y con la rendición de cuentas.

En síntesis, la EBI ofrece un puente entre la inteligencia estratégica y la inteligencia aplicada, vinculando el análisis de amenazas con la eficacia de las políticas públicas.

3.3 Aplicaciones regionales: experiencias y aprendizajes

La experiencia latinoamericana demuestra que la inteligencia criminal puede generar resultados tangibles cuando se articula en marcos institucionales coherentes y colaborativos. Un caso paradigmático es el de Chile, donde la Fiscalía implementó desde 2022 un enfoque interagencial frente al grupo Tren de Aragua, a través de la Unidad de Análisis Criminal y Focos Investigativos (SACFI). Este modelo, inspirado en el ILP, integró análisis de datos migratorios, financieros y de telecomunicaciones para desmantelar células operativas¹⁹. La cooperación internacional permitió capturar cabecillas, identificar redes de lavado y recuperar activos ilícitos. La clave del éxito fue la combinación de inteligencia aplicada, coordinación institucional y análisis de patrones.

Otro ejemplo destacable es la Operación ARMAS (2024), liderada por AMERIPOL y EL PAcCTO, que permitió incautar más de 190.000 paquetes sospechosos y detener a decenas de implicados en tráfico de armas entre América Latina y Europa²⁰. Este tipo de operaciones demuestra el potencial de los centros regionales de fusión de inteligencia, capaces de superar las fronteras jurisdiccionales y compartir información crítica en tiempo real.

¹³ Lawrence W. Sherman y David Weisburd, "General Deterrent Effects of Police Patrol in Crime 'Hot Spots'", *Justice Quarterly* 12, n.º 4 (1995): 625-648.

¹⁴ Jerry H. Ratcliffe, *Intelligence-Led Policing*.

¹⁵ Consejo de Seguridad Nacional (España), *Estrategia Nacional contra el Crimen Organizado y la Delincuencia Grave 2025* (Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2025).

¹⁶ Europol, *Serious and Organised Crime Threat Assessment (SOCTA) 2025* (La Haya: Europol, 2025).

¹⁷ David H. Ucko y Thomas A. Marks, *A Framework for Countering Organized Crime: Strategy, Planning, and the Lessons of Irregular Warfare*.

¹⁸ José María Blanco y Jéssica Cohen, "Evidence-Based Counterterrorism Policy: Evaluating the 'Big Picture'", *European Police Science and Research Bulletin* 13, (2015/16): 26-36.

¹⁹ Fiscalía de Chile, *Resultados SACFI 2023* (Santiago: Ministerio Público, 2024).

²⁰ AMERIPOL / EL PAcCTO, *Operación ARMAS: Informe Final 2024* (Bogotá: Secretaría Ejecutiva de AMERIPOL, 2024).

En Colombia, la integración entre la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF) y la Policía Nacional ha sido determinante para detectar esquemas de lavado vinculados al narcotráfico y la minería ilegal²¹. A través de minería de datos e inteligencia financiera, se han desarticulado conglomerados empresariales ficticios y redes de testaferros, mostrando que la inteligencia puede actuar como un puente eficaz entre seguridad y economía.

También en el ámbito tecnológico se observan avances notables. En Brasil, la combinación de análisis satelital e inteligencia artificial ha permitido detectar minería y deforestación ilegales.

Estos ejemplos reflejan que la efectividad de la inteligencia no depende tanto de los recursos disponibles, sino de la interoperabilidad y la confianza interagencial.

4. Desafíos estructurales y culturales

El fortalecimiento de la inteligencia criminal en América Latina requiere enfrentar cinco desafíos principales, de naturaleza tanto estructural como cultural.

En primer lugar, la coexistencia de diferentes agencias con competencias en la materia (policía, ejército, fiscalía, aduanas, inteligencia financiera) requiere tanto evitar solapamientos como reducir vacíos. Una solución sería el establecimiento de sistemas nacionales de inteligencia criminal, donde la coordinación y la supervisión judicial sean pilares.

En segundo lugar, en muchos Estados puede ser preciso desarrollar legislación específica orientada a la inteligencia: uso de información personal, intercambio de datos, vigilancia digital y agentes encubiertos.

A continuación, es necesario destacar la necesidad de avances en la profesionalización de la inteligencia, con equipos especializados en análisis, prospectiva, estadística, sociología y tecnología, y con formación técnica y ética, certificaciones regionales y vínculos académicos.

En cuarto lugar, en un mundo que está siendo modulado por las nuevas tecnologías, es preciso incorporar tecnologías como inteligencia artificial, big data y análisis predictivo, siendo conscientes también de sus sesgos y estableciendo modelos de gobernanza algorítmica.

Finalmente, la inteligencia criminal precisa visión a largo plazo, y por tanto mantener una solidez independientemente de los cambios de gobierno, y un sistema prospectivo. La inteligencia debe ser una política de estado y no de administración concreta de cada momento.

En base a ello se podría trazar una hoja de ruta regional en base a cuatro ejes:

- Eje normativo: armonizar las legislaciones nacionales hasta un grado en que permita uniformar criterios sobre intercambio de información, decomiso de activos y cooperación judicial.

- Eje tecnológico: desarrollo en el uso de nuevas tecnologías en la lucha contra el crimen organizado y creación de plataformas regionales interoperables de análisis criminal y sistemas de fusión de datos.
- Eje operativo: fortalecer las unidades de inteligencia financiera y criminal como centros neurálgicos del sistema, integrando inteligencia táctica y estratégica. Su función no es solo apoyar investigaciones, sino alimentar políticas preventivas y evaluar la eficacia de las medidas implementadas.
- Eje político: consolidar la legitimidad democrática de la inteligencia. Esto implica transparencia, comunicación pública y una narrativa que vincule la seguridad con la protección de los derechos humanos.

21 Michael Levi y Peter Reuter, "Money Laundering", 289-375.

6. Bibliografía

AMERIPOL / EL PAcCTO. *Operación ARMAS: Informe Final 2024*. Bogotá: Secretaría Ejecutiva de AMERIPOL, 2024.

Blanco, José María, y Jessica Cohen. "Evidence-Based Counterterrorism Policy: Evaluating the 'Big Picture'". *European Police Science and Research Bulletin* 13 (2015/16): 26–36.

Clarke, Ronald V., y Derek B. Cornish. *The Reasoning Criminal: Rational Choice Perspectives on Offending*. Nueva York: Springer, 1986.

Consejo de Seguridad Nacional (España). *Estrategia Nacional contra el Crimen Organizado y la Delincuencia Grave 2025*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2025.

Europol. *Serious and Organised Crime Threat Assessment (SOCTA) 2025*. La Haya: Europol, 2025.

Fiscalía de Chile. *Resultados SACFI 2023*. Santiago: Ministerio Público, 2024.

Global Initiative Against Transnational Organized Crime. *Global Organized Crime Index 2023*. Ginebra: GI-TOC, 2023.

Goldstein, Herman. *Problem-Oriented Policing*. Nueva York: McGraw-Hill, 1990.

Institute for Economics & Peace. *Global Peace Index, Informe 2024*. Sidney: Institute for Economics & Peace, 2024.

Levi, Michael, y Peter Reuter. "Money Laundering". *Crime and Justice* 34, n.º 1 (2006): 289–375.

Muggah, Robert, e Ilona Szabó. "Mapping Criminal Governance". *Global Observatory*, 2020. <https://theglobalobservatory.org/2020/02/mapping-criminal-governance/>

Ratcliffe, Jerry H. *Intelligence-Led Policing*. Cullompton: Willan Publishing, 2008.

Rittel, Horst W. J., y Melvin M. Webber. "Dilemmas in a General Theory of Planning". *Policy Sciences* 4, n.º 2 (1973): 155–169.

Sherman, Lawrence W., y David Weisburd. "General Deterrent Effects of Police Patrol in Crime 'Hot Spots'". *Justice Quarterly* 12, n.º 4 (1995): 625–648.

Tilley, Nick, y Gloria Laycock. *Problem-Oriented Policing: From Innovation to Mainstream*. Londres: Routledge, 2014.

Ucko, David H., y Thomas A. Marks. *A Framework for Countering Organized Crime: Strategy, Planning, and the Lessons of Irregular Warfare*. Washington D. C.: National Defense University Press, 2025.

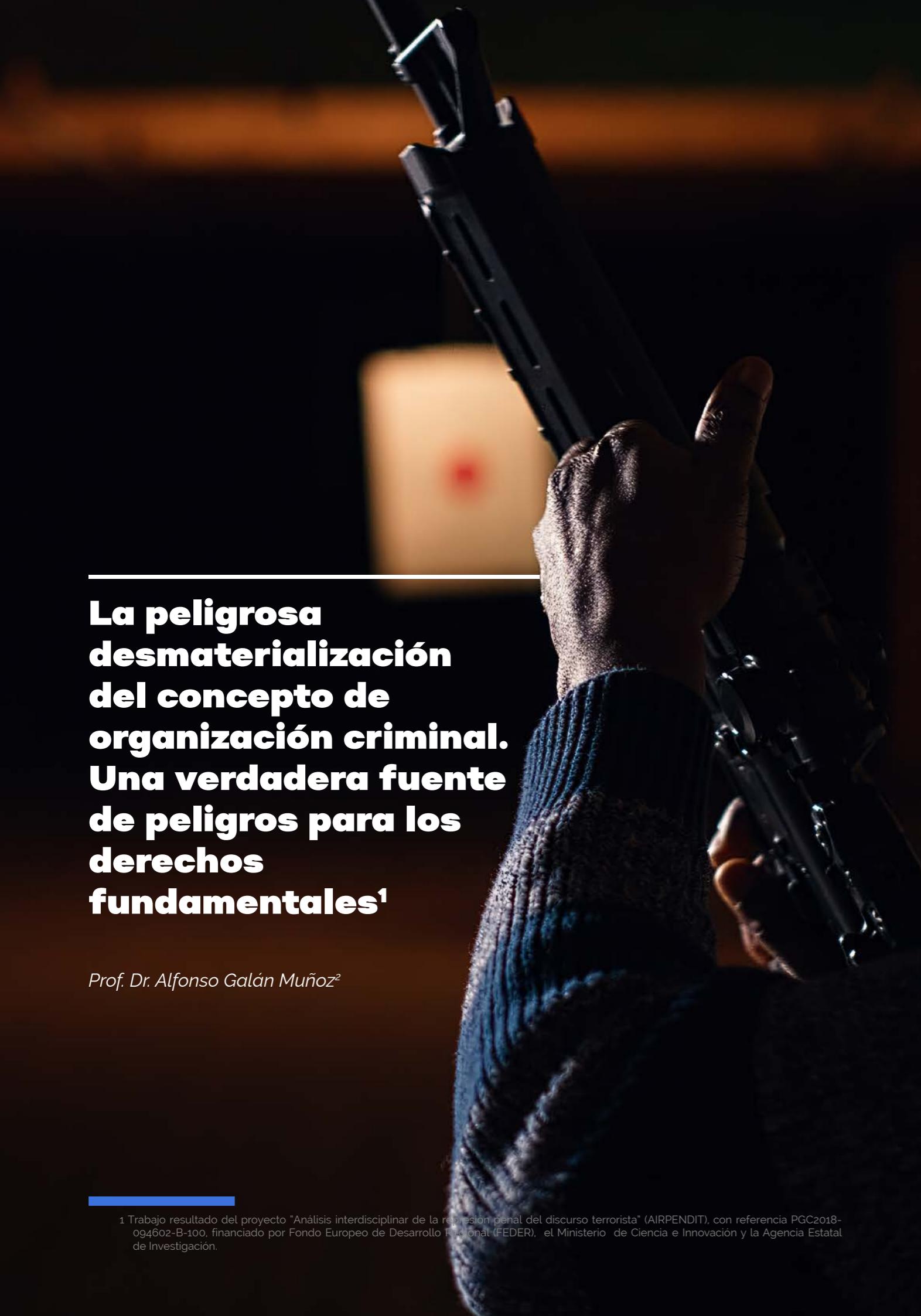
Williams, Phil. *Transnational Criminal Networks*. Carlisle: U.S. Army War College, 2001.

5. Conclusiones

La inteligencia criminal puede constituir el núcleo de las políticas de seguridad, especialmente en aquellos países más afectados por la delincuencia organizada. Su valor no es únicamente prevenir delitos o poner a disposición judicial a los detenidos, sino también comprender los fenómenos criminales.

Los modelos analizados en este artículo se basan en una misma premisa: sin inteligencia es difícil poder diseñar estrategias contra el crimen organizado, o incluso desarrollar acciones operativas eficaces y eficientes. El conocimiento, más que la fuerza, es la herramienta que permite navegar a las instituciones en los entornos de extrema incertidumbre actuales. Para lograr este objetivo, la inteligencia se debe basar en integración interinstitucional, profesionalización del análisis de inteligencia y control democrático.

Al igual que el crimen organizado contemporáneo es un fenómeno evolutivo y adaptativo, la inteligencia criminal debe evolucionar desde enfoques basados en el delito hacia otros centrados en la gobernanza criminal, capaz de entender cómo se estructura, se legitima y genera un poder alternativo, y cómo se puede combatir con eficacia y principios democráticos.



La peligrosa desmaterialización del concepto de organización criminal. Una verdadera fuente de peligros para los derechos fundamentales¹

Prof. Dr. Alfonso Galán Muñoz²

¹ Trabajo resultado del proyecto "Análisis interdisciplinar de la represión penal del discurso terrorista" (AIRPENDIT), con referencia PGC2018-094602-B-100, financiado por Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), el Ministerio de Ciencia e Innovación y la Agencia Estatal de Investigación.

Resumen: En este trabajo se pone de manifiesto como la paulatina difuminación de los caracteres que tradicionalmente delimitaron el concepto legal de criminalidad organizada ha puesto en tensión derechos tan fundamentales como los de la libertad de expresión, la ideológica, la religiosa, el derecho de asociación que todo verdadero Estado de Derecho debe respetar y garantizar. Ello obliga a realizar interpretaciones restrictivas de los cada vez más numerosos, amplios y controvertidos instrumentos penales creados para combatir dicho fenómeno criminal, que permitan que su aplicación siempre resulte acorde con tales derechos, tarea en la que los abogados y los jueces, sin duda, habrá de jugar un papel fundamental.

Palabras claves: organización criminal, grupo criminal, terrorismo, discurso del odio.

Abstract: This paper brings out how the blurring of the requirements that traditionally delimited the legal concept of organized crime has put in tension fundamental rights, such as freedom of speech, ideological and religious freedoms, or the right of association, that all true rule of law must respect and guarantee. This situation makes necessary to do restrictive interpretations of the numerous, extensive and controversial criminal instruments created to fight this criminal phenomenon in order to allow that the application of these instruments will be always consistent with the above-mentioned fundamental rights, a task in which lawyers and judges, without a doubt, will have to play an essential role.

Keywords: criminal organization, criminal group, terrorism, hate speech.

² Catedrático de Derecho penal. Contacto: agalmun@upo.es. ORCID: 0000-0001-5625-6492.

1. Origen y objetivos de la utilización del concepto de organización criminal

Es frecuente el citar a la conocida como ley RICO (la *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act* o ley de organizaciones corruptas y de extorsión mafiosa), aprobada el 15 de octubre de 1970 como parte de la *Organised Crime control Act* que trataba de combatir a las entidades de crimen organizado que operaban en Estados Unidos como si de un negocio se tratase³, como la primera norma claramente introductora de la noción de criminalidad organizada a nivel internacional⁴.

Dicha ley consideraba que habría una organización de dicha naturaleza cuando dos o más personas cometían o se ponían de acuerdo para cometer dos o más delitos, de entre una lista de posibles figuras establecidas en la ley (p. ej. homicidios, secuestros, tráfico de drogas, cohechos, blanqueo de bienes, etc.) y no, por tanto, cualquiera de las contempladas en el Código penal, y lo hacían, además, en apoyo de una empresa criminal existente, entendiéndose por tal un grupo de individuos o una banda con una organización que funcionaba como una entidad individual propia, con un objetivo común y existencia separada de la actividad criminal de los miembros. Lo fundamental de dicha construcción es que permitía valorar dichos delitos individuales como partes de un proyecto criminal mucho más amplio, algo que dio un mayor papel a la conspiración en esta materia al hacer factible que se pudiese entender que todos los miembros de la organización, aun cuando no hubiesen tomado parte de los delitos cometidos o preparados en apoyo de la empresa criminal o no se pudiese demostrar que lo hicieron, deberían ser considerados, en realidad, como parte del esquema criminal más general en que se incardinaba su realización⁵.

Así pues, el paso fundamental de esta norma fue el de permitir que se pudiese sancionar a los integrantes de dichas organizaciones sin necesidad de tener que constatar su relación directa con alguno de los crímenes cometidos o preparados desde las mismas, algo que resultó especialmente útil a la hora de poder no solo perseguir y sancionar, sino incluso investigar a quienes más alejados estaban de su ejecución y más difícil era demostrar que hubiesen tenido algo que ver con ella, pese a que fuesen, en muchas ocasiones, quienes dieron las órdenes de cometerlos, los jefes o dirigentes de las organizaciones en cuestión.

Ahora bien, como se deduce de la propia denominación de la referida ley, que habla de corrupción y extorsión, nos encontramos ante una normativa que había sido creada para luchar contra una muy concreta forma de criminalidad organizada, la Mafia. Estas organizaciones estaban primordialmente dirigidas a obtener beneficios económicos y llegaron a gozar de un poder corruptor y extorsionador en los Estados Unidos, durante los años 70, que llevó a que se las considerase tan poderosas y influyentes como para estar en posición de llegar corromper y controlar las estructuras más básicas del Estado (jueces, senadores, etc.), ejerciendo, de ese modo, un poder que se podía incluso contraponer al estatal, pero que, a diferencia de éste, se encontraba al margen del

control del pueblo americano y del de sus gobernantes⁶.

Precisamente, esta conexión entre la finalidad de obtención de beneficios económicos, el uso de la violencia y la capacidad corruptora derivada de ambos, que caracterizó a la original definición de tipo de organizaciones, encontró reflejo en muchas de las normas internacionales que contribuyeron a extender el uso de dicho concepto normativo y, con él, el de los instrumentos penales que lo acompañaban, a lo largo y ancho del planeta.

Así, por ejemplo, resulta llamativo que la Convención de Naciones Unidas contra la Criminalidad organizada transnacional de 2000, más conocida como Convención de Palermo, definía los "grupos delictivos organizados" afirmando que se entendería como tales a:

[...] un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.⁷

Esta última expresión es de enorme importancia, ya que, como bien señala Faraldo Cabana, determinaba que las prescripciones de la comentada convención no resultasen aplicables a:

las organizaciones terroristas o a las paramilitares, y en general a todas aquellas que carecen de ánimo de lucro, salvo cuando cometan delitos comunes con el fin de procurarse medios para continuar su actividad delictiva (secuestros, extorsiones, robos), pues la definición se centra en la delincuencia organizada de tipo mafioso.⁸

Mientras tanto, otras normas procedentes de organismos supranacionales, como la Acción común 98/733/JAI, de la Unión Europea definió a la organización delictiva como:

una asociación estructurada de dos o más personas, establecida durante un cierto periodo de tiempo, y que actúe de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de al menos cuatro años como mínimo o con una pena más severa, con independencia de que esos delitos constituyan un fin en sí mismos o un medio **para obtener beneficios patrimoniales y, en su caso, de influir de manera indebida en el funcionamiento de la autoridad pública**.⁹

Algo que recuerda nuevamente a los argumentos que inicialmente respaldaron el nacimiento de la anteriormente comentada ley RICO, aunque bien es cierto que lo hace aludiendo también, de forma alternativa, a la posibilidad de que dichas organizaciones pudiesen actuar con la mera finalidad de incidir en el funcionamiento del Estado, sin buscar enriquecimiento alguno, ampliándose así el ámbito de aplicación de dicho concepto, al permitir que se incluyan en su seno a las organizaciones terroristas y paramilitares a las que aludimos anteriormente.

⁶ Laura Zúñiga Rodríguez, "El concepto de criminalidad organizada transnacional: problemas y propuestas", 69.

⁷ ONU Asamblea General, *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, 15 de noviembre de 2000, art. 2 literal a, A/RES/55/25. Énfasis del autor.

⁸ Vid. Patricia Faraldo Cabana, quien, además, destaca como también exige la búsqueda de lucro para apreciar esta clase de criminalidad, por ejemplo, la Recomendación Rec (2001) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre principios directrices en la lucha contra el crimen organizado o la Decisión marco 2008/841/JAI, en 2012. Patricia Faraldo Cabana, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2012), 42, 47 y 54.

⁹ Consejo de la Unión Europea, *Acción común de 21 de diciembre de 1998 adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea*, 21 de diciembre de 1998, 98/733/JAI. Énfasis del autor.

³ Donald Bowling, *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act* (Estados Unidos: Saint Leo University, 2015), 3. https://www.researchgate.net/publication/307965476_Racketeer_Influenced_and_Corrupt_Organizations_Act.

⁴ Laura Zúñiga Rodríguez, "El concepto de criminalidad organizada transnacional: problemas y propuestas", *Revista Nuevo Foro Penal* 12, n.º 86 (2016): 70, nota 19.

⁵ Donald Bowling, *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act*, 3-4.

En cualquier caso, las organizaciones criminales eran vistas, en ese momento, no solo como una fuente de posibles delitos contra las personas o sus bienes, sino como unos mecanismos de generación de dinero y/o de utilización de la violencia que estaban capacitados para poder llegar a corromper y doblegar el funcionamiento del Estado, algo que, de hecho, quedó también reflejado en las definiciones de esta forma de criminalidad que se crearon en algunos ordenamientos penales nacionales, como el austriaco o el italiano¹⁰.

Podría pensarse entonces que era, precisamente, la enorme peligrosidad propia de dichas organizaciones la que justificaría y legitimaría tanto que se creasen delitos que castigaban, incluso con severas penas, a los simples integrantes de las organizaciones criminales, por el mero hecho de serlo e independientemente de que no hubiesen realizado o no se pudiese demostrar que realizaron ningún acto ni siquiera preparatorio de ninguno de los delitos que pretenden cometer tales agrupaciones, como que apareciesen numerosas y controvertidas nuevas medidas de investigación penal creadas y permitidas, con carácter excepcional, para investigar específicamente las actividades realizadas en el seno de tan peligrosas organizaciones¹¹. No es solo que tales organizaciones favoreciesen y diesen lugar a la posibilidad de la comisión de múltiples y graves delitos. Es que, además, eran tan poderosas que, si no se combatían con toda severidad, podrían llegar a controlar y manipular las instituciones más básicas del aparato estatal. Este planteamiento nos lleva irremediablemente a recordar la construcción realizada por algún conocido autor alemán, que precisamente trató de legitimar la aparición de un Derecho penal de excepción, diferente del general, para tratar a aquellas personas que, al no generar la suficiente seguridad cognitiva con respecto a su posible cumplimiento de las normas, ponían en cuestión la propia existencia del Estado y por ello, deberían de pasar a ser tratados como meras fuentes de peligros o "enemigos" a los que se deberá inocuizar por su enorme peligrosidad, legitimándose incluso que se les pudiese privar de sus derechos fundamentales, ya que al fin y al cabo habrían dejado de ser "ciudadanos", para pasar a ser "no personas"¹².

Evidentemente, un planteamiento tan radical como éste resulta absolutamente incompatible con el mínimo respeto a los derechos fundamentales que todo Estado de Derecho, respetuoso con la dignidad del ser humano, debe mantener para poder ser considerado como tal, con lo que lo mejor que se puede hacer con el mismo, a nuestro modo de ver, es desecharlo sin más, siendo conveniente incluso relegarlo al más completo de los olvidos lo antes posible, ya que consideramos que incluso su mera refutación, por fácil que pueda resultar para cualquier defensor del Estado de Derecho, abre las puertas a que algunos puedan considerar que entabla un debate que demuestra, precisamente, que todavía existe una posibilidad, un atisbo, por pequeño que pudiera parecer, de que todos o alguno de sus planteamientos se puedan mantener y sostener en el ordenamiento jurídico de algún verdadero Estado de Derecho.

Habrá, por tanto, que analizar los problemas de legitimidad y de compatibilidad con los derechos fundamentales que plantea la persecución y sanción penal de las organizaciones criminales, sacando su estudio de los parámetros sostenidos por los

pocos que aún tratan de defender y legitimar al denominado Derecho penal del enemigo. Una tarea que, como veremos en modo alguno va a ser sencilla de llevar a buen puerto, sobretodo teniendo en cuenta la evolución que el concepto de organización criminal ha sufrido en los últimos tiempos.

2. La rápida difuminación de los elementos delimitadores de la organización criminal. Crónica de una evolución tan predecible, como cuestionable

Como fácilmente se puede deducir de las breves páginas anteriores, ni siquiera en sus primeras definiciones normativas, nos encontrábamos ante una delimitación uniforme y única de lo que debía ser considerado como una organización criminal. Así, mientras la Ley RICO establecía como principal referente del referido concepto a la persecución por parte de un colectivo organizado de una "empresa criminal" y limitaba la apreciación de dicha clase de organizaciones y, por tanto, también de las severas consecuencias que la misma determinaría, a los casos en que dicha empresa consistiese en la comisión de delitos, en plural, caracterizados por tener una determinada naturaleza y gravedad que se consideraba indicaban que la organización podría llegar poner en peligro el monopolio del poder estatal, bien mediante la corrupción o por la extorsión (tráfico de drogas, cohechos, asesinatos, secuestros, etc.), la normativa internacional, que posteriormente extendió el uso de dicho concepto por todo el mundo, lo hizo definiéndolas de una forma diferente, aunque tampoco uniforme.

Sin ánimo alguno de exhaustividad podemos señalar como, por ejemplo, mientras la Convención de Palermo, anteriormente citada, permitía ya considerar como organización de dicha naturaleza a cualquiera que tuviese por finalidad cometer "uno o más delitos graves", abriendo así las puertas a que se pueda tener como tales a los agrupaciones incluso aunque solo tendiesen a cometer un único delito castigado con una pena de cuatro años o más y con total independencia de su concreta naturaleza; la posterior Decisión Marco 2008/841/JAI exigió que la organización en cuestión tuviese que tener por objetivo cometer delitos graves, en plural, para hacerlo, lo que, si bien volvió a delimitar los delitos-fin de las organizaciones conforme a un criterio penológico y no de naturaleza del delito, como hacia la ley RICO, dejó también claro, frente a la convención de la ONU, que no consideraría como tales a aquellas agrupaciones que tendiesen a cometer un único delito sancionado con dichas penas.

Tampoco la delimitación de los caracteres y complejidad que habrían de tener una de estas organizaciones para ser consideradas como tales resultó uniformemente definida. Así, mientras la Convención de Palermo exigía expresamente que estuviesen configuradas por tres o más personas y fuesen estructuradas, –algo esto último que, sin embargo y como reconoce su art. 1 c), no suponía que tuviese que tener una distribución de funciones entre sus miembros, ni una estructura desarrollada o compleja–, la norma europea anteriormente citada fue un paso más allá y permitió entender que las organizaciones criminales podían estar conformadas incluso por solo dos personas, entendiendo que estarán estructuradas, siempre y cuando, no se hubiesen "formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito".

No existe, por tanto, uniformidad a la hora de definir ni los parámetros objetivos ni los subjetivos que definirían a las organizaciones criminales como instrumentos o fuentes de peligros tan graves que legitimarían que, para controlarlas, se procediese a anticipar la intervención penal hasta castigar, como delitos consumados, actos individuales tales

10 Patricia Faraldo Cabana, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español*, 43.

11 Así, controvertidas son las afirmaciones realizadas por aquellos que consideran que muchos de los delitos creados en relación a la criminalidad organizada, en realidad, no buscan ni suelen terminar en condenas de aquellos a los que inicialmente se atribuyen, sino que lo que sirven es de preceptos o párrafos instrumentales que permiten, bajo la apariencia de medidas de investigación penal de dichos delitos, intervenciones policiales preventivas de los delitos-fin que finalmente podrían cometerse desde la organización. Véase, respecto a esta cuestión, Jesús María Silva Sánchez, "La "intervención a través de organización", ¿una forma de participación en el delito?", en *Delitos de organización* (Buenos Aires: B de F, 2008b), 91.

12 Günther Jakobs, *Derecho penal del enemigo* (Madrid: Civitas, 2006), 66 y 75.

como la mera pertenencia o la simple colaboración puntual con dichas organizaciones; unas actuaciones que están tan alejadas, no solo de la ejecución, sino incluso del comienzo de la preparación, propiamente dicha, de los concretos delitos que las organizaciones tenderían a cometer, que habrían de ser consideradas, todo lo más, como actos protopreparatorios de la participación en ellos¹³. De hecho, si nos fijamos en la evolución normativa comentada, nos daremos cuenta de que se han llegado a desdibujar hasta tal punto los iniciales parámetros delimitadores de dicha clase de organizaciones, que se ha hecho posible que se pueda tener como tales a agrupaciones que ni estarían compuestas por numerosos sujetos (podrían ser incluso solo de dos), ni tendrían una organización compleja, ni una distribución de funciones entre sus miembros (bastaría con que no se hubiesen agrupando fortuitamente para cometer un delito) y que, además, podrían tender a cometer tan solo un único delito, que ni tendría que ser violento, ni estar dirigido a generar beneficios que pudiesen favorecer la corrupción generalizada del aparato institucional, con lo que resultará difícil afirmar que pudiesen llegar a poner en jaque el poder estatal.

Visto lo visto, habrá que concordar con Silva Sánchez, cuando afirmaba que durante los últimos tiempos se ha producido una expansión de los "delitos de organización", como los de integración o cooperación criminal, como consecuencia de dos cambios fundamentales: "Ipor un lado cada vez se exige menos estructura organizativa para apreciar la existencia de una 'organización delictiva'; por otro, cada vez es menor la gravedad de los ilícitos que han de constituir el objetivo de una organización para que ésta sea calificada como 'criminal'"¹⁴; proceso que ha tenido un enorme impacto e incluso se ha intensificado en la legislación penal española.

En España, la criminalidad organizada podía ser perseguida y castigada penalmente desde hace mucho tiempo por los delitos relativos a las asociaciones ilícitas, agrupaciones éstas que, tras sus sucesivas modificaciones, aparecen definidas, a día de hoy, en el art. 515 CP donde se establece que:

Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración:

1. Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión.
2. Las que, aun teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución.
3. Las organizaciones de carácter paramilitar.
4. Las que fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o discapacidad.¹⁵

Lo primero que llama la atención sobre este precepto es el hecho de que no define aquello que viene a prohibir. Es decir, no define que debe entenderse por "asociación".

limitándose el Código simplemente a establecer que cuando las asociaciones, esto es, cualquier clase de agrupación de personas, dotadas de personalidad jurídica propia o no (desde una compañía hasta una banda en sentido estricto), persigan los fines que describe, pasarán a ser consideradas como "ilícitas" y por ello, se podrá castigar penalmente tanto a sus fundadores, presidentes o miembros activos (art. 516 CP), como a los que cooperen económicamente o de cualquier otra forma a su fundación, organización o actividad (art. 517 CP).

Resulta evidente que el hecho de que estos preceptos permitan sancionar a los comentados sujetos y el siguiente, el art. 520 CP, incluso haga factible disolver directamente las entidades que sean consideradas como asociaciones ilícitas por el mero hecho de que "tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión" convertirá al castigo penal de las asociaciones ilícitas en un instrumento penal lo suficientemente amplio como para poder luchar de forma adecuada contra la criminalidad organizada, ya que, permitiría castigar a sus miembros y colaboradores y disolver las agrupaciones en que se manifiesten, sin necesidad de que se hubiese cometido ningún delito desde su seno, ni tampoco de temer que demostrar la conexión de los referidos sujetos individuales con la concreta realización o preparación de alguno de los que la agrupación pretendiese cometer¹⁶.

Pese a ello, el legislador español, supuestamente por entender que los comentados delitos, tal y como habían sido interpretados por algunos autores¹⁷, no conseguía responder a todas las exigencias sancionadoras de la Decisión Marco 2008/841/JAI, decidió, introducir en el Código penal de dicho país, mediante la reforma efectuada por la LO 5/2010¹⁸, dos nuevos grupos de figuras asociativas en torno a dos nuevos conceptos que tenderían a luchar contra dicha forma de criminalidad.

Por una parte, castigó en el art. 570 bis CP la promoción, constitución, organización, coordinación, dirección, participación activa, integración o la mera cooperación externa en una organización criminal; definiendo como tales a "la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se reparten diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos". Mientras tanto, y por otro lado, el art. 570 ter CP sancionó a los que constituyeren, financiaren o integraren un grupo criminal, entendiendo por tal a "la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos".

16 De otra opinión, Patricia Faraldo Cabana, que exige, para poder apreciar la mera integración activa en dichas asociaciones, que el sujeto en cuestión haya realizado algún acto realmente preparatorio de uno de los delitos que la asociación tiende a cometer, sin necesidad, sin embargo de que dicha conducta sea considerada por sí misma como uno de los actos preparatorios punibles que contemplan, de forma general, los artículos 17 y 18 de nuestro Código penal (Patricia Faraldo Cabana, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español*, 257); postura que contrasta claramente con la mantenida por Jesús María Silva Sánchez. Este último autor considera que las aportaciones realizadas en el seno de dichas organizaciones pueden realizarse de forma genérica y efectuarse en momentos completamente desconectados del comienzo de la verdadera fase preparatoria de ningún delito concreto de la organización, lo que, por una parte, permitirá que dichas actuaciones se puedan tener como relevantes, a los efectos de los delitos que estamos analizando, incluso cuando no puedan considerarse, ni siquiera en sentido amplio, como actos preparatorios propios de un delito, pero, además y por otra, no impedirán que se pueda incluso llegar a considerar a aquellos que las realizaron como participes de aquel concreto delito en que su genérica aportación se hubiese llegado finalmente a materializar, ya que, a juicio del referido autor, precisamente por haberse realizado dicha genérica contribución delictiva a través de una organización, se hace perfectamente factible que si la misma termina materializándose en el efectivo favorecimiento de la ejecución de un delito de la organización, se pueda y deba tener a quienes la efectuaron como verdaderos participes de dicho delito sin tener que cumplir con los presupuestos causales y psicológicos que tradicionalmente exigía la teoría de la intervención del delito para poder hacerlo. Jesús María Silva Sánchez, "La "intervención a través de organización". ¿una forma de participación en el delito?", 108 y ss y 112.

17 Por ejemplo, Laura Zúñiga Rodríguez, "Redes internacionales y criminalidad: a propósito del modelo de participación en organización criminal", en *El Derecho penal ante la globalización* (Madrid: Colex, 2002), 62.

18 Así lo recoge el propio preámbulo de la referida Ley Orgánica de reforma del Código penal, lo que ha sido criticado, entre otros, por Manuel Cánico Meliá, "Delitos de organización: Criminalidad organizada común y delitos de terrorismo", en *Estudios sobre las reformas del Código penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio y 3/2011, de 28 de enero* (Madrid: Thomson Reuters-Civitas, 2011), 654 y ss.

13 Manuel Cánico Meliá, "El injusto de los delitos de organización: peligro y significado", en *Delitos de organización* (Buenos Aires: B de F, 2008), 15.

14 Jesús María Silva Sánchez, "Introducción", en *Delitos de organización* (Buenos Aires: B de F, 2008a), 2.

15 España, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, art. 515.

Mucho ha discutido y discute, aún a día de hoy, la doctrina sobre todos estos conceptos; unos conceptos que, en ciertos casos, resultan perfectamente asimilables a otros previamente existentes, como sucede, por ejemplo y a juicio de algunos, con el de organización criminal y el de asociación ilícita, dando lugar a inevitables concursos de leyes como consecuencia de la innecesaria redundancia normativa en que incurren ambas formas de criminalidad asociativa¹⁹, pero que, además y lo que es incluso peor, también hacen difícil que se puedan distinguir las actuaciones que castigan los delitos referidos a cada uno de ellos entre sí y también a las cometidas específicamente en relación a los "grupos criminales" de aquellas otras que se podrían castigar como meras formas de participación intentada (conspiración, proposición o provocación) en uno o varios concretos delitos.

Habrá que entender, por tanto, que la paulatina, pero imparable difuminación de los parámetros tanto organizativos, como delictivos que definen a los diferentes instrumentos inicialmente creados para luchar contra la criminalidad organizada han dado lugar a múltiples problemas aplicativos y han abierto las puertas a que se realicen las más variopintas propuestas interpretativas, para tratar de delimitar sus contornos entre sí y con respecto a las formas más tradicionales de la codelincuencia intentada. Pero es que, además y lo que es más importante, dicha difuminación también ha llevado a que la cuestionable anticipación de la intervención penal que se creó y legitimó, supuestamente para luchar contra las grandes, complejas y presuntamente peligrosísimas estructuras jerarquizadas que podían poner en cuestión al entramado socioeconómico e institucional de nuestras sociedades (la mafia, carteles de la droga, etc.) haya extendido su ámbito de aplicación para hacerlo también con agrupaciones mucho más simples, reducidas (bandas de atracadores, bandas callejeras, etc.) y con una peligrosidad mucho más limitada al estar referida a la mera comisión de delitos mucho más tradicionales y menos graves (hurtos, daños, etc.)²⁰.

Si a todo lo anterior, se le añade que el texto penal español define expresamente las organizaciones y los grupos terroristas de los que habla en sus artículos 571 y siguientes, afirmando que se habrá de tenerse por tales, (con todo lo que ello supone tanto desde el punto de vista de la ampliación de la incriminación, como desde el de la restricción de los derechos fundamentales y de las garantías procesales), a los que, siendo considerados como organizaciones o grupos criminales, conforme a los ya citados artículos 570 bis y 570 ter CP, (esto es, conforme a las dos difusas definiciones que acabamos de ver), persigan alguna de las finalidades terroristas de las que habla el art. 571 CP (subvertir el orden constitucional, alterar la paz pública, etc.) no quedará más remedio que afirmar que la paulatina difuminación de los elementos inicialmente delimitadores de la criminalidad organizada, (estructura compleja y jerarquizada, amplitud de recursos personales, orientación a cometer determinados delitos que eran considerados como especialmente graves y peligrosos para el sistema, etc...), en los instrumentos penales actualmente vigentes para combatirla, no ha hecho sino abundar en la necesidad de que nos volvamos a cuestionar si tales instrumentos resultan realmente compatibles con los derechos fundamentales que todo verdadero Estado de Derecho ha de respetar.

3. La difícil convivencia de los instrumentos penales contra la criminalidad organizada y el respeto a los derechos fundamentales: Algunas propuestas para evitar caer por una temible "pendiente resbaladiza"

El reto que la aparentemente imparable expansión de los instrumentos penales creados para luchar contra supuestamente peligrosísima criminalidad organizada plantea a la debida salvaguardia de los derechos fundamentales de los ciudadanos es indudable. Su solución o incluso su mero análisis parcial superaría con mucho las modestas posibilidades de un trabajo como éste. Sin embargo, ello no nos debe impedir dejar planteadas algunas cuestiones que deberían ser tenidas muy presentes por parte de quienes, como los integrantes del Ministerio Público, tienen en su mano utilizar estos instrumentos penales tan represivos mediante la activación de la acción penal, pero deben hacerlo, como vimos, respetando siempre los derechos más básicos de los ciudadanos.

Lo primero que hay que poner de manifiesto a este respecto es que la prohibición y represión penal de las diferentes formas de criminalidad organizada mediante el uso de figuras delictivas que castigan a quienes simplemente integran, apoyan o incluso meramente promueven o constituyen agrupaciones, de más o menos complejidad, pero formadas por varias personas para cometer delitos, entra en evidente tensión con el derecho fundamental de asociación contemplado en todas las constituciones democráticas del mundo y, por ello, también en la española. En concreto, dicho derecho fundamental aparece recogido en el artículo 22 CE, precepto que, una vez reconocido dicho derecho con carácter general, establece que las asociaciones "sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada", siendo ilegales las que "persigan fines o utilicen medios tipificados como delito" y estando además prohibidas las "secretas y las de carácter paramilitar".

Las consecuencias penales de dicha prescripción constitucional son inmediatas. En principio, solo se podrán prohibir y castigar penalmente las agrupaciones de personas que tengan por fin o utilicen como instrumento para sus fines la comisión de delitos o que, cuanto menos, sean sociedades secretas o paramilitares, algo que imposibilita, por ejemplo, que, en España, se pueda utilizar el Derecho penal para prohibir y sancionar asociaciones, como algunas sectas u organizaciones xenófobas, que tiendan a realizar actividades nocivas o incluso ilícitas (p. ej. incidir en la personalidad de sus adeptos o fomentar respaldar ideas discriminatorias con respecto a algunos colectivos), pero que no lo hacen cometiendo delitos contra la libertad, la integridad moral o de incitación de incitación odio contemplados en el art. 510 CP o cualquiera otros²¹.

Ahora bien, como contrapartida, el referido precepto constitucional también deja a las claras que el derecho fundamental de asociación no es un derecho ilimitado, sino que se puede restringir en algunos casos. El problema entonces estará en determinar si la restricción de dicho derecho que se ha realizado, presuntamente para combatir la criminalidad organizada en los últimos tiempos, es admisible conforme a los parámetros establecidos en la constitución y resulta además, proporcionada con respecto a los derechos fundamentales a los que afecta.

19 Patricia Faraldo Cabana, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español*, 104.

20 José Luis Diez Ripollés, "De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado", *RECP*, n.º 07 - 01 (2005):0-14, <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>.

21 Patricia Faraldo Cabana, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español*, 168 y ss.

Lo primero que hay que señalar a la hora de analizar esta cuestión es que, pese a lo que sostuvo algún sector jurisprudencial en España, atendiendo a la ubicación del delito de asociación ilícita dentro de la sección *De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución*, este delito no puede considerarse como una figura que tienda a proteger el correcto ejercicio del derecho de asociación. No puede serlo, entre otras razones, porque tal ubicación sistemática responde tan solo al hecho de que dicha figura fue históricamente utilizada por las dictaduras, precisamente, para limitar el derecho fundamental de asociación política, circunstancia que fue la que llevó al legislador democrático a integrarla en el referido capítulo y bajo dicho título para dejar así completamente claro que el delito se cometerá "con ocasión del ejercicio" de dicho derecho fundamental y no actuando en contra mismo²².

Por otra parte, tampoco parece que unos delitos como los relativos a las organizaciones o a los grupos criminales, de los que hablan los art. 570 bis y 570 ter CP, puedan ser vistos, como algunos mantienen, ni como figuras que tutelen el monopolio estatal del uso de la fuerza²³, ni como delitos que vengan a asegurar el correcto funcionamiento de las instituciones básicas de las sociedades democráticas frente al riesgo en que las pone la búsqueda por parte de dichas asociaciones de enriquecimientos económicos a través del control del poder económico y político²⁴.

Así, por ejemplo, mientras que resulta evidente que, con la actual definición legal de dichas asociaciones, no es necesario que las mismas tengan necesariamente que utilizar la violencia, cuestionando así su monopolio estatal, para que se las pueda considerar como tales, también lo es que se podrán incardinrar en dicho concepto a agrupaciones que no tienen que tender a obtener beneficios, ni tampoco a controlar el poder económico o político en su beneficio.

Este tipo de planteamientos tenían todo el sentido cuando los instrumentos penales contra la criminalidad organizada estaban exclusivamente dirigidos a luchar contra las grandes y complejas organizaciones criminales que caracterizaban a las mafias o a los carteles de la droga de los años 70 y 80 o contra las organizaciones terroristas jerarquizadas y complejas que caracterizaban a este fenómeno criminal hasta hace relativamente poco. Sin embargo, han perdido toda su vigencia una vez que, como vimos, los reguladores penales, tanto nacionales como internacionales, han decidido extender el ámbito de aplicación de las medidas inicialmente creadas para combatir dichas grandes organizaciones criminales a otras de mucho menor calado y relevancia social, como, por ejemplo, las que nos vienen dadas por las pequeñas bandas de "descuidadas" consagradas a cometer hurtos de escasa cuantía, las dedicadas a cometer daños informáticos, las que distribuyen pornografía infantil o las pequeñas células terroristas; agrupaciones que no presentan la complejidad organizativa, ni el tamaño que serían necesarios para poder considerarlas como adecuadas para poder llegar a afectar a dichos valores o bienes jurídicos, pero que, además, no siempre buscan obtener beneficios económicos, ni utilizan los medios violentos que supuestamente las convertirían en agrupaciones adecuadas para poder llegar a cuestionarlos.

Mucho más correcto resulta entonces entender que lo que dotará de contenido material de antijuridicidad a todas estas agrupaciones y a las actividades relacionadas con las mismas (desde la integración, hasta la colaboración externa) será, precisamente, aquello que permite castigarlas respetando el derecho fundamental de asociación. Esto es, el hecho de que tales agrupaciones y las actividades realizadas para apoyarlas incrementan el peligro de futura realización de hechos delictivos, siendo, por tanto, precisamente la amplia y, en ocasiones, difusa unión de todos los bienes jurídicos que dichos futuros delitos podrían llegar a afectar, y que algunos han tratado de agrupar mediante la interposición de un bien jurídico intermedio, de naturaleza supraindividual, como el orden público o la seguridad colectiva²⁵, la que delimitará el bien jurídico protegido por todas estas figuras.

Habrá que considerar, por tanto, que, en realidad, todos los delitos relativos a estas organizaciones representan un intenso adelantamiento de la protección penal de los numerosos y, en muchas ocasiones, difusos bienes jurídicos individuales que se podrían ver afectados por los delitos futuros que la organización en cuestión ampararía y fomentaría, algo que, por otra parte, resulta completamente acorde con el hecho de que las figuras relativas a las organizaciones y grupos criminales en España determinen la pena aplicable a quienes los cometen atendiendo, entre otras cosas, precisamente, a la gravedad de los delitos que tales dichas agrupaciones tenderían a generar.

Ahora bien, una vez que se pone de manifiesto que todas estas figuras determinan un adelantamiento de la protección penal otorgada con respecto a la que tradicionalmente se había dado a dichos valores, habrá que analizar hasta qué punto es legítimo que nuestro legislador se haya decidido a realizarla.

Varios son los aspectos de la criminalidad organizada que han sido tradicionalmente señalados como justificadores del especial y adelantado tratamiento penal que se le ha otorgado.

Sin ánimo alguno de exhaustividad, podemos decir que se considera que este tipo de criminalidad presenta una especial peligrosidad para los referidos valores, atendiendo principalmente a dos factores.

En primer lugar, se señala que la estructura organizativa, propia de estas organizaciones, determina un incremento notable de la puesta en peligro de dichos bienes jurídicos con respecto al que produce la delincuencia colectiva más tradicional. Así, por ejemplo, se ha destacado que las organizaciones no solo agrupan aportaciones personales y materiales que facilitan la comisión de tales hechos dando lugar a un riesgo mayor e incluso distinto al que generaría la mera suma no organizada e institucionalizada de cada una de las aportaciones realizadas a la entidad²⁶, ya que, entre otras cosas, al ser estructuras que persisten en el tiempo, por más que cambien sus integrantes, harán llegar las aportaciones genéricamente realizadas por sus integrantes o colaboradores a aquellos otros que las necesitan, en el momento en que las requieren para cometer cada concreto delito, con lo que cumplirán "una doble función de garantía (delictiva): Por un lado, garantiza la pervivencia del riesgo creado por un miembro; por el otro, garantiza la conexión de dicho riesgo con el generado por los intervenientes en un hecho delictivo concreto", pasando, por tanto, la organización a actuar como una "institución portadora

22 Patricia Faraldo Cabana, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español*, 168 y 205.

23 Manuel Cancio Meliá, "Delitos de organización: Criminalidad organizada común y delitos de terrorismo", 652.

24 María Isabel Sánchez García De Paz, *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales* (Madrid: Ministerio del interior/ Dykinson, 2005), 39 y ss.

25 Jara Bocanegra Márquez, "El concepto de "grupo criminal" del art. 570 ter.1 II CP. La necesidad de su interpretación restrictiva", en *Globalización y lucha contra las nuevas formas de criminalidad transnacional* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), 338.

26 Ernst-Joachim Lampe, "Systemrecht und Unrechtssysteme", *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft* 106, n.º 4 (1994): 683 y ss.

del sistema de actuaciones favorecedores de hechos concretos²⁷.

Se considera, por tanto, que la presencia de una estructura organizativa de las organizaciones criminales reduce las dificultades materiales y técnicas que podrían existir para la comisión de los delitos que persiguen²⁸, lo que las convierte en fuentes de riesgos especialmente peligrosas y, por tanto, justifica que se adelante la intervención penal para poder controlarlas²⁹.

Sin embargo, no sería éste el único factor legitimador de dicho adelantamiento. Otro factor decisivo, a tales efectos, es el que podríamos denominar como el factor "cultural". En este sentido, se afirma que las organizaciones criminales dan lugar a grupos humanos cohesionados, donde rigen unas reglas y valores propios y distintos a los imperantes en el resto de la sociedad, algo que les permite reducir las generales barreras inhibitorias de los individuos con respecto a la posible comisión de delitos auspiciando que los lleven a cabo³⁰, e incluso pueden estar en posición de limitar la capacidad de decisión de sus integrantes y colaboradores a la hora de optar por realizarlos o no³¹.

Es más, tal y como señala Patricia Faraldo Cabana, tampoco es infrecuente que las organizaciones criminales generen problemas difícilmente resolubles de investigación y prueba con respecto a los concretos delitos cometidos por sus integrantes y colaboradores, quienes, por ejemplo, en muchas ocasiones ni siquiera habrían tenido conexión o contacto previo alguno con sus víctimas, lo que sin duda dificultará su identificación y castigo, haciendo, de este modo, que la organización dispense a tales individuos una cobertura que puede llevarles a tener una incluso razonablemente fundada expectativa de impunidad que los predisponga a cometer delitos a su amparo, debilitando así los mecanismos de prevención general y especial negativa propios del sistema penal³².

Quedarían así definidos los tres parámetros básicos delimitadores del injusto objetivo común a los delitos referidos a este tipo de organizaciones. Dicho injusto se configura por la puesta en peligro que representa para los bienes jurídicos a los que afectaría las futuras comisiones de los delitos que las organizaciones en cuestión tienden a cometer; peligro que, por otra parte, se considera especialmente intenso y grave, porque dichas agrupaciones disponen de una estructura que facilita y favorece enormemente la comisión de tales delitos y auspician, además, una cultura en su seno que respalda e incluso puede empujar a los integrantes a realizarlos.

En definitiva, estructura, cultura y delitos son los tres parámetros esenciales a los que habrá que atender para delimitar los injustos típicos de estos delitos y para legitimar, en su caso, el enorme adelantamiento de la intervención penal que representan el castigo de conductas tales como la mera integración, la promoción o la creación de una de tales organizaciones.

Sin embargo, y como hemos tenido ocasión de comprobar varios de estos parámetros han ido desdibujándose paulatinamente. Así, por ejemplo, cuando se fundamenta el injusto del castigo anticipado de las actividades relacionadas con la criminalidad organizada en el incremento de peligro de comisión de delitos que esta clase de agrupaciones genera, se debe tener en cuenta que, a diferencia de lo que hacía la ley RICO y como ya hemos visto, ya no estamos hablando exclusivamente del castigo de organizaciones dedicadas a cometer los delitos que podría poner en cuestión el funcionamiento del sistema democrático al fomentar la corrupción o la extorsión. Tampoco de aquellas que se dedicaban a la realización de delitos graves o castigados con una pena mínima de 4 años, como vimos hacían algunos de los textos internacionales comentados. Hablamos de organizaciones que pueden tender a cometer cualquier delito, hasta pequeños hurtos, lo que sin duda hace que sean agrupaciones que generarán unos riesgos delictivos de mucha menor gravedad que los que, supuestamente, justificaron el anticipado e intenso castigo que establecieron las originarias prescripciones penales creadas para luchar contra la criminalidad organizada.

Algo parecido a lo comentado con respecto al referente relativo a los delitos-fin perseguidos por la organización criminal ha sucedido con el elemento estructural de dichas figuras. Las medidas anti-criminalidad organizada vigentes no exigen ya que las agrupaciones a las que se pueden aplicar tengan que tener el tamaño, la complejidad y la fuerte jerarquización que caracterizaban a organizaciones mafiosas, los grandes carteles de la droga o las organizaciones terroristas tradicionales como ETA, el IRA u otras. Pueden aplicarse con respecto a pequeños grupos o células formadas tan solo por tres personas, sin que, en algunos supuestos, como sucede en los casos de los "grupos criminales", parezca tampoco necesario o imprescindible que dichas pequeñas agrupaciones tengan que tener un reparto de funciones entre sus integrantes, ni hayan de tener carácter temporalmente estable, para poder hacerlo.

Ni estamos, por tanto, ante organizaciones necesariamente numerosas, ni complejas en términos estructurales y de división de tareas, ni ante unas que parezca que tienen que estar dotadas de un carácter permanente o indefinido en el tiempo. En una situación así, mantener que la estructura de estas organizaciones es un factor que las hace especialmente peligrosas porque agrupan y organizan importantes recursos materiales y personales para los delitos y los mantienen en el tiempo, colocándolos donde y cuando son más efectivos para su comisión, resulta realmente difícil.

Pero es que, además, si profundizamos un poco más, nos daremos cuenta de que hay un grupo de organizaciones criminales donde esta progresiva pérdida de importancia del elemento estructural ha alcanzado su cenit: Las organizaciones y grupos terroristas.

La irrupción del nuevo terrorismo yihadista ha supuesto, sin duda, un punto de inflexión en esta materia. El que este tipo de terrorismo se haya caracterizado por no tener el organigrama fuertemente centralizado que tenía el terrorismo más tradicional y que paulatinamente haya ido cambiando este modelo por uno que, más que suministrar apoyo organizativo y material a sus miembros, se ha caracterizado por darles asesoramiento y soporte adoctrinador y formativo para que puedan ejecutar por sí mismos los atentados que estuviesen en su mano, actuando incluso como "lobos solitarios", ha llevado a que el Derecho penal haya eliminado la exigencia estructural que tradicionalmente se exigía en los delitos creados para anticipar la intervención penal frente al terrorismo y haya

27 Jesús María Silva Sánchez, "La "intervención a través de organización", 108.

28 Manuel Cancio Meliá, "El injusto de los delitos de organización: peligro y significado", 35.

29 Jesús María Silva Sánchez, "La "intervención a través de organización", ¿una forma de participación en el delito?", 113.

30 Manuel Cancio Meliá, "El injusto de los delitos de organización: peligro y significado", 37.

31 De "dominados" habla Jesús María Silva Sánchez al aludir a los integrantes activos de estas agrupaciones, en "Introducción", en *Delitos de organización*, 11.

32 Patricia Faraldo Cabana, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español*, 72.

optado por extender la aplicación de tales figuras al terrorista individual³³.

Podría decirse que el hecho de que el terrorismo haya pasado de un modelo organizativo "centralizado", que dispone y suministra medios materiales y personales a la realización de los delitos que le son propios, a uno "franquiciador", que se limita a ofrecer las ideas e informaciones que resultan necesarias para que sus seguidores individuales estén capacitados, por sí solos, para cometer delitos y se decidan a llevarlos a cabo, ha llevado a que el regulador no solo español, sino europeo, haya optado por relegar a un segundo plano la tradicional exigencia organizativa de estos delitos y haya optado por crear varias controvertidas figuras directamente dirigidas a combatir el mecanismo cultural de este nuevo terrorismo, como la que castiga a aquel que simplemente accede habitualmente a webs, redes o foros con contenido yihadista para autoadocinarse y capacitarse así para cometer delitos (el delito de autoadocinamiento pasivo del art. 575.2 CP) o el que sanciona al que, tan solo, enaltece a los terroristas o humilla a sus víctimas (art. 578 CP).

Así pues, la difuminación de los referentes delictivos y estructural inicialmente predicados con respecto a la criminalidad organizada no solo ha llevado a que resulte problemático sostener que los adelantamientos punitivos producidos con respecto a las diferentes clases de agrupaciones incluidas en la nueva y muy amplia delimitación legal de dicha criminalidad puedan ser considerados legítimos y proporcionales, sino que, además, también ha provocado que estos cuestionables adelantamientos se hayan extendido a las nuevas figuras que se han creado para luchar contra actuaciones, no organizadas, sino individuales, pero en las que se aprecia la presencia de aquel otro elemento, el cultural, que continúa considerándose como una fuente de peligros tan graves que justifica su represión penal anticipada, por más que ésta ponga, sin duda, en tensión el respeto de otros derechos tan fundamentales, como son los referidos a las libertades ideológica, religiosa y de expresión.

Nos encontramos, por tanto, ante una tendencia político criminal expansiva que tensiona y pone en tela de juicio algunos de los más importantes derechos fundamentales de una sociedad realmente democrática, lo que obligará al Ministerio Público a tener que interpretar los delitos creados como resultado de dicha tendencia de una forma que permita mantenerlos dentro del ámbito delimitado por el necesario respeto a tales derechos.

En este sentido, lo primero que hay que señalar es que, una vez que se parte, como aquí se hace, de que lo que dota de lesividad a las simples conductas de apoyo a las diferentes agrupaciones criminales (integración, colaboración, etc...) es el peligro que su ejecución genera con respecto a la futura comisión de unos delitos que no tienen que tener una naturaleza ni una gravedad especial, el único factor que puede dotar a tales actuaciones de una peligrosidad criminal suficiente para legitimar que se castiguen incluso antes de que se empiece a preparar ningún delito concreto, será el número, y no la cualidad, de los delitos que dichas agrupaciones pretenden incentivar y apoyar. Esto es, el hecho de que sean actuaciones efectuadas en apoyo de organizaciones que tienden a fomentar la futura realización de un número de delitos, en plural³⁴, tan amplio e indeterminado que el peligro referido a su ejecución resulte ya de la suficiente gravedad como para poder justificar y legitimar tan enorme adelantamiento de la intervención penal.

Se necesitará, por tanto, que la agrupación u organización a la que se ayude tienda a cometer un número significativo y no plenamente acotado de delitos y no uno o varios concretos y determinados; posicionamiento que nos obliga, por otra parte, a entender que solo podrán tener por tales a aquellas agrupaciones que, aunque no estén compuestas por un número significativo de personas (recuérdese, basta con tres), ni tengan un alto grado de complejidad organizativa, por carecer de un reparto de funciones o de un complejo esquema organizativo claramente jerarquizado (como sucede con el grupo criminal), si que resulten, cuanto menos, capaces y adecuadas, desde un punto de vista *ex ante*, para poder apoyar y amparar la repetida realización de dicho amplio y no determinable número de delitos, algo que, evidentemente, obligará a que tengan que tener al menos una pretensión de permanencia o estabilidad que les permitiría llevarlos a cabo.

Habrá que entender, por tanto y como consecuencia de todo lo anterior, que solo podrá considerarse como proporcionado el uso de las extremadamente anticipadas medidas penales creadas para luchar contra la criminalidad organizada cuando se apliquen a agrupaciones u organizaciones de personas que, aunque no tuviesen una pretensión de duración indefinida, sí que tuviesen aquella pretensión de estabilidad o permanencia temporal que permitiría considerarlas como agrupaciones adecuadas y tendentes a cometer un número significativo y no cerrado y determinado de delitos; algo que habrá de ser muy tenido en cuenta por el Ministerio público al hacer uso de dichas medidas, pero que, además, será lo que le permitirá diferenciar las actuaciones de criminalidad organizada, aunque sean de pequeña escala, con respecto a las que las podrá aplicar, de aquellas otras que, por solo amparar la ejecución de uno o de varios delitos previamente definidos y concretos, solo deberían ser ya consideradas y sancionadas mediante el uso de las formas tradicionales de codelincuencia, intentada o ejecutada.

Ahora bien, todavía queda otro problema que el Ministerio Público tendrá que resolver para hacer que estos delitos y sus derivaciones mantengan el respeto mínimo necesario a los derechos fundamentales de los ciudadanos. El que se generó como consecuencia de la paulatina y aparentemente imparable expansión de los delitos tendentes a neutralizar el otro factor de riesgo, inicialmente vinculado a la criminalidad organizada, pero que se ha desgajado del mismo como consecuencia del cambio operativo de una de sus manifestaciones más graves, la del terrorismo.

Como hemos visto, en los ordenamientos europeos, y en España en especial, cada vez hay más delitos que vienen a castigar a quienes difunden determinados discursos terroristas o a quienes los consumen, aunque lo hagan por su cuenta y de forma autónoma y desconectada de una organización o grupo terrorista. Son delitos que ponen en evidente tensión derechos fundamentales como los de la libertad ideológica, religiosa y de expresión, lo que ha obligado a nuestros tribunales y, a buen seguro, debería obligar al Ministerio Público de cualquier país democrático, a interpretarlos restrictivamente y con mucha cautela.

Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español, que parte de que en dicho país, a diferencia de otros europeos, hay una democracia no militarista que reconoce que la libertad de expresión ampara no solo aquellos discursos que sean contrarios a sus principios y derechos, sino incluso a los que atacan al propio sistema democrático, ha considerado que el cuestionable y cuestionado delito de enaltecimiento terrorista solo puede ser considerado acorde y respetuoso con dicho derecho fundamental en la medida en que se aplique exclusivamente con respecto a mensajes que, aunque no

33 Alfonso Galán Muñoz, "¿Leyes que matan ideas frente a las ideas que matan personas?: Problemas de la nueva represión de los mecanismos de captación terrorista tras la reforma del Código penal de la LO 2/2015", *Revista de derecho penal y criminología*, n.º 15 (2016).

34 Vid, en este sentido, Patricia Faraldo Cabana, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español*, 102, o recientemente, Jara Bocanegra Márquez, "El concepto de "grupo criminal" del art. 570 ter.1. II CP. La necesidad de su interpretación restrictiva", 532, entre otros

inciten directa y expresamente a cometer ningún delito concreto a sus receptores, si que son idóneos para incitarles a cometer algún delito terrorista de carácter violento (no de cualquier otra naturaleza), por más que dicho ataque delictivo futuro aún no estuviese determinado y, por tanto, no se pudiese fijar³⁵. Así sucederá, por ejemplo, cuando los actos enaltecedores del terrorismo o humillantes para las víctimas que se realicen vengan a respaldar un clima, una situación de violencia cultural social, que *de facto* estaba haciendo que dichos ataques violentos se llevasen a cabo y se efectúen además de una forma y ante un auditorio que era objetivamente previsible que se viesen motivados por el mismo a realizarlos.

Muchos son, pese a todos los problemas que plantean ésta y el resto de figuras represoras de lo que se ha dado en llamar discurso del odio³⁶. Sin embargo, resulta evidente, por lo que a nosotros nos interesa en este momento, que son figuras que solo resultarán acordes con el derecho fundamental a la libertad de expresión garantizado por las democracias no militantes, en la medida en que se limiten a castigar actos comunicativos objetivamente idóneos para generar la comisión de delitos terroristas que, aunque no estén concretados ni del todo definidos, sí que resulten predecibles y, además, tengan carácter violento (asesinatos, atentados, etc..), algo que quienes han de aplicar dichas figuras habrán de tener muy en cuenta a la hora de hacerlo para garantizar que respeten el referido derecho fundamental.

Algo parecido sucedió con el delito de autoadoctrinamiento pasivo terrorista. Pese a su cuestionable redacción y a la inicialmente errática interpretación que le dieron algunos tribunales españoles, que la utilizaron para castigar a aquellos que simplemente seguían los postulados del yihadismo radical³⁷, ha sido una figura que el Tribunal Supremo español ha entendido que solo resulta acorde con los derechos a la libertad ideológica y religiosa vigentes en dicho país, en la medida en que se aplique exclusivamente a quien se autoadoctrina o accede habitualmente a los contenidos adoctrinadores característicos del terrorismo, con la intención de capacitarse para cometer delitos terroristas, lo que nuevamente deberá ser muy tenido en cuenta por quien ejerza la acción penal aplicando tales figuras.

Se produce, en cualquier caso, de esta forma, una completa subjetivación del injusto típico de este delito, indeseable fenómeno que resulta, sin embargo, inevitable en la medida en que al centrar el legislador su atención en la represión de actuaciones tan alejadas del comienzo efectivo de cualquier actividad objetiva propia, no solo con la ejecución del delito que pretende realmente evitar (p. ej. un homicidio terrorista), sino incluso con su concreta preparación (p. ej. con la compra del arma que se pretenda emplear), solo pueden conectarse con alguno de los delitos que su sanción pretende prevenir, constatando la voluntad del sujeto que las lleva a cabo de cometer alguno de ellos, aunque dicho sujeto ni siquiera sepa todavía cuál habría de ser en concreto.

El peligro que encierran delitos como éste o como el de enaltecimiento castigados en el ordenamiento español es que, si no se interpretan y aplican de forma restrictiva, pueden terminar sirviendo para castigar el mero hecho de sostener o difundir

determinadas ideas, lo que, olvida dos problemas fundamentales. En primer lugar, que éstas, las ideas, por muy perversas que nos puedan parecer, no se "matan" o eliminan con el Derecho penal, pudiendo resultar, de hecho, el uso de dicho instrumento jurídico incluso contraproducente para erradicarlas al convertir", ante sus seguidores, en "mártires a quienes son condenados simplemente por defenderlas y en "verdugos" de los que hay que vengarse a quienes los castigan. Pero, en segundo lugar, y por otra parte, también viene a olvidar que, en el intento de acabar con algunas ideas o "culturas" realmente peligrosas mediante el uso de penas, se puede terminar sancionando otras, tal vez repudiables o rechazables para la mayoría social, pero que no generan peligro de comisión de delito alguno, lo que las convierte en actuaciones amparadas por las libertades ideológicas y de expresión y perfectamente legítimas, por más que no nos gusten o incluso nos puedan repugnar.

Habrá que entender, por tanto, que la paulatina difuminación o desmaterialización del concepto de criminalidad organizada ha facilitado que los instrumentos inicialmente desarrollados para combatir, de forma muy anticipada, a esta forma de criminalidad se hayan trasladado y expandido para hacer lo propio con otras manifestaciones criminales con las que la criminalidad organizada solo tiene en común al factor cultural, algo que resulta altamente peligroso ya que puede llegar a provocar que los Estados caigan por aquella "pendiente resbaladiza" que podría llegar a convertirlos en Estados totalitarios, represores de toda discrepancia del pensamiento o del sentir mayoritarios.

El peligro está ahí y solo los juristas y, especialmente, los jueces pueden evitar que se llegue a hacer realidad, efectuando una labor interpretativa constante de defensa de los derechos fundamentales. Nadie puede decir que dicha tarea, en unas sociedades, como las actuales, donde campan a sus anchas los más variopintos populismos punitivos y en las que se tiende a tildar cualquier idea contraria a la que cada uno mantiene de peligrosa o incluso de terrorista, vaya a ser fácil de realizar. Sin embargo, hay que reconocer que es una tarea que se debe llevar a cabo si no queremos que la paulatina restricción de derechos que se viene produciendo, presuntamente, para luchar contra "excepcionales formas de criminalidad", como la organizada o la terrorista, terminen por hacernos caer por la pendiente que nos lleve a perder, poco a poco, los derechos y libertades fundamentales que tanto tiempo y esfuerzo nos ha costado conquistar.

35 Alfonso Galán Muñoz, "El delito de enaltecimiento terrorista. ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twitteros y titiriteros?", *Estudios Penales y Criminológicos* XXXVIII, (2018), <http://dx.doi.org/10.15304/epc.38.5127>.

36 Para un comentario más amplio y exhaustivo de estas figuras véase, Alfonso Galán Muñoz, "Delitos de odio. Discurso del odio y Derecho penal: ¿Hacia la construcción de injustos penales por peligrosidad estructural?", *Revista penal*, n.º 46 (2020).

37 Vid. p. ej. Carmen González Vaz, "Política criminal en tiempos del terrorismo yihadista. El inicio del derecho penal orwelliano", *Revista penal Méjico*, n.º 16 y 17 (2020): 116 y ss.

Bibliografía

Bocanegra Márquez, Jara. "El concepto de "grupo criminal" del art. 570 ter.1. II CP. La necesidad de su interpretación restrictiva". En *Globalización y lucha contra las nuevas formas de criminalidad transnacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

Bowling, Donald. *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act*. Estados Unidos: Saint Leo University, 2015. https://www.researchgate.net/publication/307965476_Racketeer_Influenced_and_Corrupt_Organizations_Act.

Cancio Meliá, Manuel. "El injusto de los delitos de organización: peligro y significado". En *Delitos de organización*. Buenos Aires: B de F, 2008.

—. "Delitos de organización: Criminalidad organizada común y delitos de terrorismo". En *Estudios sobre las reformas del Código penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio y 3/2011, de 28 de enero*. Madrid: Thomson Reuters-Civitas, 2011.

Consejo de la Unión Europea. *Acción común de 21 de diciembre de 1998 adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea*. 21 de diciembre de 1998. 98/733/JAI.

Díez Ripollés, José Luis. "De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado". *RECPG*, n.º 07 - 01 (2005). <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>.

España. *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995.

Faraldo Cabana, Patricia. *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

Galán Muñoz, Alfonso. "¿Leyes que matan ideas frente a las ideas que matan personas?: Problemas de la nueva represión de los mecanismos de captación terrorista tras la reforma del Código penal de la LO 2/2015". *Revista de derecho penal y criminología*, n.º 15 (2016).

—. "El delito de enaltecimiento terrorista. ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twitteros y titiriteros?". *Estudios Penales y Criminológicos* XXXVIII, (2018). <http://dx.doi.org/10.15304/epc.38.5127>.

—. "Delitos de odio. Discurso del odio y Derecho penal: ¿Hacia la construcción de injustos penales por peligrosidad estructural?". *Revista penal*, n.º 46 (2020).

González Vaz, Carmen. "Política criminal en tiempos del terrorismo yihadista. El inicio del derecho penal orwelliano". *Revista penal Méjico*, n.º 16 y 17 (2020).

Jakobs, Günther. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2006.

Lampe, Ernst-Joachim. "Systemrecht und Unrechtssysteme". *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft* 106, n.º 4 (1994).

ONU Asamblea General. *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*. 15 de noviembre de 2000. A/RES/55/25.

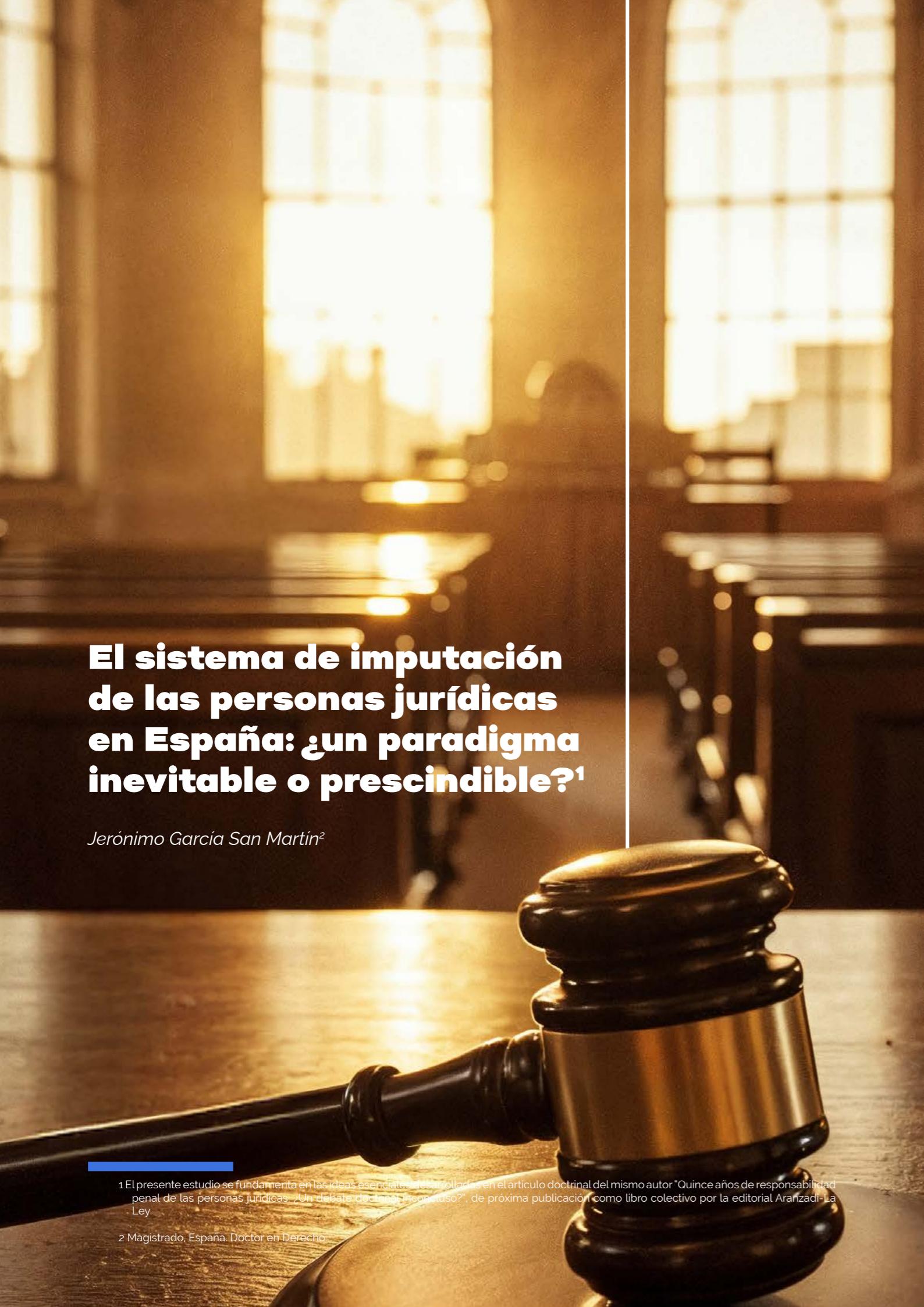
Sánchez García De Paz, María Isabel. *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*. Madrid: Ministerio del interior/ Dykinson, 2005.

Silva Sánchez, Jesús María. "Introducción". En *Delitos de organización*. Buenos Aires: B de F, 2008a.

—. "La "intervención a través de organización", ¿una forma de participación en el delito?". En *Delitos de organización*. Buenos Aires: B de F, 2008b.

Zúñiga Rodríguez, Laura. "Redes internacionales y criminalidad: a propósito del modelo de participación en organización criminal". En *El Derecho penal ante la globalización*. Madrid: Colex, 2002.

—. "El concepto de criminalidad organizada transnacional: problemas y propuestas". *Revista Nuevo Foro Penal* 12, n.º 86 (2016).



El sistema de imputación de las personas jurídicas en España: ¿un paradigma inevitable o prescindible?¹

Jerónimo García San Martín²

No disimulo el pudor que me causa la sola idea de proyectar un artículo doctrinal respecto al sistema de imputación de las personas jurídicas; materia que ha sido, y sigue siendo, objeto de una muy prolífica literatura científica, desarrollada desde casi todos los prismas dogmáticos posibles. Poco o nada queda por decir. Disculpe el lector la osadía y atrevimiento, que no es sino la espontánea manifestación de mi particular resistencia intelectual a asimilar el sistema de imputación de las personas jurídicas.

La academia española ha venido defendiendo mayoritariamente la implantación de un sistema de imputación de las personas jurídicas, avalando tanto su oportunidad como su compatibilidad con nuestro sistema de Derecho penal; por su parte, el legislador resolvió su instauración sustantiva en nuestro sistema de Derecho penal en el año 2010, hace ya casi quince años, con una relevante modificación en el año 2015, y con la aprobación de un régimen procesal en el año 2011, recientemente adaptado a las nuevas singularidades que han sido introducidas respecto a la conformidad, por la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, publicada el pasado día 3 de enero de 2025 en Boletín Oficial del Estado, y que representa, voluntaria o involuntariamente, como luego será reseñado, una modificación nada desdeñable en torno a la consideración del derecho a la autodefensa de las personas jurídicas.

Actividad legislativa que no muestra atisbo alguno de vacilación respecto a la vigencia y vocación de permanencia del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, y que se evidencia mediante la sucesiva incorporación al sistema de previsiones normativas tendentes a un mayor reconocimiento de derechos y garantías de los entes colectivos como sujetos pasivos del proceso penal.

Fueron razones de política criminal las que inspiraron al legislador español a implantar un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas; argumentos extraídos, fundamentalmente, de las consideraciones apuntadas en instrumentos y recomendaciones comunitarias, tales como el X Congreso Internacional de Derecho Comparado de 1978 en Budapest, la Recomendación de 20 de octubre de 1988 del Comité de Ministros de los Estados miembros del Consejo de Europa, la Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales adoptada por conferencia negociadora el 21 de noviembre de 1997 o la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de 20 de noviembre de 2008 en Bruselas, entre otras. No obstante, ha de advertirse que la conclusión común alcanzada en estos instrumentos o recomendaciones no exige la ineludible instauración de un sistema de responsabilidad penal para las personas jurídicas, sino la previsión por los Estados miembros de sanciones eficaces, proporcionadas y disuasivas para los entes colectivos, susceptibles de colmarse mediante su recurso al ámbito del derecho administrativo sancionador.

A pesar de la puntualización anterior, la mayor parte de los países de nuestro entorno, como Dinamarca, Francia, Grecia, Holanda, Irlanda o Noruega, así como España, han optado por acoger y avalar un sistema de responsabilidad penal directa de las personas jurídicas; optando por un sistema de responsabilidad penal indirecta países como Bélgica e Italia.

Por su parte, Alemania, ejemplo o paradigma de la ortodoxia dogmática, de un sistema penal compacto y afianzado, inmune a improvisaciones susceptibles de desestabilizar las bases y principios que lo conforman, y de cuyas raíces y fundamentos se ha inspirado y nutrido tradicional e indiscutiblemente el nuestro, rechaza frontalmente la incursión y extensión de la responsabilidad de las personas jurídicas al ámbito del Derecho penal, reconociéndola en el ámbito administrativo sancionador.

¹ El presente estudio se fundamenta en las ideas esenciales desarrolladas en el artículo doctrinal del mismo autor "Quince años de responsabilidad penal de las personas jurídicas. ¿Un debate doctrinal inconcluso?", de próxima publicación como libro colectivo por la editorial Aranzadi-La Ley.

² Magistrado, España. Doctor en Derecho.

Respecto a la posición jurisprudencial en nuestro país, la Sala 2^a del Tribunal Supremo, por una parte, ha venido delimitando la extensión del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, excluyendo expresamente tanto a las sociedades instrumentales o "pantallas"³, como a aquellas sociedades unipersonales en las que la persona física responsable es el único titular de la misma⁴; y, por otra, ha venido avalando un progresivo reconocimiento de determinados principios procesales y derechos fundamentales a la persona jurídica como sujeto pasivo del proceso penal, en cierta consonancia con los aplicables y reconocidos a la persona física, con las inevitables modulaciones, fruto de una marcada tendencia humanizadora de los entes colectivos auspiciada por el legislador. Al respecto, la STS 514/2015 dispone que ya se opte por un modelo de responsabilidad por el hecho propio, ya por una fórmula de heterorresponsabilidad parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el Derecho penal. La STS 154/2016 recuerda que los derechos y garantías constitucionales (tutela judicial efectiva, presunción de inocencia, al juez legalmente predeterminado, a un proceso con garantías, etc.), sin perjuicio de su concreta titularidad, amparan a las personas jurídicas de igual forma que lo hacen a las personas físicas y, en consecuencia, pueden ser alegados por aquéllas como tales y denunciadas sus posibles vulneraciones en lo que a ellas respecta. Y la STS 221/2016 reitera que el conjunto de derechos invocables por la persona jurídica, derivado de su estatuto procesal de parte pasiva, eso sí, con las obligadas modulaciones, no puede ser distinto del que ostenta la persona física a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo. Y es que la posición de los entes colectivos en el proceso, cuando son llamados a soportar la imputación penal, no debería hacerse depender del previo planteamiento dogmático que el intérprete suscriba acerca del fundamento de esa responsabilidad de las personas jurídicas, pues tal responsabilidad –ya se suscriba un criterio vicarial, ya de autorresponsabilidad– solo puede declararse después de un proceso con todas las garantías. Por tanto, la imposición de cualquiera de las penas del catálogo previsto en el art. 33.7 del CP, solo puede ser el desenlace de una actividad jurisdiccional sometida a los principios y garantías que legitiman la actuación del *ius puniendi*. En definitiva, la opción por el modelo vicarial es tan legítima como cualquier otra, pero no autoriza a degradar a la condición de formalismos la vigencia de los principios llamados a limitar la capacidad punitiva del Estado.

La Sala 2^a del Tribunal Supremo ha optado finalmente, entre las opciones doctrinales planteadas, por avalar un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas fundamentado en un modelo de autorresponsabilidad de los entes colectivos. Al respecto, la STS 833/2021 afirma que una abundante jurisprudencia de esta Sala, ya consolidada pese a las dudas iniciales, ha proclamado que la fuente de la responsabilidad criminal de los entes colectivos no puede obtenerse a partir de un modelo de heterorresponsabilidad

o responsabilidad vicarial. Antes, al contrario, esa responsabilidad ha de construirse a partir de un sistema de autorresponsabilidad basado en la constatación de un defecto estructural en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión. Es la ausencia de planes de prevención la que puede determinar la comisión de un delito corporativo.

Tras esbozar las líneas generales del marco o escenario en el que nos situamos, señalo como particular punto de partida para el presente estudio, y a grandes rasgos, aquellos aspectos o conclusiones que resultan o, al menos, parecen resultar incontrovertidos para la doctrina.

En primer término, la innegable afectación a la misma línea de flotación de nuestro sistema de Derecho penal que ha supuesto la aprobación e introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, obligando a redefinir y reconstruir la teoría general del delito sobre la base de una ficción jurídica proyectada fundamentalmente en torno a la categoría de la culpabilidad, tratando de alcanzar, con éxito o sin él (este aspecto sí resulta controvertido), su conciliación con principios básicos de nuestro Derecho penal.

En segundo término, la incontrovertida incapacidad de acción de la persona jurídica. Incapacidad de acción de la que, a mi juicio, se colige una inexorable incapacidad de omisión, como axioma lógico; por cuanto la capacidad de omisión exige inevitablemente capacidad de acción. Así, hablamos de omisión penalmente relevante cuando se inobserva la conducta debida a que venía obligado pudiendo hacerlo. Sin esa capacidad de acción quedaría innegablemente desdibujada, su reverso, la capacidad de omisión.

De modo que la acción u omisión penalmente relevante de la persona jurídica habrá de identificarse inevitablemente con la acción u omisión de una o varias personas físicas.

Incapacidad de acción u omisión de la persona jurídica que se traduce, aunque pueda parecer una obviedad, en incapacidad de culpabilidad de la persona jurídica por actos u omisiones propias. Su culpabilidad habrá de determinarse, en todo caso, por actos u omisiones de una o varias personas físicas, mediante cualquier título de imputación que permita la transferencia de culpabilidad por actos u omisiones de otro.

Esta previsión representa uno de los pilares fundamentales sobre los que se asienta el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas; previsión que, a mi juicio, no soporta el más mínimo grado de compatibilidad con las bases y principios básicos que inspiran nuestro sistema de Derecho penal.

Nuestro sistema de Derecho penal ha venido tradicionalmente admitiendo dos títulos de atribución de la culpabilidad y, consiguiente, responsabilidad penal por transferencia o por actos u omisiones de otro: la autoría mediata y la coautoría; esta última, cuando se acuerda el reparto de actos u omisiones ejecutivas entre la pluralidad de partícipes a través de un *pactum scalaris*, ostentando todos ellos un dominio funcional del hecho.

No obstante, en ambos casos, el fundamento de la culpabilidad y, consiguiente, responsabilidad, presupone conciencia y voluntad en el culpable, y responsable, por cuanto el dolo ha de extenderse y abarcar los actos u omisiones de los otros.

La persona jurídica, incapaz para realizar actos y omisiones propias, por el contrario, no cuenta con conciencia ni voluntad, ni, por ende, con capacidad para abarcar o asumir dolosamente las acciones u omisiones de otro. Esta singularidad, en ningún caso, se me

³ La STS 534/2020 afirma que la sociedad meramente instrumental, o "pantalla", creada exclusivamente para servir de instrumento en la comisión del delito por la persona física, ha de ser considerada al margen del régimen de responsabilidad del artículo 31 bis, por resultar insólito pretender realizar valoraciones de responsabilidad respecto de ella, dada la imposibilidad congénita de ponderar la existencia de mecanismos internos de control y, por ende, de cultura de respeto o desafección hacia la norma, respecto de quien nace exclusivamente con una finalidad delictiva que agota la propia razón de su existencia y que, por consiguiente, quizás hubiera merecido en su día directamente la disolución por la vía del artículo 129 del Código Penal, que contemplaba la aplicación de semejante "consecuencia accesoria" a aquellos entes que carecen de una verdadera personalidad jurídica en términos de licitud para desempeñarse en el tráfico jurídico o, en su caso, la mera declaración de su inexistencia como verdadera persona jurídica, con la ulterior comunicación al registro correspondiente para la anulación, o cancelación, de su asiento.

⁴ La STS 747/2022 sostiene que el régimen de responsabilidad penal de personas jurídicas exige una mínima alteridad de la persona jurídica respecto de la persona física penalmente responsable. Cuando el condenado penalmente como persona física es titular exclusivo de la sociedad, no resulta factible imponer dos penalidades sin erosionar, no ya solo el principio del non bis in idem, sino la misma racionalidad de las cosas. El sistema de responsabilidad penal de personas jurídicas encierra inevitablemente ciertas dosis de ficción. Las penas impuestas a la persona jurídica no las sufren materialmente los entes morales, incapaces de padecer. Acaban inexorablemente recayendo en personas físicas (pocas o muchas, y más o menos diluidas). Cuando la persona jurídica se identifica con una persona física, es ésta la que sufre integralmente la sanción. Si es penalmente responsable de la conducta por la que ha de responder la persona jurídica se le estará imponiendo una doble sanción por una única conducta: el delito cometido por él que arrastra, además, a la condena de la persona jurídica de su exclusiva titularidad.

antoja como un etéreo y caprichoso matiz dogmático, sino como una inédita distorsión irreconciliable con los más elementales criterios de imputación penal, que demuele los pilares sobre los que se asienta la teoría general del Derecho penal. Título de imputación que podría servir y agotarse en el ámbito del derecho administrativo sancionador, pero que no soporta las más básicas exigencias de cualquier sistema de Derecho penal.

Apunta Frisch que es necesario imputar algo, por lo tanto, que en Derecho penal no es jamás objeto de la imputación, sino su fundamento mismo. Y es necesario realizar la imputación a partir de un fundamento que tal vez sea suficiente en el contexto de otras imputaciones (por ejemplo, en Derecho civil) y de otras consecuencias jurídicas, pero que no lo es para la imposición de una pena como reproche ético social a una persona, la cual lo merece en razón de su hecho. Es difícil imaginar una violación más extrema de la estructura profunda de la imputación jurídico penal⁵.

Incapacidad de acción y omisión, incapacidad de culpabilidad, que, no obstante, puede desembocar, concurriendo los presupuestos exigidos legalmente, en una responsabilidad penal de la persona jurídica, como un pronunciamiento eminentemente declarativo, por cuanto el ente colectivo, como tal, tampoco ostenta capacidad para asumir o sufrir los gravámenes o consecuencias retributivas o aflictivas de la pena, que recaerán, inexorablemente, sobre las personas físicas titulares o socios de la entidad.

La persona jurídica, como ficción o persona moral, se compone de una conjunción de bienes, materiales e inmateriales, socios, administradores o gestores designados por aquéllos, etc., lo que la convierte en incapaz como entidad para asumir nominalmente los gravámenes o consecuencias retributivas o aflictivas de la pena. De todos los elementos integradores de la persona jurídica, serán los socios personas físicas los verdaderos destinatarios y sujetos pasivos de la pena.

Todos estos socios personas físicas pueden haber tenido participación, o no, en la realización de la acción u omisión con relevancia típica anexada al hecho causante y desencadenante, que abre la posibilidad de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Pues bien, si el socio persona física ha participado de tal acción u omisión con relevancia típica y que desencadena la posibilidad u oportunidad de la responsabilidad penal de la persona jurídica, el desvalor de su acción u omisión quedará suficientemente colmado con su propia responsabilidad penal, sin que sea factible atribuirle o hacerle acreedor de los gravámenes o consecuencias retributivas o aflictivas de la pena impuesta a la persona jurídica sin recurrir a una proscrita doble imposición. No concurre en él esa alteridad, como garantía ante la doble imposición, que ha servido a la doctrina jurisprudencial a entender desdibujada la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los supuestos de sociedades unipersonales, en los que la persona responsable penalmente de la acción u omisión desencadenante, es el único socio. A mi juicio, estaríamos también, en el supuesto indicado, ante una doble penalidad por una única conducta.

Por el contrario, si el socio persona física no ha tenido participación alguna en la acción u omisión con relevancia típica y que desencadena la posibilidad u oportunidad de la responsabilidad penal de la persona jurídica, es más que cuestionable que su estricta adhesión al pacto social pueda servir de título legitimador y bastante para transmitirle o hacerle acreedor de los gravámenes o consecuencias retributivas o aflictivas de la pena impuesta a la entidad. Estricta adhesión al pacto o contrato social que, a mi juicio, sirve

como título legitimador y bastante para asumir los gravámenes y consecuencias en el ámbito del derecho civil, mercantil e incluso administrativo sancionador, pero, en ningún caso, en el ámbito del Derecho penal.

Siguiendo el hilo conductor del presente estudio, me referiré al tercer y último aspecto o conclusión que, considero a grandes rasgos, parece resultar incontrovertido para la doctrina, para así, y a partir de su enunciado, exponer algunas consideraciones y reflexiones que, entiendo, pueden merecer atención.

Constituye una aporía la humanización de la persona jurídica. No es ni conceptual ni racionalmente posible la transferencia absoluta a la persona jurídica de los derechos fundamentales reconocidos y los principios procesales aplicables a las personas físicas como sujetos pasivos del proceso penal.

Lo que no obsta a que la doctrina jurisprudencial, como fue expuesto, haya venido avalando un progresivo reconocimiento de determinados principios procesales y derechos fundamentales a la persona jurídica como sujeto pasivo del proceso penal, en cierta consonancia con los aplicables y reconocidos a la persona física, con las inevitables modulaciones. Afirmando, en síntesis, que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el Derecho penal, que la posición de los entes colectivos en el proceso, cuando son llamados a soportar la imputación penal, no debería depender del previo planteamiento dogmático que el intérprete suscriba acerca del fundamento de esa responsabilidad, pues tal responsabilidad solo puede declararse después de un proceso con todas las garantías, que la imposición de cualquiera de las penas del catálogo previsto en el art. 33.7 del CP solo puede ser el desenlace de una actividad jurisdiccional sometida a los principios y garantías que legitiman la actuación del *ius puniendi*, o que no es procedente degradar a la condición de formalismos la vigencia de los principios llamados a limitar la capacidad punitiva del Estado; recordando, por su parte, que los derechos y garantías constitucionales (tutela judicial efectiva, presunción de inocencia, al juez legalmente predeterminado, a un proceso con garantías, etc.), sin perjuicio de su concreta titularidad, amparan a las personas jurídicas de igual forma que lo hacen a las personas físicas.

Reproducido el escenario, quisiera detenerme en el tratamiento del derecho fundamental de defensa, en su concreta vertiente de derecho de defensa privada o autodefensa, de la persona jurídica como sujeto pasivo del proceso penal, por cuanto, a mi juicio, de su reconocimiento y extensión, atendidas las especiales singularidades del sistema penal de los entes colectivos, pende la transgresión o no de los más elementales e irrenunciables principios que informan el proceso penal.

Conviene recordar que el derecho fundamental de defensa abarca dos vertientes, con expreso reconocimiento en los artículos 24.2 CE, 14 PIDCP y 6.3 CEDH: su vertiente de defensa técnica o pública y su vertiente de defensa privada o autodefensa. Huelga subrayar que ambas vertientes están estrecha e indisolublemente vinculadas, hasta el punto de que la negación del derecho a la defensa privada supone una intolerable afectación en la vertiente a la defensa técnica o pública, por cuanto esta última, en gran parte, se nutre de las apreciaciones y sugerencias del representado que, en todo caso, ha de consentir la estrategia o línea de defensa seguida por su letrado.

Al respecto, resulta sumamente ilustrativa la conocida STS nº 669/2006, aunque en relación a un supuesto de hecho diametralmente distinto al que nos ocupa, sus

⁵ Wolfgang Frisch, "Responsabilidad penal de la persona jurídica e imputación", *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 121 (2017): 393.

fundamentos resultan plenamente aplicables. La citada sentencia declara la nulidad de la sentencia impugnada y del consiguiente juicio oral, atendida la negación del derecho a la defensa privada o autodefensa del acusado, por incapacidad de obrar procesal, a pesar de haber sido asistido por abogado; así, afirma que las facilidades para dotar a una persona de la debida asistencia técnica de Letrado aparecen recogidas en nuestro ordenamiento a través de varias disposiciones de la LECrim y han sido debidamente satisfechas en este proceso, pero el complemento ineludible de esta garantía viene constituido por la posibilidad efectiva de ejercitar con eficacia el derecho a la autodefensa siguiendo con la debida atención todas las vicisitudes del proceso y haciendo a su abogado y al Tribunal aquellas observaciones que fuesen pertinentes sobre el desarrollo de las pruebas o sobre cualquier otra incidencia o circunstancia que pueda surgir en el desarrollo del juicio.

Resulta evidente tanto que la persona jurídica, como tal, no podrá realizar o ejercitar directamente las posibles manifestaciones del derecho a la defensa privada o autodefensa, como que tales manifestaciones de este derecho han de ser reconocidas a la persona jurídica, como sujeto pasivo del proceso penal, con las consiguientes e inevitables modulaciones.

El legislador se sirve, en principio, para el ejercicio de las diferentes manifestaciones de este particular derecho, de la figura del representante especialmente designado. Así, el artículo 119 LECrim previene el requerimiento a la entidad para que proceda a la designación de un representante, así como de abogado y procurador, debiendo practicarse la comparecencia prevista en el artículo 775 con el representante especialmente designado, si bien dispone que la inasistencia al acto de dicho representante determinará la práctica del mismo con el abogado de la entidad. Por su parte, el artículo 120 LECrim establece que las disposiciones de esta Ley que requieren o autorizan la presencia del investigado en la práctica de diligencias de investigación o de prueba anticipada se entenderá siempre referidas al representante especialmente designado por la entidad, que podrá asistir acompañado del letrado encargado de la defensa de esta; no obstante, advierte, que la incomparecencia de la persona especialmente designada no impedirá la celebración del acto de investigación o de prueba anticipada que se sustanciará con el abogado defensor.

En similares términos y con especial referencia al procedimiento sumario ordinario, previene el artículo 409 bis LECrim la declaración del representante especialmente designado por la persona jurídica tras su imputación, asistido de su abogado, indicando expresamente que la incomparecencia de la persona especialmente designada determinará que se tenga por celebrado este acto, entendiéndose que se acoge a su derecho a no declarar.

Por su parte, y en cuanto a la celebración del juicio oral, en especial referencia al procedimiento abreviado, el vigente artículo 787 bis LECrim, tras la reforma operada por la LO 1/2025 y que recoge literalmente el contenido del anterior artículo 786 bis, dispone que cuando el acusado sea una persona jurídica, ésta podrá estar representada para un mejor ejercicio del derecho de defensa por una persona que especialmente designe; persona que podrá declarar en nombre de la persona jurídica si se hubiera propuesto y admitido esa prueba, sin perjuicio del derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, así como ejercer el derecho a la última palabra al finalizar el acto del juicio, no pudiendo designarse a estos efectos a quien haya de declarar en el juicio como testigo. No obstante lo anterior, añade, la incomparecencia de la persona especialmente designada por la persona jurídica para su representación

no impedirá en ningún caso la celebración de la vista, que se llevará a cabo con la presencia del abogado y el procurador de ésta.

El legislador, en síntesis, reserva para la persona especialmente designada por la persona jurídica el ejercicio de las diferentes manifestaciones del derecho a la defensa privada o autodefensa, si bien, para aquéllos supuestos en los que ésta no comparezca o se omita tal designación, dispone que el procedimiento continúe con su abogado; previsión que bien puede entenderse como la aceptación de una renuncia al derecho, implícita a la incomparecencia o ausencia de designación, bien como la transferencia al abogado del ejercicio de tales manifestaciones.

Régimen expuesto y relativo al ejercicio del derecho de autodefensa de la persona jurídica que, como ya fue adelantado en las primeras líneas de este estudio, ha sufrido una modificación nada desdeñable, a mi juicio sumamente acertada, con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, en relación con la conformidad de la persona jurídica; conformidad, cuya aceptación por el sujeto pasivo del proceso penal representa una de las manifestaciones más nucleares del derecho a la autodefensa o defensa privada. Al respecto, los artículos 655.8 (en el procedimiento sumario ordinario), 785.11 (en la novedosa audiencia preliminar del procedimiento abreviado) y 787 ter. 8 (en el procedimiento abreviado) de la LECrim, disponen que cuando la persona acusada sea una persona jurídica, la conformidad deberá prestarla su representante especialmente designado, siempre que cuente con poder especial. Dicha conformidad, que se sujetará a los requisitos enunciados en los apartados anteriores, podrá realizarse con independencia de la posición que adopten las demás personas acusadas, y su contenido no vinculará en el juicio que se celebre en relación con éstas.

Con esta modificación, el legislador reserva, expresa y exclusivamente, la facultad de conformidad de la persona jurídica al representante especialmente designado, de lo que puede colegirse la exclusión de la oportunidad de su transferencia al abogado. Previsión que, a mi juicio, avanza hacia la conciliación con los principios básicos e irrenunciables que inspiran el proceso penal. No obstante, considero que el representante debiera ser un representante especialmente designado, no por la persona jurídica, sino por los socios personas físicas, que no son sino los verdaderos destinatarios de los gravámenes o consecuencias retributivas o aflictivas de la pena.

Desde mi más particular consideración, el ejercicio del derecho de autodefensa o defensa privada no es transferible a un tercero ajeno, desafectado de las consecuencias de la declaración de responsabilidad criminal, si riesgo de vaciar su contenido; su ejercicio sólo puede realizarse por quien está en condición de asumir, en su caso, los gravámenes o consecuencias retributivas o aflictivas de la pena, y sólo en su defecto por la persona que aquél designe. Y todo ello por cuanto el derecho de autodefensa se asienta sobre la presunción, que opera al tiempo como la verdadera garantía de su ejercicio, de que su titular actuará en el proceso en la forma más conveniente y satisfactoria a sus propios intereses; garantía que queda, inexorablemente, desdibujada cuando es un tercero ajeno quien está llamado a actuar en el proceso de la forma más conveniente y satisfactoria para otro. Posibilidad esta última vedada, como ya fue indicado, en los supuestos en los que el investigado –persona física– resulta incapaz de obrar procesalmente, sin que se prevea, en modo alguno, la oportunidad de la transferencia del ejercicio del derecho de autodefensa.

Para concluir el presente estudio, quisiera hacer una breve referencia a la posición doctrinal que justifica los déficits y posible inobservancia de garantías y principios procesales, a mi juicio, irrenunciables, en el hecho de que las penas previstas para las personas jurídicas no son penas privativas de libertad.

Posición de la que discrepo, por cuanto tal fundamento podría servir para admitir tales déficits e inobservancia de garantías y principios en el proceso penal seguido contra personas físicas, cuando la pena aparejada al delito imputado no fuera privativa de libertad; lo cual se me antoja, a todas luces, insostenible. Asimismo, si su relajación está fundamentada en la naturaleza de las consecuencias previstas, próximas a las establecidas en el ámbito del derecho administrativo sancionador o, incluso, para el tercero civil responsable, ¿por qué no reconducir directamente a estos ámbitos dicha responsabilidad?

Bibliografía

Agudo Fernández, Enrique, Manuel Jaén Vallejo y Angel Luis Perrino Pérez. *Derecho penal de las personas jurídicas*. Madrid: Dykinson, 2016.

Aparicio Díaz, Luis. "Aproximación a las modificaciones previstas por el Proyecto de Ley de Medidas de Agilización Procesal: el tratamiento procesal-penal de la persona jurídica". *Diario La Ley*, n.º 7657 (2011).

Ayala González, Alejandro. "¿Rebelde sin causa? Imputación, representación, contumacia y rebeldía de la persona jurídica en el proceso penal". *Diario La Ley*, n.º 9609 (2020).

Banacloche Palao, Julio. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*. Madrid: La Ley, 2011.

Criado Enguix, Jaime. "Fundamento procesal de las medidas cautelares a las personas jurídicas en el proceso penal español. Propuestas a la luz del derecho italiano". *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 65 (2025).

Del Moral García, Antonio. "Aspectos sustantivos y procesales derivados de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", *Cuadernos Digitales de Formación*, n.º 31 (2011).

—. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Culpabilidad y dolo. Problemas de participación. El sujeto activo (*Societas puniri potest... sed delinquere non potest!*)". *Cuadernos Digitales de Formación*, n.º 24 (2012).

—. "Algunos problemas del proceso penal contra personas jurídicas". *Cuadernos Digitales de Formación*, n.º 16 (2021).

Del Rosal Blasco, Bernardo. *Manual de responsabilidad penal y defensa penal corporativas*, 2^a edición. España: La Ley, 2023.

Dopico Gómez-Aller, Jacobo. "Proceso penal contra personas jurídicas: medidas cautelares, representantes y testigos". *Diario La Ley*, n.º 7796, (2012).

Frisch, Wolfgang. "Responsabilidad penal de la persona jurídica e imputación". *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 121 (2017): 393.

García San Martín, Jerónimo. "Incapacidad de obrar procesal "versus" inimputabilidad: dos realidades no necesariamente convergentes". En *Trastornos mentales y justicia penal: garantías del sujeto pasivo con trastorno mental en el proceso penal*, dirigido por Ignacio Flores Prada, y coordinado por Ana Sánchez Rubio. España: Aranzadi, 2017.

—. *Doctrina penal actualizada: tercera edición*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023.

Gómez-Jara, Carlos. "El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas: aviso a navegantes judiciales". *Diario La Ley*, n.º 8632 (2015).

Hernández García, Javier. "Problemas alrededor del estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsables". *Cuadernos Digitales de Formación*, n.º 36 (2008).



FGE

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

ECUADOR

Fiscalía General del Estado
Dirección de Estudios Penales
Quito - Ecuador