

MODELOS DE POLÍTICA CRIMINAL FRENTE A LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA: ENTRE EFICACIA Y GARANTÍAS¹

Laura Zúñiga Rodríguez

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA



RESUMEN

El presente trabajo aborda el debate político-criminal sobre la legitimidad de las medidas de intervención reforzadas para hacer frente a la criminalidad organizada. Esta cuestión tradicionalmente considerada como una tensión entre eficacias y garantías, el estudio pretende plantear otro punto de partida: analizar los fundamentos por los cuales la delincuencia desarrollada por la criminalidad organizada representa una mayor capacidad para vulnerar jurídicos, que la criminalidad común. Las sinergias entre sus miembros, la opacidad, la desinhibición que implica un comportamiento amparado por el grupo, la profesionalización de las actividades criminales, etc. conllevan una mayor capacidad criminógena que la protagonizada por delincuentes individuales. Ante esta situación, las propuestas más comunes son la de un Derecho Penal del enemigo (o de la emergencia) o el garantismo. Analizando las limitaciones de estas tradicionales propuestas se propone una tercera vía: una aplicación del principio de proporcionalidad para cada medida: idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta de la medida. Siempre bajo la tutela de la intervención judicial.

PALABRAS-CLAVE: Política criminal; Criminalidad organizada internacional; Derecho penal del enemigo; Garantismo penal; Proporcionalidad

1. CUESTIONES PREVIAS: LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA COMO UN FENÓMENO DE LA GLOBALIZACIÓN

El tema de la lucha contra la criminalidad organizada es uno de los temas de la Política Criminal moderna en el que más queda en evidencia el difícil equilibrio entre garantías y eficacia en la represión

¹ Este trabajo se inscribe en el Proyecto de Investigación "Terrorismo, criminalidad organizada y responsabilidad penal de las personas jurídicas", DER 2016-79705-R, financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

penal, pues por un lado poseemos un arsenal legislativo y doctrinario diseñado durante siglos que se ancla en principios asumidos como insuperables y, por otro, ante un fenómeno relativamente nuevo que muestra su cara más amarga desde la expansión económica y la liberación de los mercados, proceso que denominamos globalización².

Aunque en muchos casos estamos ante un fenómeno proteico, complejo, cambiante, con raíces sociales profundas en tanto existen factores culturales, económicos y políticos que la favorecen, como sucede especialmente evidente en Italia o Colombia, y cuya fenomenología de actuación se produce vinculada a otros tipos de criminalidad, como la criminalidad económica, la corrupción política y el terrorismo, lo cierto es que el proceso de colectivización y complejización de las relaciones sociales vivido en las últimas décadas ha procurado también a la criminalidad organizada esta sinergia en sus actuaciones delictivas, llegando en los casos más graves, a poner en peligro la seguridad de las naciones e, incluso de la paz mundial. En efecto, la criminalidad organizada tiene hoy en día una dimensión global, ha traspasado las fronteras de los estados nacionales e, incluso, de las relaciones económicas, sociales y jurídicas legales, demostrando una gran capacidad de expansión. Por eso, la atención mundial en su prevención a nivel de los organismos internacionales empieza a ser decisiva, en aras de procurar un acercamiento de las legislaciones y una cooperación policial y judicial.

La importancia de este tema para la seguridad de los Estados ha sido puesta en evidencia por Naciones Unidas. En el año 2005, el entonces Secretario General de la ONU, Kofi Annan, en su informe *Un concepto más amplio de libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos*³, mostraba que terminada la Guerra Fría y cuando parecía haberse iniciado una era de paz, las preocupaciones en torno a la seguridad vuelven a dominar la agenda internacional, esta vez de la

2 Al hilo de la expansión del proceso globalizador, pues como dice BECK, *¿Qué es la globalización?*, Falacias del Globalismo, respuestas a la globalización, Barcelona, Paidós, 1998 pág. 29, este es un proceso en virtud del cual los Estados nacionales se entremezclan e imbrican mediante actores transnacionales y sus respectivas probabilidades de poder, orientaciones, identidades y entramados varios. Pues, uno de éstos entramados es la criminalidad global que se mueve principalmente por la economía criminal.

3 Informe A/59/2005, de 21 de marzo de 2005, correspondiente al Quincuagésimo noveno período de sesiones, Temas 45 y 55 del programa, *Aplicación y seguimiento integrados y coordinados de los resultados de las grandes conferencias y cumbres de las Naciones Unidas en las esferas económica y social y esferas conexas, Seguimiento de los resultados de la Cumbre del Milenio.*

mano de grupos criminales diversos que se interconectan fácilmente y aumentan su potencia criminal. En el punto 78, sostiene: “Entre las amenazas a la paz y la seguridad en el siglo XXI se cuentan no sólo la guerra y los conflictos internacionales, sino los disturbios civiles, la delincuencia organizada, el terrorismo y las armas de destrucción en masa ... Todas ellas pueden socavar a los Estados como unidades básicas del sistema internacional”.

Respecto a la entidad de la amenaza para los Estados de la delincuencia organizada, el punto 95 lo dice muy claramente: “La amenaza del terrorismo está estrechamente relacionada con la de la delincuencia organizada, que va en aumento y afecta a la seguridad de todos los Estados. La delincuencia organizada contribuye a debilitar a los Estados, obstaculiza el crecimiento económico, alimenta muchas guerras civiles, socava regularmente las iniciativas de consolidación de la paz de las Naciones Unidas y proporciona mecanismos de financiación a los grupos terroristas. Los grupos de delincuentes organizados tienen también un activo papel en el contrabando ilegal de migrantes y en el tráfico de armas de fuego”.

En fin, Naciones Unidas, como organismo internacional que se ocupa de la seguridad de los Estados, entiende claramente la amenaza que para la paz mundial supone en estos momentos la criminalidad organizada, por eso insta a los Estados a incorporar normas de armonización legislativa y cooperación policial y judicial. Especialmente, la trasposición de las reglas básicas de la Convención contra la Criminalidad Organizada transnacional de 2000, más conocida como Convención de Palermo⁴.

Por supuesto que la Unión Europea se ha ocupado también con especial énfasis sobre este tema en la medida que el movimiento libre de personas y mercancías supone unas facilidades incalculables para la delincuencia organizada y, por otro lado, dificulta su persecución. Con la creación propiamente del Tercer Pilar de la UE, con el Tratado de Ámsterdam de 1997, como un “espacio de libertad, justicia y seguridad” común, se refuerza el combate especialmente referido a determinadas formas de criminalidad transnacional. El art. 29 del Tra-

4 Nótase que es recién en el año 2000 que las Naciones Unidas consiguen un consenso común en torno a esta forma de delincuencia compleja, toda vez que las facetas de su manifestación, la gravedad de su amenaza es diversa en los distintos países.

tado de Ámsterdam, establece la elaboración “una acción en común entre los Estados miembros en los ámbitos de la cooperación policial y judicial en materia penal”, objetivo que habrá de lograrse “mediante la prevención y la lucha contra la delincuencia organizada o no, en particular el terrorismo, la trata de seres humanos y los delitos contra los niños, el tráfico ilícito de drogas y de armas, la corrupción y el fraude”. Ello implica, concretamente, la creación de la Oficina Europea de Policía a efectos de cooperación policial y aduanera (EUROPOL, arts. 30 y 32), el desarrollo de la cooperación judicial (arts. 31 a) y d) y art. 32). Además, el art. 31 e) establece que la acción común sobre cooperación judicial en materia penal incluirá: “la adopción progresiva de medidas que establezcan normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de los delitos y a las penas en los ámbitos de la delincuencia organizada y el tráfico ilícito de drogas”.

Especial interés para la materia corresponde a la Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, por el que se suprime los requisitos de la extradición, especialmente el de doble incriminación, según unas determinadas condiciones para siguientes infracciones: terrorismo, trata de seres humanos, corrupción, participación en una organización criminal, falsificación de moneda, homicidio, racismo y xenofobia, violación, tráfico de vehículos robados y fraude, incluido el fraude en detrimento de los intereses financieros comunitarios. La mayoría de ellos son delitos de la criminalidad organizada transnacional.

Pero la normativa europea clave sobre el tema es la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada, que se ocupa de la tipificación del delito de participación en organización criminal en su art. 2, la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el art. 5 y de los problemas de competencia de los delitos transnacionales en su art. 7, entre los puntos más relevantes.

Sin embargo, ese espectacular desarrollo social de este fenómeno criminal, ni el interés de los organismos internacionales por reprimirla, ha ido de la mano del perfeccionamiento de las legislaciones penales nacionales. Así, mientras la criminalidad organizada va ten-

diendo a homogenizarse y expandirse por los países y las relaciones sociales, corrompiendo sus estructuras, las herramientas penales están en muchos casos ancladas en construcciones sistemáticas propias de la delincuencia individual cometida por un(os) autor(es) y otros sujetos que colaboran. En realidad, no en todos los países existen disposiciones penales idóneas para hacer frente a este tipo de criminalidad con la contundencia y la prolijidad que merece.

De ahí que el análisis de los modelos existentes para hacer frente a esta dañina forma de criminalidad sea importante para observar en qué marco político-criminal es posible encuadrar las respuestas penales, toda vez que existen pulsiones por privilegiar la represión penal frente a la prevención del fenómeno, desconociendo su vertiente social. Existen en el panorama comparado soluciones más próximas a la restricción de las garantías, en aras de la eficacia de la persecución criminal, olvidando que el Estado de Derecho conmina respuestas penales respetuosas de unos principios básicos como legalidad y proporcionalidad.

En ese sentido la Comisión Europea se ha ocupado especialmente de la formación para una lucha más eficaz contra la criminalidad organizada internacional. Concretamente el Proyecto *International Flow Observation* (IFO), de formación a jueces y policías para una lucha más eficaz contra el tráfico de drogas de carácter internacional, se orienta a reforzar los progresos concretos en la represión penal, sin desconocer los aspectos de las garantías⁵. En el mismo, orientado a aspectos prácticos, precisamente se resaltaron los temas más álgidos como las escuchas telefónicas, los agentes encubiertos, la persecución de organizaciones criminales, el blanqueo de capitales, la cooperación policial y judicial, asuntos en los que precisamente se percibe claramente la pulsión entre eficacia y garantías.

Especialmente la criminalidad organizada del tráfico internacional de drogas que es la que más se ha desarrollado en los últimos tiempos por las altas ganancias ilícitas que despliega, nos muestra la necesidad de una alta profesionalización de los jueces, policías y fiscales, pues los instrumentos oportunos para hacerle frente son consi-

5 Cfr. LA SPINA / MILITELLO (Ed.): *Drug trafficking and strategies of intervention, The results of the "Illegal Flow Observation"*, Fondazione Rocco Chinnici, Università degli Studi di Palermo, Universidad de Salamanca, 2014, passim.

derados extraordinarios y, por tanto, sujetos a unas reglas especiales, distintas a las ordinarias⁶.

Precisamente de la legitimidad de estos instrumentos ordinarios se ocupa este trabajo. De los límites admisibles en las respuestas de intervención penal, dentro de un Estado de Derecho que pretende dotarse de herramientas modernas para enfrentar esta forma de criminalidad tan dañina para las estructuras sociales y económicas de los países. Partiendo del análisis de los modelos existentes en nuestro panorama cultural, se pasará a abordar el alcance real de la dañosidad de esta criminalidad, para finalizar con las propuestas que se consideran más conciliadoras entre eficacia y garantías.

Sin desconocer que ante todo es importante tener en cuenta que estamos ante un fenómeno criminal complejo que no puede hacerse frente sólo con la represión penal, sino que se impone un Programa Integral de Política Criminal más ambicioso, dado que el castigo penal simplemente tiene el efecto de cambiar geográficamente el lugar de actuación de las organizaciones criminales, lo cierto es que no cabe desdeñar la importancia de la prevención penal.

2. MODELOS DE POLÍTICA CRIMINAL FRENTE A LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

Teniendo en cuenta que del Derecho Comparado y de las Normas Internacionales se desprenden líneas de actuación frente a la criminalidad organizada y que en este campo conviene realizar una visión de conjunto de las mismas, en la medida que el fenómeno es transnacional, vamos a pasar a revisar los principales modelos de acción penal que se presentan en nuestro panorama cultural.

2.1 EL MODELO DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.

Desde que los países europeos tomaron conciencia de la presencia y relevancia de la criminalidad organizada en cuanto forma de

6 PÉREZ ÁLVAREZ / ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, "Development of the IFO project on the fight against international drug trafficking in Spain", en LA SPINA / MILITELLO (Ed.), Drug trafficking and strategies of intervention, ob. cit., pág. 21.

criminalidad potencialmente debilitadora de las instituciones democráticas y de la seguridad de sus ciudadanos, las respuestas penales se han caracterizado por la utilización de recursos excepcionales, en fin, la promulgación de un Derecho Penal de emergencia. Sea porque se percibiese como un nuevo “enemigo” en el escenario político luego de la derrota de los movimientos terroristas fundamentalmente de izquierdas, sea porque hicieron su presencia abruptamente, lo cierto es que, desde sus inicios, la respuesta del Estado ha sido la de un Derecho Penal “de lucha” (*de contrasto*) frente a este tipo de criminalidad.

El paradigma de este modelo de emergencia es la legislación italiana anti-mafia. En los años setenta (“los años de plomo”) se da una década de secuestros, extorsión y terrorismo, a los que el Estado italiano responde con una serie de leyes restrictivas de derechos sustantivos y procesales, introducción de delitos de carácter asociativo, elaborando una estrategia legislativa que no hiciera distinción entre la criminalidad organizada y la criminalidad subversiva. Representativas de esa época son la Ley 497/1974, de 14 de octubre, de “Nuevas formas de criminalidad” y la Ley 152/1975, de 22 de mayo, sobre “Disposiciones para la tutela del orden público”, más conocida como *Legge Reale*, dando así inicios a la *cultura de la emergencia*: una política legislativa que roza los límites de la inconstitucionalidad por restringir garantías en situaciones transitorias y de urgencia⁷.

La política penal frente a la criminalidad organizada con nombre propio se estrena en Italia con la Ley Rognoni-La Torre de 1982, en la que se plasma claramente una opción del Estado de verdadera lucha contra el fenómeno mafioso. Después de años de pacto implícito de convivencia entre mafia y Estado, la ley marca un giro en la estrategia contra la mafia, como respuesta a asesinatos *excellentissimi*⁸ protagonizados por la misma, dejando claro su carácter criminal (algo que para algunos sectores no era tan evidente), con la tipificación del delito de asociación criminal de tipo mafioso en el art. 416 bis CP. Desde entonces, se multiplica la normativa de carácter de emergencia, en los ámbitos

7 La monografía más completa sobre el tema es de MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, prólogo de A. Baratta, Nápoles, ESI, 1995.

8 En septiembre de 1982 fue asesinado el General Carlo Alberto Della Chiesa, en Palermo, comisario enviado para combatir la mafia, junto con su esposa y su chófer; dos semanas después se expide la ley antimafia.

procesal, penitenciario, administrativo, financiero, creándose un real *subsistema legal antimafia*⁹.

La estrategia eminentemente represiva, a contra respuesta de la mafia, con carácter extraordinaria, y supuestamente temporal, se ha impuesto por la vía de los hechos y por su aparente eficacia, pese a las críticas del sector académico desde el respeto al sistema penal diseñado con una serie de garantías¹⁰. Después de treinta años de leyes de emergencia en Italia, por lo menos algo queda claro: que no han sido extraordinarias, ni temporales, sino que se han instalado en el ámbito de la represión penal¹¹. Las leyes de emergencia se presentan como una realidad de los diversos subsistemas penales italianos¹², bajo el *leit motiv* de la eficacia, de la “mano dura” de las instituciones del Estado. Esta aproximación al problema de la criminalidad organizada, es eminentemente práctico-operativa, normalmente vinculada a las demandas de la mayor parte de los magistrados, que requieren de herramientas para enfrentarse al crimen organizado¹³. Veamos, someramente, en qué términos ha resultado verdaderamente eficiente esta legislación.

Entre 1982 y 1986 cerca de 15.000 hombres fueron arrestados en toda Italia; 706 fueron condenados en un maxi-proceso en Palermo. Posteriormente, a comienzos de 1990 fueron asesinados Giovanni

9 Un *subsistema* anti-mafia, que paradójicamente es desordenado, disperso, necesitado de ser reordenado, racionalizado y modificado en la mayoría de los temas, Cfr. FIANDACA, “Lotta a la criminalità organizzata di stampo mafioso nella legislazione penale italiana”, en FORNASARI (ED.), *Le strategie di contrasto alla criminalità organizzata nella prospettiva di diritto comparato*, Padua, Cedam, 2002, pág. 6.

10 Vid. siguiente epígrafe.

11 Que conste que no afirmo “en el sistema penal”, porque para muchos especialistas, este subsistema no pertenece al Derecho Penal, sino al Derecho de policía, Cfr. ZAFFARONI, “El Derecho Penal liberal y sus enemigos”, Magistral del Acto de investidura de Honoris Causa al mismo por la Universidad de Castilla-La Mancha, 2005, pág. 25, para quien, concretamente, es “un discurso de derecho administrativo de coerción”, porque para el autor, “el derecho penal es la programación racional del poder jurídico de contención y reducción del fenómeno político del poder punitivo del estado. Por ende, todo derecho penal que no se proponga contener o reducir este poder cae necesariamente en una concesión al derecho administrativo” (pág. 26).

12 Cabe advertir, que en el sistema penal italiano buena parte de las regulaciones penales modernas se desarrollan en leyes especiales (*Nebenstrafrecht*), lo cual ha facilitado, que las garantías y principios de la Parte General del Código Penal, sean ciertamente abolidos. Vid. sobre estos extremos en DONINI (DIR.), *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*. Atti del Convegno, Módena, 14-15 de diciembre de 2001, Milán, Giuffrè, 2003. En este

13 Cfr. FIANDACA, “Lotta a la criminalità organizzata di stampo mafioso nella legislazione penale italiana”, ob. cit., pág. 3.

Falcone y Paolo Borsellino sucesivamente, causando gran conmoción en la ciudad de Palermo. La respuesta del Estado fue nuevamente un endurecimiento de la ley, y en 1992 se da otra reforma que introduce medidas de tipo procesal como los arrepentidos (*pentiti*) y un sistema protección de testigos. Gracias a estas medidas, más de 1000 mafiosos y gánsteres contaron sus experiencias a las autoridades policiales y se logró desarticular una buena parte de las organizaciones criminales pertenecientes a la Cosa Nostra siciliana y también a la Camorra. Paralelamente, los procesos anticorrupción de Manos Limpias dieron a la luz la intensa relación entre mafia y Estado con la comprobación de la vinculación de Andreotti (siete veces primer ministro), prominente miembro de la Democracia Cristiana, con la mafia. Sin embargo, en la segunda mitad de los años noventa, se da un renacer de la mafia, principalmente porque las campañas anti-mafia se centraron en los aspectos represivos, pero no fueron acompañadas de programas sociales, económicos y culturales de desarrollo del Sur¹⁴.

Es necesario reconocer, entonces, cierta dosis de eficacia con esta estrategia de lucha contra la criminalidad organizada en Italia; pero tampoco se puede sostener que el fenómeno se encuentre controlado realmente¹⁵, puesto que mientras exista desocupación y marginalidad en el Sur, estará el caldo de cultivo de la mafia, proveyendo “trabajo” y protección. Efectivamente, se estima que el cambio de estrategia de la mafia de no confrontación violenta y el haber diversificado sus negocios a sectores no tradicionales (legales), le ha hecho más invisible; pero aún ahora se estima que del 50 al 80% de los tenderos, en los pequeños pueblos tradicionales del sur, tienen que pagar el pizzo, por protección¹⁶. Asimismo, se estima que la 'Ndrangheta calabresa controla la región industrial que rodea Milán y toda la región de Calabria, lugares en los que el 20% del coste de la obra pública corresponde

14 Cfr. PAOLI, “Organised crime in Italy: Mafia and Illegal Markets – Exception and Normality”, en FIJNAUT / PAOLI (Ed.), *Organised crime in Europe. Concepts, Patterns and Control Policies in the European Union and Beyond*, Holanda, Springer, 2004, pág. 291.

15 En 2000, el Director ejecutivo de Naciones Unidas para el control y prevención de drogas, Pino Arlacchi, con ocasión de la Convención Internacional contra la Criminalidad Organizada Transnacional, celebrada en Palermo, afirmó que la Cosa Nostra ha sido derrotada. Cfr. LA SPINA, “The paradox of Effectiveness: Growth, Institutionalisation and Evaluation of Anti-Mafia Policies in Italy”, en FIJNAUT / PAOLI (Ed.), *Organised crime in Europe. Concepts, Patterns and Control Policies in the European Union and Beyond*, Holanda, Springer, 2004, pág. 660.

16 Cfr. LA SPINA, “The paradox of Effectiveness: Growth, Institutionalisation and Evaluation of Anti-Mafia Policies in Italy”, ob. cit., pág. 660.

al pago del pizzo. De lo contrario, los contratistas deben enfrentarse a huelgas, accidentes, incendios, robos y errores técnicos, alargando con ello los plazos y aumentando los costes¹⁷. Tal parece, pues, que la derrota de la Cosa Nostra ha supuesto el auge de la N'drangheta (las paradojas de la efectividad).

Por consiguiente, incluso asumiendo el discurso de la efectividad, no es posible comprobar cuán realmente eficaz ha sido la legislación anti-mafia en Italia; todo depende, claro está, de los objetivos propuestos. Como apunta LA SPINA, “es conveniente distinguir entre derrota o destrucción (cuando el fenómeno social es prácticamente erradicado), crisis (cuando sus prácticas están cerca del colapso, o no está en capacidad de sobrevivir sin alterar radicalmente su estructura), y presión (*stress*, cuando la participación de esa práctica deviene mucho más costosa que lo usual). Es erróneo sostener que la mafia está derrotada. Ni se podría aceptar que está en crisis (porque aún están presentes sus estructuras clásicas). Yo diría que se le ha sometido fuertemente a presión. No sólo los mafiosos, sino incluso las figuras sociales “adyacentes” (especialmente los trabajadores *white collar*) encuentran cada vez más difícil realizar “su trabajo”. Y eso sucede cada vez más como consecuencia de instrumentos “objetivos” de investigación que (en Italia, por supuesto) son relativamente legitimadas. En ese sentido, la política anti-mafia ahora no es completamente efectiva. Pero, como intento mostrar, es evidentemente más efectiva que hace una década, y será presumiblemente más efectiva en el futuro”¹⁸.

Ahora bien, aún asumiendo cierta efectividad de la política penal de emergencia, esto no significa que sea legítima, puesto que la validez de las normas no pueden derivarse de la eficacia¹⁹. La legitimidad, en el Derecho Penal se verifica en relación a los principios y garantías asumidos como bagaje común, que tienen un asidero en los derechos fundamentales plasmados en la Constitución. Ahora me ocuparé del problema de la legitimidad de esta política penal de emergencia.

17 Vid. GONZÁLEZ, “Los reyes del crimen a gran escala”, *El País, Suplemento Domingo*, 20 de noviembre de 2005

18 LA SPINA, “The paradox of Effectiveness: Growth, Institutionalisation and Evaluation of Anti-Mafia Policies in Italy”, ob. cit., pág. 661.

19 Como apunta DEMETRIO, “El ‘Derecho penal del enemigo’ Daf nicht sein; Sobre la legitimidad del llamado “derecho penal del enemigo” y la idea de seguridad”, en *Revista electrónica IUSTEL*, 2005, pág. 32.

El discurso de la emergencia de los años setenta y ochenta se traduce en los noventa y comienzos del siglo XXI como el “Derecho Penal del enemigo”²⁰. Nuevas teorías para viejas respuestas: la absolutización de un mal, al que el Estado debe neutralizar inminentemente, porque es una amenaza a nuestra sociedad²¹. Mucho se está discutiendo en los últimos tiempos sobre este “Derecho Penal del enemigo”, sobre todo, a partir de los atentados del 11S, en que se hizo evidente una forma de criminalidad en la que los autores están fanatizados y su finalidad es de “lucha” contra el modelo occidental de sociedad.

La cuestión de fondo es ¿hasta dónde puede el Derecho Penal infringir sus límites rectores para enfrentar los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes?²² Un sistema de Derecho Penal consuetudinario básicamente con categorías vinculadas a garantías del imputado, a los derechos fundamentales que ellos representan, la Carta Magna del delincuente, con la ratio, por tanto, de limitar el poder punitivo del Estado, difícilmente se aviene con una legislación restrictiva de derechos. El asunto tiene enjundia porque plantea problemas de legitimación de nuestra disciplina, y todo problema de legitimación es, finalmente, una cuestión de rediscusión de las bases en que ella se asienta²³.

20 Que, como es bien sabido, racionaliza el Profesor Günher JAKOBS.

21 Como recuerda ZAFFARONI, “El Derecho Penal liberal y sus enemigos”, ob. cit., pág. 24: “La característica común del autoritarismo de todos los tiempos es la invocación de la necesidad en una emergencia: la herejía, el maligno, el comunismo internacional, la droga, la sífilis, el alcoholismo, el terrorismo, etc”.

22 O, planteado desde la Filosofía del Derecho o desde el Derecho Constitucional, caben hacerse las siguientes preguntas. ¿se debe ser tolerante con los intolerantes? O, ¿cabe aplicar los derechos fundamentales a aquellos que no respetan los derechos fundamentales porque están en contra del sistema constitucional? A la primera pregunta siempre cabe contestar que SÍ en los Estados democráticos, en los que precisamente el valor fundamental es el pluralismo ideológico. Respecto a la segunda pregunta, es un asunto que se ha debatido hace décadas respecto, en general, de la legitimidad del Derecho de excepción. Tanto la respuesta de los constituyentes alemanes, como españoles, fue que NO; pues se reguló constitucionalmente un Derecho de excepción. Dicho marco constitucional ha servido en España para fundamentar las leyes antiterroristas de corte excepcional, muy restrictivas de derechos fundamentales, pero siempre vigiladas por el TC. Así, en STC 199/1987 declaró inconstitucional los arts. 13 y 15.1 de la Ley Antiterrorista de entonces, la cual estipulaba un plazo de incomunicación de 10 días, en cuanto a lo más destacado. Luego en STC 136/1999 declara inconstitucional el art. 174 bis a) del CP anterior, el delito de colaboración con banda armada.

23 Más ampliamente sobre estos problemas de legitimación y, por tanto, de método en el estudio del Derecho Penal Vid. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, “Viejas y nuevas tendencias políticas criminales en las legislaciones penales, en BERDUGO / SANZ MULAS (DIRS.), Derecho penal de la democracia vs. Seguridad pública, Granada, Comares, 2005, págs. 118-121.

Efectivamente, todos los penalistas que concebimos el Derecho Penal como un conocimiento cuyos postulados básicos se encuentran en la Constitución (el Programa Penal de la Constitución), en tanto límites y fundamentación del poder punitivo del Estado²⁴, difícilmente podemos considerar legítima una legislación en la que se desconozcan esos principios. Se considerará, desde estas premisas de racionalidad, un “Derecho Penal” ilegítimo²⁵. En realidad, el Derecho Penal del “enemigo”, racionalizado contra un grupo de no-personas, en una lógica binaria ciudadanos / enemigos, trastoca todos los cimientos de una construcción teórica basada en el Derecho Penal del hecho²⁶.

Desde las premisas del Estado de Derecho debe quedar claro que no es asumible en ningún caso, el tratamiento del delincuente como “enemigo”, puesto que éste sólo adquiere esta condición en caso de guerra²⁷. No sólo porque es ilegítimo al no tener encuadre constitucional tal situación jurídica, sino también porque no resulta político-criminalmente eficaz darle a sujetos el status de enemigo, especialmente en el terrorismo y la criminalidad organizada, toda vez que es reconocerles jurídicamente como combatientes frente al Estado. El tratamiento político-criminal de estas formas de criminalidad asimilándolos –en lo posible- a la criminalidad ordinaria en el Derecho formal²⁸, es la mejor técnica para dar un mensaje al terrorista y a los mafiosos de que el Estado de Derecho responde desde sus principios a estas formas de criminalidad, sin debilitamientos y es capaz de hacerlo sin quebrarse (algo que precisamente es funcional para ambas formas de criminalidad, como se ha estudiado).

24 Vid. más ampliamente BERDUGO / ARROYO / FERRÉ / GARCÍA RIVAS / SERRANO PIEDECAS / TERRADILLOS, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, Ediciones Experiencia, 2004, págs. 43 y ss.

25 Vid. en este sentido DEMETRIO, “El ‘Derecho penal del enemigo’ Darf nicht sein!, ob. cit., pág. 32. Precisamente una de las cuestiones a discutir es si el Derecho Penal del enemigo es Derecho Penal, como de verás enseguida.

26 Cfr. CANCIO MELIÁ, “¿Derecho Penal del enemigo?”, en JAKOBS / CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Tecnos, 2002, pág. 57; DEMETRIO, “El ‘Derecho penal del enemigo’ Daf nicht sein!, ob. cit., pág. 21.

27 Los problemas de la definición actual de la guerra también plantea ahora ciertas zonas grises, con la agresión externa de grupos terroristas, o “las nuevas guerras”, Cfr. KALDOR, *La nuevas guerras*, La violencia organizada en la era global, Barcelona, Tusquets, 2001, *passim*.

28 Ahora bien, reconozco que puede y debe plantearse un tratamiento extraordinario en el ámbito procesal y penitenciario, más cercano a las particularidades del caso concreto, como luego se fundamentará.

La política criminal y penal en el Derecho Comparado y en el Derecho de la UE contra la criminalidad organizada ha sido hasta ahora de emergencia, asimilable a un Derecho Penal del enemigo. Es decir, éste no es un planteamiento sólo teórico, sino que está vigente en la realidad de las legislaciones penales. En este punto, la discusión se enlaza con el problema de la modernización del Derecho Penal, también en debate últimamente. Frente a las nuevas formas de criminalidad ¿El legislador puede responder con el viejo y bueno Derecho Penal? ¿Es posible dar una respuesta satisfactoria a la criminalidad organizada con el Derecho Penal iluminista? El adelantamiento de la intervención, la utilización de técnicas de peligro, la punibilidad de actos preparatorias, todas son técnicas que ya se conocen en la criminalización de la criminalidad organizada, con los delitos de tipo asociativo. Es decir, el debate actual de la modernización del Derecho Penal se adelantó al siglo XIX cuando se tipificaron los delitos de asociación para delinquir y similares.

Por eso, más que centrar la política penal de la criminalidad organizada en el Derecho Penal del enemigo, a todas luces ilegítima²⁹, debe ajustarse a la problemática de la modernización del Derecho Penal. Se trata, a mi entender, de encuadrar la respuesta penal del Estado en la discusión sobre la flexibilización de las categorías, a los efectos de dar una respuesta idónea frente a las nuevas formas de criminalidad. Se dirá, entonces, que las organizaciones criminales siempre han existido, pero ahora estas organizaciones delictivas han adquirido una nueva dimensión con la globalización: transnacionalidad, estructuras flexibles, complejidad, alianzas con otras formas de criminalidad, etc. Desde el paradigma de la prevención de los nuevos riesgos (el Derecho Penal del riesgo), parece haberse alcanzado más consenso últimamente en cuanto a la necesidad de su modernización³⁰; pero este paradigma es más propio para entender la cri-

29 Como ha puesto de manifiesto MUÑOZ CONDE, *El Derecho Penal del enemigo*, México D.F., INACIPE, 2003, pág. 31: “El Derecho Penal del enemigo’ tiene, por tanto, dos cuestiones básicas que responder...: ¿Quién define al enemigo y cómo se le define? ¿A qué tipo de sujetos autores de delito se incluye en el grupo del ciudadano o en el de los enemigos? La otra está relacionada con el marco de referencia: ¿Es compatible con el Estado de Derecho y con el reconocimiento a todos, sin excepciones, de los derechos humanos fundamentales? ¿Es compatible con el principio de que todos somos iguales ante la ley? A mi juicio Jakobs no contesta satisfactoriamente a ninguna de las dos cuestiones”

30 Cfr. CORCOY BIDASOLO, “Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de los riesgos”, en MIR PUIG / CORCOY BIDASOLO, *La Política Criminal en Europa*, Barcelona, Atelier, 2004, págs. 26-31, quien desde el reconocimiento de los bienes jurídicos supraindividuales

minalidad económica³¹, aunque no se descarta para la criminalidad organizada cuando ésta utiliza las nuevas tecnologías.

2.2 EL MODELO GARANTISTA

Dentro del ámbito académico, la aproximación a la legislación excepcional contra la criminalidad organizada ha sido mayoritariamente *crítica* por la abolición de principios que ella supone, fundamentalmente, adelantamiento de la intervención, medios extraordinarios de investigación, formas de comiso de las ganancias obtenidas, pérdida de beneficios penitenciarios y cumplimiento íntegro de las penas. Desde un “Derecho Penal mínimo”, ideal, de corte iluminista, se ha cuestionado la política legislativa penal por contravenir principios fundamentales del Estado de Derecho. La obra de FERRAJOLI, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*³², es el trabajo de Filosofía del Derecho más monumental, para comprender esta línea de aproximación; ahora bien, en el ámbito propiamente penal, el trabajo de MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*³³, también es de indudable referencia.

Los críticos de la legislación de emergencia, ponen en evidencia que el legislador ha optado, en la confrontación subyacente de intereses entre defensa social y garantías, claramente por sacrificar éstas últimas; con un coste jurídico altísimo para los principios del Estado

autónomos, sostiene “la cuestión de la legitimidad de la intervención penal debe estar sujeta a constante revisión de todas las figuras delictivas” (pág. 31).

31 Concretamente para este ámbito, la modernización de las categorías es una exigencia del reconocimiento de la importancia de los bienes jurídicos en juego Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, “Reflexiones sobre la expansión del Derecho Penal en Europa con especial referencia al ámbito económico: la teoría del ‘big crunch’ y la selección de bienes jurídico-penales”, en MIR PUIG / CORCOY BIDASOLO, *La Política Criminal en Europa*, Barcelona, Atelier, 2004, pág. 98: “me permito insistir en la idea de que los delitos económicos de mayor gravedad deben permanecer en la esfera del Derecho penal nuclear y ser conminados con pena privativa de libertad” Aunque luego agrega: “Eso sí, en ese caso dichos delitos habrán de quedar sometidos, por supuesto, a idénticas reglas de imputación y a las mismos principios de garantía que informan los restantes delitos incardinados en el Derecho Penal nuclear, desestimando toda solución flexibilizadora o relativizadora de tales reglas o principios”. En la misma línea de modernización de las categorías del Derecho Penal en el ámbito económico, está mi trabajo, *Bases para un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Pamplona, Aranzadi, 2009, 3ª ed., *passim*.

32 Trad. Andrés Ibáñez, Ruiz Miguel, Bayón Mohino, Terradillos Basoco y Cantarero Bandrés (del original de 1989), Prólogo de Bobbio, Madrid, Ed. Trotta, 1995.

33 Prólogo de A. Baratta, Nápoles, ESI, 1995.

de Derecho y con el riesgo de un efecto propagación a otras áreas del Derecho. Además, se incide en que la legislación de emergencia sólo tendría efecto simbólico, en la medida que no logra ser totalmente efectiva en la prevención del fenómeno. Así pues, incluso dentro del plano de la efectividad, la legislación de emergencia no cumple sus objetivos³⁴. Como sostiene STORTONI: “la respuesta sólo normativa, es una respuesta que exorciza el problema, que sirve para removerlo de nuestra conciencia; en realidad se trata de satisfacer emotivamente las ansias colectivas de justicia olvidando que para resolver los problemas de la delincuencia organizada no puede bastar la norma, sino requiere un real compromiso social”³⁵.

En la misma línea, MOCCIA recuerda que el fenómeno que nos ocupa tiene una dimensión amplia y raíces profundas, que exigen, para su control eficaz, soluciones articuladas y de amplio espectro. Incluso, si el control de los hechos connotados de dañosidad social tienen como *extrema ratio* el derecho penal, más que legitimarse por satisfacer garantías propias del Estado social de Derecho, debe también verificar exigencias de control, en cuanto el derecho penal interviene sólo en la fase aguda del conflicto y no puede ciertamente influir, sino marginalmente, sobre las causas que dan vida al conflicto. La capacidad de intervención, en el ámbito de la criminalidad organizada, un fenómeno tan complejo, es verdaderamente residual³⁶.

De interés es la perspectiva de análisis crítico del tratamiento del problema de la criminalidad organizada como una cuestión de orden público, relativa a minorías de autores organizados o de “familias”, hecho por CAVALIERE. Según este autor, el modelo “conspirativo” de los Estados Unidos para la criminalidad organizada, en particular mafiosa, como “ordenamiento” contrapuesto al legítimo, puede ser funcional a una negación del ligamen de tales organizaciones con el contexto social, como si se tratase de grupos de individuos “libres de valores” y constituirían un cuerpo extraño a solventar con

34 Vid. específicamente, STORTONI, “Criminalità organizzata ed emergenza: il problema delle garanzie” y CAVALIERE, “Effettività e criminalità organizzata”, ambos en MOCCIA (DIR.), *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. Tra efficienza e garanzia*, Nápoles, ESI, 1999.

35 STORTONI, “Criminalità organizzata ed emergenza: il problema delle garanzie”, ob. cit., pág. 131.

36 MOCCIA, “Prospettive non ‘emergenziali’ di controllo dei fatti criminalità organizzata. Aspetti dommatici e di politica criminale”, en MOCCIA (DIR.), *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. Tra efficienza e garanzia*, Nápoles, ESI, 1999, pág. 153.

medios “militares”. Así, “la consideración de la criminalidad organizada como estructura pseudoinstitucional separada del tejido social podría ser, en otros términos, instrumental a la negación o relativización de la necesidad de intervenciones estructurales, sociales, económicas, culturales, al lado de la respuesta punitiva”³⁷. Es decir, la consideración de la criminalidad organizada como “enemigo” a batir, no sólo justificaría la respuesta punitiva extrema, sino también, de paso, serviría para hacer funcional una Política Criminal que no tiene en cuenta ningún componente social en la verificación del fenómeno; precisamente, una visión del control social que viene de Estados Unidos, en la que la responsabilidad social está totalmente ausente y, en la que la criminalidad es más bien expresión, de “fracasos” individuales de vida³⁸.

Ciertamente, la consideración de la criminalidad organizada como un “enemigo” a batir no resiste ningún análisis, desde el plano de la racionalidad valorativa de los principios constitucionales³⁹, e, incluso, desde el plano de la racionalidad pragmática, de la efectividad. La huida hacia el Derecho Penal, más aún en un fenómeno social como la criminalidad organizada, es una carta de viaje para no resolver los problemas de fondo, y volver con “el eterno retorno” de la pena. La utilización de la pena como *prima ratio*, olvida los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, y que, en esta forma de criminalidad, necesariamente ha de programarse una serie de medios de control para prevenir los comportamientos previos y/o adyacentes; además, de medidas sociales, culturales, económicas, etc. Además, la gran criminalidad organizada, aquella que se pone enfrente del Estado, como la mafia siciliana o los cárteles colombianos, precisamente busca deslegi-

37 CAVALIERE, “Effettività e criminalità organizzata”, ob. cit., pág. 303.

38 Cfr. Sobre los alcances de estas nuevas líneas de Política Criminal y sus críticas Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 06-03, 2004, disponible en <<http://www.criminet.ugr.es>>, págs. 8 y ss.; BRANDARIZ, “Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas”, en FARALDO / BRANDARIZ, *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*, Valencia, Tirant lo blanch, 2004, págs. 16 y ss.; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, “Viejas y nuevas tendencias políticocriminales en las legislaciones penales”, págs. 125-129.

39 También crítica en nuestro medio con las últimas reformas que endurecen la penalización de las organizaciones criminales: FARALDO, “Un derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, en FARALDO / BRANDARIZ, *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*, Valencia, Tirant lo blanch, 2004, págs. 299 y ss.

timar al Estado, algo que logra cuando éste realiza respuestas por fuera de la legitimidad del Estado de Derecho.

Ahora bien, considero que la aproximación a la política penal de la criminalidad organizada desde el garantismo tampoco es la correcta. Como ha puesto de manifiesto en nuestro medio DÍEZ RIPOLLÉS, el garantismo no nos da las claves para interpretar los recientes cambios político-criminales, porque éstos obedecen a una nueva forma de configurar y modelar el control social penal⁴⁰. La cultura ha cambiado mucho en los últimos tiempos y, dentro de esos cambios, quizás el más importante para nosotros es la recuperación simbólica del control penal, como el único poder configurador de conductas, en un mundo laico y multicultural⁴¹. El garantismo, se ha mantenido en el mundo de los ideales, y en el terreno de la crítica, sin plantear alternativas de solución viables. Además, como se ha puesto de relieve líneas arriba, la determinación de la línea de política penal contra la criminalidad organizada debe encuadrarse en la discusión de la modernización del Derecho Penal, esto es, de la adaptación de las categorías a las nuevas formas de criminalidad de la sociedad moderna⁴².

Últimamente DONINI viene insistiendo en el reto que el presente lanza a la ciencia penal, el de mantener algunas de las promesas siempre renovadas y nunca cumplidas del Derecho Penal moderno: si verdaderamente el Derecho Penal está orientado a objetivos y mira las consecuencias reales de la intervención punitiva, el proyecto legislativo necesita compararse con el *saber empírico*⁴³. El saber de los principios, el del sistema de Derecho Penal (saber normativo), ha de dejar de ser idealista y autopoyético, en el que median solo valores y deducciones, para convertirse en un saber controlable,

40 DÍEZ RIPOLLÉS, "El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana", ob. cit., págs. 3 y 25. En la línea también de la autocrítica, aunque no tan crítico con el garantismo Cfr. QUINTERO OLIVARES, *Hacia dónde va el Derecho Penal*, Madrid, Civitas, 2004, pág. 16.

41 Vid. más ampliamente ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, "Viejas y nuevas tendencias políticocriminales en las legislaciones penales", ob. cit., págs. 104-107: ¿Nueva sociedad y nuevo Derecho Penal? Éste resulta un tema importante: el poder configurador de los medios con la simbología de la pena. Un asunto que escapa al control de los especialistas, pero que está allí, en la realidad.

42 En el Cap. anterior he abundado en el análisis de la criminalidad organizada como un fenómeno que ha dado un salto cualitativo con la globalización: transnacionalización, complejidad, flexibilidad, uso de nuevas tecnologías, etc.

43 DONINI, "Escenarios del Derecho Penal en Europa a principios del siglo XXI", en MIR PUIG / CORCOY BIDASOLO, *La Política Criminal en Europa*, Barcelona, Atelier, 2004, pág. 53.

accesible, verificable empíricamente, en términos de cumplimiento de los objetivos propuestos, de efectividad⁴⁴. Una de esas promesas incumplidas es precisamente la de la prevención de la criminalidad⁴⁵, especialmente, económica y organizada, ciertamente olvidadas en la agenda de las políticas criminales⁴⁶.

Y es que la cuestión enlaza con la necesidad de dar respuestas idóneas ante problemas de gran envergadura como son las nuevas formas de criminalidad en la que intervienen organizaciones criminales, empresas legales, empresas “fantasmas”, financiación de organizaciones terroristas, profesionales que colaboran con organizaciones criminales, etc. Esto es, necesariamente estamos ante el gran debate de los últimos tiempos entre modernización del Derecho Penal o mantenimiento de unas categorías que no son capaces de satisfacer las necesidades sociales de prevención de dichas conductas. En este debate, la aproximación a partir de un Derecho Penal ideal inexistente, cual promesa nunca

44 Vid. ampliamente DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, ob.cit., págs. 281 y ss.

45 En la misma línea de alejamiento entre teoría y praxis Vid. HASSEMER, *Persona, mundo y responsabilidad*. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, págs. 22-23: “Quizás los teóricos muy comprometidos con la teoría de la pena no han tomado muy en serio (si es que no lo han pensado ya con anterioridad) que sus observaciones sobre el sentido y fin de la pena sí que tienen trascendencia al momento de aplicar la pena en la praxis. Posiblemente estas ideas han sido un poco esotéricas, alejadas radicalmente de la mediocre realidad de nuestro mundo o quizás se ha intentado aplicarlas de forma inflexible y se han mantenido lo suficientemente apartadas de experiencias anteriores en la aplicación de las penas y de las consideraciones formuladas por las ciencias de la experiencia. El batallón compuesto por la retribución y la prevención, por los clásicos y los modernos se encuentra en el cielo de los conceptos jurídico penal y ocasionalmente unos y otros ganan algunas batallas, pero en el mismo nivel, mientras que abajo, en el mundo terrenal, se ejecuta todo tipo de penas sin que se les conceda la oportunidad de echar una miradita al cielo. Las teorías del sentido de la pena son a menudo una clara justificación para el distanciamiento entre teoría y praxis”.

46 Hoy como ayer los estereotipos de criminalidad se centran en la llamada “criminalidad de las clases bajas” o de la marginalidad. Las políticas criminales se orientan hacia la represión de aquellas conductas que vulneran la propiedad, la vida, aquello que produce “inseguridad ciudadana”, para los que se pide tolerancia cero; mientras que la “criminalidad de las clases altas”, tímidamente es realmente reprimida. Hay una suerte de selectividad penal claramente identificable por aquellos que pueblan las cárceles en todos los países, del primer, segundo o tercer mundo. Vid. la focalización de nuestra Política Criminal en la criminalidad callejera en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, “Viejas y nuevas tendencias políticocriminales en las legislaciones penales”, ob. cit., pág. 109, y págs. 114-115: “La asociación entre más o menos pena privativa de libertad con la criminalidad callejera o clásica y con la seguridad ciudadana, ha quedado patente en el ideario colectivo”. Como pone de relieve NEUMAN, Los que viven del delito y los otros, Bogotá, Temis, 2005, 3ª ed, pág. 2-3: “En este traspaso del capitalismo industrial al financiero, los de abajo, los que carecen de oportunidades, los que han caído por la borda del contrato social, han dejado de interesar, entre otras cosas, porque no consumen... Poseen denominadores comunes: son gente de “abajo”, humildes, en el límite crítico del hambre y la exclusión, que han tomado por desesperación el atajo de las adicciones o de la delincuencia, ante la miseria.. Han vivido atezados por el desempleo. nunca fueron hombres libres”.

cumplida, pocas respuestas puede ofrecer⁴⁷. Como aprecia DONINI, un escenario completamente diverso se nos presenta con la consolidación de un Derecho Penal “moderno” (en realidad sucesivo a la segunda guerra mundial y “contemporáneo”), que corresponde al pasaje del Estado liberal al Estado social, en tanto que interviene regularmente en la economía, y, por consiguiente, en la actividad de los poderes públicos mucho más empeñada en la disciplina económico-social, que corresponde a fines de organización, prevención y tutela anticipada⁴⁸. Pero reconocer una función preventiva, teleológica, orientada a objetivos de la utilización de la pena no significa que esta función carezca de límites. Los límites constitucionales del uso preventivo del Derecho Penal están en la selección de la gravedad del ilícito y la garantía de los principios de proporcionalidad y ofensividad, una selección de *necesariedad de la tutela* y garantía del principio de subsidiariedad, que interesa en la construcción del ilícito y su selección sancionadora⁴⁹. La necesidad de la tutela de bienes jurídicos y la selección sancionadora respecto a los comportamientos que realiza la criminalidad organizada, han de ser valorados no desde un Derecho Penal mínimo, sino desde el principio de proporcionalidad y subsidiariedad.

Asimismo, una de las funciones de la Política Criminal debe ser la de evaluar las leyes penales⁵⁰, valorando positivamente aquellas opciones que efectivamente han logrado prevenir determinados comportamientos de carácter delictivo. Ello concuerda también con el acercamiento de la teoría del Derecho Penal a la praxis, antes demandado. En esa línea de análisis no puede desconocerse ciertas evidencias empíricas en materia de prevención de la criminalidad organizada. Como se ha expuesto líneas arriba, debe reconocerse que las leyes anti-mafia han supuesto un duro revés para el desarrollo de las actividades mafiosas⁵¹, por lo menos se le ha puesto más difícil la rea-

47 La ciencia penal no puede ofrecer sólo la crítica negativa. Detrás de la crítica al Derecho Penal moderno, hay un núcleo de filosofía retributiva implícita, disimulada bajo un garantismo liberal: la existencia de un Derecho Penal “eterno” que se justifica en sí mismo, sin necesidad de recurrir a consideraciones teleológicas Cfr. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà, Milán, Giuffrè, 2004, págs. 134-135.

48 DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, ob. cit., págs. 104-105.

49 DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, ob. cit., pág. 132.

50 Cfr. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Política Criminal, Madrid, Colex, 2001, págs. 174-176.

51 Cfr. LA SPINA, “The paradox of Effectiveness: Growth, Institutionalization and Evaluation of Anti-Mafia Policies in Italy”, ob. cit., pág. 660.

lización de sus “negocios” al mafioso y sus allegados⁵². También han reconocido la eficacia de las leyes anti-mafia profesores de Derecho Penal no precisamente sospechosos de expansionistas. Así, el Profesor de la Universidad de Palermo, FIANDACA, evoca “la brillante carrera del art. 416 bis c.p. en el ámbito de la praxis judicial: el tipo de asociación mafiosa –por reconocimiento unánime de los magistrados- ha funcionado y continúa funcionando como un instrumento bastante eficaz y dúctil de represión de las organizaciones criminales”⁵³. En la misma dirección, pero yendo más allá de la simple prevención de la mafia, el Profesor de Florencia, PALAZZO, aprecia: “desde el punto de vista de la evolución histórica del Derecho Penal, cabe destacar que la lucha contra la mafia ha producido consecuencias importantes. De un lado, se constata un cambio de los objetivos mismos del Derecho Penal: del simple reconocimiento de la responsabilidad individual por hechos específicos bien determinados y circunscritos, a la utilización de los instrumentos penales para combatir y reducir auténticas plagas sociales, fenómenos difusos, manifestaciones socioculturales más que criminales. De otro lado, el gran empeño de la magistratura, el tributo de sangre pagado y los indudables éxitos obtenidos han aumentado el prestigio, la estima social del poder judicial, sobre todo respecto de una clase política a menudo próxima a la mafia o cómplice de ella. Y esto ha devenido en causa de alteración de los tradicionales equilibrios institucionales entre los distintos poderes del Estado”⁵⁴.

2.3 UNA TERCERA VÍA: LA POLÍTICA PENAL COMO *ULTIMA RATIO*.

Como afirma FIANDACA, es posible asumir ante el fenómeno mafioso, una aproximación que no sea ni la del “enemigo” ni la que se realiza desde el garantismo, sino más bien, una suerte de tercera vía, más

52 Partiendo de una concepción de *prevención situacional*: el delito busca el espacio adecuado, el momento oportuno, la víctima propicia; se trata de una intervención específicamente dirigida a neutralizar aquellas situaciones de riesgo (oportunidades), que ofrecen mayor atractivo al infractor. Cfr. GARCÍA PABLOS, *Criminología*, Una introducción a sus fundamentos teóricos, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, 5ªed., págs. 533 y ss.

53 FIANDACA, “Lotta a la criminalità organizzata di stampo mafioso nella legislazione penale italiana”, ob. cit., pág. 4.

54 PALAZZO, “La Mafia hoy: evolución criminológica y legislativa”, en FERRÉ / ANARTE (Dir.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Univ. de Huelva / Fundación El Monte, 1999, pág. 175.

crítico-dialéctica, en la que “se observe las novedades de la legislación de emergencia con mayor conciencia político-criminal, que tenga en cuenta las características criminológicas de la criminalidad organizada”⁵⁵. Se trata, según entiendo, de rescatar de la legislación de emergencia los aspectos que han resultado eficaces rodeándolos de las garantías necesarias para que no desborden los derechos fundamentales. La lucha en Italia contra la mafia, con las leyes de emergencia, ha comprobado dos cuestiones: primero, que el rigor es conveniente en los casos de grave dañosidad social de la criminalidad organizada; y, segundo, que la ley penal no basta para hacer frente a un fenómeno social tan complejo, con raigambres profundas. En efecto, las leyes penales han conseguido controlar un fenómeno social, que para muchos era un *moyen de vivre*, aislándolo y enviando el mensaje a la población de que quien forma parte de la mafia y colabora con ella, le caerá el peso de la ley. Ahora bien, eso debía ser acompañado de medidas sociales, económicas, culturales, que reforzaran ese mensaje y que dieran salidas a los ejércitos de reservas, hombres jóvenes, desocupados, sin posibilidades de futuro. En realidad, la prevención para que sea lo más eficaz posible debe cerrar todo el círculo de la prevención primaria, secundaria y terciaria.

Un primer punto de partida en una propuesta de Política Criminal que sea efectiva y, a la vez, respetuosa de los principios fundamentales del Estado democrático de Derecho es el respeto al *principio de subsidiariedad*: sólo los casos graves, en los que estén lesionados o puestos en peligro bienes jurídicos importantes cabe plantear la respuesta penal. Antes bien, debe diseñarse un Programa integral de Política Criminal que coordine los diversos aspectos de prevención primaria necesarios para afrontar el fenómeno social. El partir de un Programa de Política Criminal sirve para situar la sanción penal sólo como último recurso, reforzando previamente los mecanismos de prevención *ante-delictum*, como son los educativos, culturales, económicos, políticos, etc. Especial referencia deben tener los controles previos de los fraudes fiscales, financiación ilegal de partidos políticos, ventas irregulares, concesión de proyectos urbanísticos, constitución de sociedades “fantasmas”, control de cambios, etc., que es donde debe incidirse en la intervención⁵⁶; ámbito

55 FIANDACA, “Lotta a la criminalità organizzata di stampo mafioso nella legislazione penale italiana”, ob. cit., pág. 3.

56 No escapa al análisis que los controles previos pueden contravenir las leyes de libre mercado, y pueden significar molestias para los usuarios, pero la sociedad debe valorar si es preferible más controles

que requiere una amplia regulación (Vid. supra). El ámbito previo, de controles administrativos también refuerza el mensaje a la ciudadanía de que esas transacciones o movimientos de capitales, deben hacerse por cauces regulares, por lo que, de lo contrario, puede favorecerse a la criminalidad organizada o al terrorismo.

En el ámbito propiamente penal, la cuestión más acuciante es que la concepción de criminalidad organizada abarca una serie de comportamientos sociales y no todos son delictivos, en tanto que resulta una abstracción mayor de fenómenos criminales tradicionales (como tráfico de drogas, blanqueo de dinero, tráfico de personas, etc.), formas de comisión de delitos clásicos (homicidios, secuestros, extorsión, etc.), delitos socioeconómicos (fraude fiscal, tráfico de influencias, abuso de posición privilegiada, etc.), comportamientos socialmente admitidos (balances creativos, asesoramiento profesional, etc.), etc. Seleccionar qué conductas son de tal gravedad que por su ofensividad requieren de la amenaza de la pena (injusto), con qué criterios imputamos responsabilidad penal (culpabilidad) y qué consecuencias jurídicas conlleva (penalidad), son las tres preguntas clave a responder. Detrás de esas cuestiones laten posicionamientos sobre la concepción del injusto y de los fines de la pena, que intentaremos explicitar. Un punto de partida en la política penal es la clara opción por el *principio de proporcionalidad*: respeto a la dimensión social de la gravedad de las conductas en juego, valorada en función de los bienes jurídicos protegidos⁵⁷, o la *dañosidad social de los comportamientos que se pretenden*

previos o más criminalización. En una política criminal orientada a la prevención de conductas de un sector de la sociedad, el de los excluidos del sistema social, parece que es más conveniente mayor criminalización, en la medida que son "los otros". Pero esto, además de suponer un trato desigual hacia los ciudadanos, entre consumidores y no consumidores, supondría una intolerable sobreutilización de la pena impropia de un Estado de Derecho. Porque es en realidad, en el ámbito del Derecho administrativo sancionador donde se realiza verdaderamente la prevención en un el Estado social. Siguiendo a DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, ob. cit., pág. 132: el derecho penal de la prevención es visto en lo sustancial como un derecho administrativo, y en la forma como un derecho penal sólo justificable si se revela la insuficiencia de las sanciones extrapenales".

57 Se toma en consideración que el concepto de bien jurídico está siendo cuestionado en los últimos tiempos por su incapacidad para cumplir con las funciones propuestas (interpretativa, crítica, sistemática). Ello es cierto en el plano del "ser", dada la avalancha de nuevas tipificaciones de la legislación moderna. Pero consideramos que no puede soslayarse un punto de partida tan objetivo como puede ser *la dimensión social de la gravedad de los comportamientos que se intentan prevenir*; que esa dimensión sea tratada con el concepto de bien jurídico, dañosidad social, merecimiento o necesidad de pena, es un asunto de matiz teórico, que no puede dividir a la doctrina, ante un esfuerzo común de encontrar derroteros ciertos. En efecto, la dirección teleológico-valorativa que se ha impuesto en nuestra disciplina exige la búsqueda de asideros firmes que obliguen a superar el relativismo que existe

prevenir. Ahora bien, debe quedar claro que estamos ante una pluralidad de comportamientos muy disímiles y de distinta lesividad social; ello nos llevará necesariamente a la diferenciación. El trasfondo de estas preguntas claves está en dimensionar *la lesividad social de la criminalidad organizada* y, en concreto de los diversos comportamientos que pudieran tener relevancia penal. En efecto, nos encontramos ante un fenómeno tan amplio y poliédrico que las generalizaciones, tanto criminológicas como de las tipificaciones penales, dificultan captar los matices de la realidad.

La afirmación de RADBRUCH, de que cada época está llamada a reescribir su propia ciencia del derecho, se torna eminentemente actual respecto al tratamiento penal de la criminalidad organizada. Tanto la realidad criminológica, como la aprehensión de ella por la norma penal poseen una dimensión distinta a la llamada criminalidad común⁵⁸, fundamentalmente porque las coordenadas de racionalidad penal se han construido desde la responsabilidad individual⁵⁹ y, en estos casos, estamos ante comportamientos de organizaciones. Por eso, más que partir de la teoría del delito, ni de la legislación penal, ha de partirse de los *problemas*⁶⁰, en el sentido de determinar qué comportamientos deben estar penalmente prohibidos, de manera que entren en la ratio de las tipificaciones penales y cómo han de ser construidas éstas. Esta metodología de análisis se hace especialmente válida en el caso en que nos encontramos, en que

detrás de una decisión normativa. Como sostiene TORÍO, “Racionalidad y relatividad en las teorías jurídicas del delito”, en AA. VV. *Estudios de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, UNED, 1989, T. II., pág. 425: “las proposiciones y el sistema de la teoría del delito son unidades dialécticas constituidas por planos diversos: seguridad jurídica, protección de bienes jurídicos y orientación a valores”.

58 Nótese que “criminalidad común” se usa en oposición a cualquier tipo de criminalidad especial (terrorista, socioeconómica, etc.). En el texto se usa como expresión de los delitos clásicos (Derecho Penal clásico): homicidios, robos, violaciones, etc.

59 Sobre este hecho llama la atención en nuestro medio QUINTERO OLIVARES, “La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita”, en FERRÉ / ANARTE (Dir.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Univ. de Huelva / Fundación El Monte, 1999, pág. 178: “Frente a la criminalidad del gran grupo el derecho penal no ha tenido por lo común una especial manifestación, tal vez porque tampoco la podía tener. Desde un planteamiento del delito y de la responsabilidad como algo a la conducta del individuo aislado, tan sólo se han formulado algunas figuras legales orientadas a comprender la agrupación de personas en la comisión organizada de delitos”. Vid. más ampliamente supra.

60 Como sostiene HRUSCHKA, la ciencia del derecho trata de *problemas*, a los que proporciona en cada momento histórico respuestas abiertas. Cfr. TORÍO, “Racionalidad y relatividad de las teorías jurídicas del delito”, en AA. VV., *Estudios de Derecho Penal y Criminología*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1989, T. II, pág. 302

no existe una tipificación penal propiamente para la criminalidad organizada en la legislación española⁶¹. La necesidad de un “lenguaje común” para hacer frente a la criminalidad organizada en su dimensión transnacional nos impulsa a buscar una “lengua franca”, que no puede ser otra que la de “los problemas comunes”.

Siendo la respuesta penal una *dimensión teleológica*, orientada a determinados fines a través de la pena, deben quedar claros los objetivos propuestos con la ley penal, que no son demasiado ambiciosos en cuanto se enfrenta a un fenómeno criminal de amplia raigambre social. En esta determinación se debe partir de que el Derecho Penal es un medio incapaz para solucionar problemas⁶², no cabe plantear una prevención primaria, pues no atiende a las causas del fenómeno criminal, actúa tarde, cuando el conflicto ya se ha presentado y, por tanto, sus objetivos preventivos son limitados. Pero sí debe reconocerse la *capacidad disuasoria* de la ley penal, con algunas condiciones:

1) Las teorías de la prevención a través de la norma penal (prevención secundaria) diferencian su incidencia según el tipo de autor. En la criminalidad organizada, se dan diversos tipos de autor porque los comportamientos son transversales a todas las formas de criminalidad conocidas: de cuello blanco, profesional, económica, callejera, terrorista, y la del propiamente mafioso (el jefe de la organización criminal y/o el que utiliza la violencia), los favorecedores del delito, etc. De todos modos, el modelo que mejor puede explicar estos comportamientos es la denominada *prevención situacional*⁶³, en la

61 Pues, el delito de asociación ilícita respondió a unas coordenadas políticocriminales de tinte eminentemente político, donde las asociaciones secretas, paralelas al Estado tenían una connotación conspirativa. Vid. GARCÍA-PABLOS, Asociaciones ilícitas, ob. cit., págs. Vid. en sentido similar QUINTERO OLIVARES, “La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita”, ob. cit., pág. 178: “Lo cierto es que la ‘criminalidad organizada’ no encuentra especial reflejo en el derecho positivo”.

62 PRITTWITZ, “El Derecho Penal: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿ultima ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho Penal”, en AA. VV., *La insostenible situación del Derecho Penal*, Madrid, Comares, 2000, págs. 427 y ss.

63 Cfr. GARCÍA-PABLOS, Criminología, ob. cit., págs 532 y ss. Partiendo de la base de que el crimen es un comportamiento altamente selectivo, que busca el lugar oportuno, el tiempo idóneo, la víctima propicia, puesto que se trata de una opción racional del infractor en la que mide costo-beneficio (pág. 537), la oportunidad es el concepto clave en el que se debe incidir. COHEN y FELSON han construido la teoría de la oportunidad, según la cual el crimen se produce cuando convergen en el tiempo y en el espacio tres elementos: la presencia de un delincuente motivado para delinquir, un objetivo alcanzable y la ausencia de un guardián capaz de prevenir su comisión (pág. 538). Observando la fenomenología de actuación de la criminalidad organizada, que busca paraísos legales o fiscales para actuar, rastrea

medida que se trata de un “negocio ilícito” que se mueve a partir de quienes valoran costo-beneficio.

2) La ley penal no puede servir para “derrotar” un fenómeno social, como la criminalidad organizada, porque precisamente al serlo, tiene raíces en la sociedad que no pueden ser erradicadas con un instrumento tan tosco como la pena. Debemos conformarnos con impedirle desarrollarse, ponérselo difícil al infractor, presionarle con el cumplimiento de la ley para que no pueda llevar a cabo sus actividades delictivas. El programa integral de Política Criminal será el encargado de incidir en los aspectos sociales y extrapenales, como dijimos, de primer orden en la prevención de este fenómeno⁶⁴

3) Cuando los sujetos que intervienen miden costes y beneficios de su actuación, como sucede cuando se lucra con bienes o servicios prohibidos, en que precisamente se intenta invertir lo menos posible y conseguir el mayor beneficio posible, cuando se trata de profesionales del delito⁶⁵, es decir, personas que viven de la actividad delictuosa, como sucede con buena parte de los sujetos que intervienen en la criminalidad organizada, no se puede desdeñar el uso de la pena como actividad racional. Ahora bien, hay también en la criminalidad

mercados en los que pueda introducir sus mercancías prohibidas, parece que este modelo de prevención es el que mejor se adapta a la misma. Se puede sostener que el factor oportunidad tiene una incidencia importante en el desarrollo de las actividades de la criminalidad organizada.

64 Es cierto que la prevención situacional, obstaculiza, aplaza o desplaza la comisión del delito, pero no lo evita, GARCÍA-PABLOS, *Criminología*, ob. cit., págs 548; pero lo único que puede evitar realmente es remover las causas que lo favorecen y, ello no se logra con la pena, sino con un Programa integral de Política Criminal.

65 Quien se ha ocupado de este tema es SUTHERLAND, *Ladrones profesionales*, Ed. y trad. J Varela y F. Álvarez-Uría, Madrid, La Piqueta, 1988, según el propio autor: “Este libro trata fundamentalmente de la profesión de ladrón. El protagonista es un profesional en la materia que he ejercido el oficio durante más de veinte años... El ladrón, se refiere a hechos ocurridos en el período que va desde 1905 a 1925.” (pág. 31). Claro está que este trabajo se refiere a hechos acaecidos hace más de 100 años, pero seguramente ahora, aquellos que “viven del delito” se habrán sofisticada más; muchos y se habrán convertido en delinquentes de “cuello blanco”. Cfr. NEUMAN, *Los que viven del delito y los otros*, ob. cit., págs. 5-6: “Hay una tipología humana de delinquentes que viven ‘del’ y ‘por’ el delito. Viven muy bien. Son exitosos en la vida... A simple vista se advierte que son francamente simpáticos, usan la misma marca de perfume y corbatas que algunos jueces, mandan a estudiar a sus hijos en los mismos colegios que los fiscales, se ven peinados como abogados, son amigos o vivieron bajo el ala de algún militar o legislador. En sus opulentas mansiones ‘dan comidas, tanto en la ciudad como en la costa y, por lo general, se irritan cuando hablan del robo del equipo de sonido del automóvil, de su mujer o de sus hijos, ... Mas que delinquentes, son financieras que, para vaciar un banco, primero lo fundan.” Aunque este es un tema olvidado en la agenda del Derecho Penal, seguramente porque encaja mal en el Derecho Penal del hecho, no puede negarse que hay sujetos que “viven del delito”: sobre esto me extenderé más adelante.

organizada un “ejército de reserva” para actuar en su beneficio, que no se mueve totalmente por una ponderación racional, pues de alguna manera son peones de un negocio ilícito ya iniciados por otros: la delincuencia callejera ligada a la criminalidad organizada, los pequeños comerciantes de drogas, los vinculados social o familiarmente a la criminalidad organizada, los jóvenes desocupados a los que ésta contrata, etc., poseen menos libertad para diseñar su actuación, en tanto no tienen capacidad de conducción del negocio ilícito, pero tienen la libertad de participar en el mismo o colaborar con él.

4) De las numerosas técnicas de prevención situacional idóneas para la criminalidad organizada cabe citar: a) respecto a aquellas que incrementan el *esfuerzo o dificultad* de cometer el delito, el control de los facilitadores u objetos que se usan para la comisión del delito; b) respecto a aquellas que persiguen incrementar *el riesgo* en la percepción del infractor potencial, pueden ser los controles policiales en lugares donde se sabe se expende droga o ingresa la droga; c) respecto a reducir las ganancias o recompensas del delito, el Derecho Comparado conoce el comiso de las ganancias ilícitamente obtenidas y, en general, todas las medidas que dificultan el blanqueo de dinero.

5) El “coste” no sólo debe medirse por el rigor de la sanción (que en los casos graves, de aquellos que dirigen las organizaciones criminales debe ser pena privativa de libertad⁶⁶), sino y, sobre todo, por la certeza y prontitud de su aplicación. Es esto lo que más incide en la disuasión de la comisión del delito y, esto se logra fundamentalmente con un aparato policial eficaz (en términos técnicos y pronta intervención) y unos jueces que apliquen unas leyes claras, seguras y firmes. La inseguridad jurídica de técnicas legislativas abiertas, procesos largos y engorrosos, son verdaderas propuestas contra-motivadoras para la disuasión.

6) La criminalidad organizada no puede combatirse como una opción anti-sistema, como un “enemigo”, pues es funcional al sistema de producción vigente en el que el lucro, la riqueza, la competencia salvaje son las señas de identidad. No hay que olvidar que se trata de un fenómeno prosistémico, que parasita, profita todas las estructuras legales existentes⁶⁷. Si se controla alguna forma de criminalidad

66 Porque es lo único que puede intimidar a los dirigentes de organizaciones criminales. Las penas pecuniarias son fácilmente asumibles por la gran cantidad de dinero mal habido que manejan.

67 Cfr. GÓMEZ-CÉSPEDES, “Los retos de la criminología de cara a la delincuencia organizada”, en MACEDO DE LA CONCHA (COORD.), *Delincuencia organizada*, México D. F., INACIPE,

organizada, seguramente aparecerá otra, pues siempre habrá quienes busquen donde lucrar ilícitamente. Lo importante es no dejar que avance socialmente y logre un poder cuasi-estatal, como ha sucedido en Italia⁶⁸ y en Colombia, corrompiendo todas las estructuras sociales, porque en esos casos sí emerge como un interlocutor que debilita las instituciones democráticas del Estado.

Un aspecto clave en la eficacia es la coordinación de los esfuerzos. Lo contrario, la compartimentalización del sistema penal, en que cada segmento atiende a su propia misión y se desatiende de los restantes⁶⁹, debe cuestionarse. Todos los segmentos son relevantes, si se desatiende uno, es por ese agujero donde se aprovecha la criminalidad organizada para parasitar las estructuras legales.

Hay datos que revelan un avance de la criminalidad organizada en España y Europa, especialmente en lo referente a diversificación de las actividades criminales, flexibilidad de las estructuras y cooperación entre ellas (más que confrontación), además de aprovechar cada vez más la estructuras empresariales para cometer delitos⁷⁰; todo ello es expresión de un proceso de complejización y parasitación de las estructuras legales. Es decir, no se ha contenido el fenómeno sino más bien va in crescendo y contaminando las esferas legales de actuación. Esto no puede menos que servir de reflexión a todos los ámbitos encargados de diseñar políticas públicas de prevención: desde la academia, hasta los políticos, pasando por los operadores judiciales y policiales, nacionales y europeos.

2004, pág. 79: “La criminología a nivel mundial ha destacado la importancia de observar la delincuencia organizada como parte esencial de la sociedad y concebirla como aquello que los consumidores no pueden conseguir a través de medios legítimos. En este sentido debemos entender que la delincuencia organizada es la respuesta a un mercado, y no la creación del mismo, como originalmente se pensaba”.

68 Ha de reconocerse que en Italia la complicidad mafia-Estado y las raíces culturales que mantiene en algunas regiones, hace de la mafia un verdadero “stato nel stato”. Ello explica que en ese país se presente como un Derecho Penal de “lucha” (de contraste). Además, una “lucha” encabezada por el sector judicial, incluso en contra de los políticos corruptos. De ahí que hayan sido funcionales los tipos abiertos como los delitos asociativos para romper la coalición mafia-Estado: Pero esta ecuación no tiene que salir siempre bien, pues dependería de la validez de los magistrados para aplicar la ley. En un Estado de Derecho es la ley, la que debe establecer los límites de la intervención penal.

69 Vid. ZAFFARONI, “El Derecho Penal liberal y sus enemigos”, ob. cit., pág. 35, desde un discurso crítico (de garantías).

70 EUROPOL, *Informe sobre Delincuencia Organizada en Europa*, 2004, Bélgica, disponible en <https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/publications/es_euorganisedcrimesitrep04-es.pdf>, pág. 7.

Lo que la experiencia italiana enseña es que, la política penal de rigurosidad en la aplicación de las sanciones, tanto privativas de libertad como confiscación de los bienes a los grandes *cappi* de la mafia, ha tenido efectos disuasivos, algo que los especialistas han valorado positivamente. También se aprende en dicha observación, que, si en una sociedad se deja extender las redes de la criminalidad organizada, ésta tiene un poder corruptor inmenso y poco a poco socaba las estructuras legales, tanto económicas, como políticas, como ha pasado en regiones de Italia y Colombia, concretamente. Una vez que el fenómeno se ha extendido por la sociedad y se ha mimetizado con la cultura y se convierte en un “contrapoder” es mucho más difícil erradicarla.

Como advierte DONINI, lo preocupante es que en nombre de las “garantías” de un Derecho Penal “fuerte” y clásico, se proyecte una Política Criminal fuerte con el débil y débil con el fuerte⁷¹. No cabe plantear una mínima intervención penal ante una forma de criminalidad tan dañina para la sociedad como lo es la criminalidad organizada. Las propuestas de “adaptabilidad” de las categorías en función de la fenomenología de cada criminalidad fundamentada por la ofensividad de sus conductas, es también una clara apuesta por el principio de proporcionalidad: tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. En ese sentido, me adscribo a las posturas de la *diferenciación en la intervención penal en función de la dañosidad social*⁷² de los comportamientos⁷³.

71 DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, ob. cit., pág. 137.

72 La *dañosidad social*, en tanto es deber del Estado la protección social de los ciudadanos; o la *función de protección de bienes jurídicos*, en un Derecho Penal orientado a fines, es el fundamento más objetivo (ontológico) para anclar su funcionalidad. Se trata de la legitimación del Derecho Penal en un Estado social y democrático de Derecho, en cuanto éste adopta necesariamente “la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes”, tal como dispone el art. 10.1 de la Constitución. Cfr. BERDUGO / ARROYO / FERRÉ, GARCÍA RIVAS / SERRANO PIEDECAS / TERRADILLOS, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pág. 7. A pesar de los embates que viene sufriendo este concepto en la doctrina, pues no tendría ningún rendimiento (JAKOBS), no habría servido para contener la expansión actual del Derecho Penal, o no ha cumplido con su función crítica y limitadora del ius puniendi legislativo (Cfr. HIRSCH, “Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico”, en AA. VV., *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, Madrid, UNED, 2001, págs. 371 y ss.), lo cierto es que sigue siendo para la mayoría de autores una base de fundamentación del injusto penal, sobre todo porque es un concepto comunicacional entre el derecho penal y la política criminal. Cfr. FERNÁNDEZ, *Bien jurídico y sistema del delito*, Buenos Aires, B de F, 2004, pág. 9.

73 En esta línea, desde planteamientos materialistas, según la tipología de los autores Vid. GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica*

Se trataría no de una “relativización” ni “flexibilización” de los principios, sino más bien de “adaptabilidad” de las categorías a las circunstancias criminológicas de la fenomenología de esta especial forma de criminalidad en la que se estructura una organización estable y permanente para delinquir. Es decir, teniendo como base que la construcción sistemática del Derecho Penal se ha desarrollado desde un injusto y responsabilidad individuales, ha de plantearse un necesario replanteamiento de dichas categorías en función a la complejidad que supone diversos planos de injustos intervinientes: a saber, el de la organización propiamente establecida para delinquir (no apreciable aún en el Derecho Penal existente), el de los miembros de la organización que realizan delitos, y los colaboradores de la organización criminal. Sin dejar de tener en cuenta, que en la realidad criminológica existe colaboración entre organizaciones criminales, algo difícilmente aprehensible con las categorías del Derecho Penal. Claro está que en este *mundo de las organizaciones criminales* no todo puede ser delito, y, como se ha dicho, lo relevante será determinar que comportamientos deben considerarse injusto penal y cómo tipificarlos; pero para ello hay que partir de la dañosidad social. Se trata, por tanto, no de superación de las categorías, sino de idoneidad de las mismas a esta nueva forma de criminalidad caracterizada por la realización de delitos a través de organizaciones estables y dedicadas a la comisión de los mismos.

Tampoco la criminalidad organizada puede ser tratada como “enemigo”, ni como un problema “de emergencia”, porque no es un fenómeno distinto a lo que somos, es decir, es un producto social de nuestro sistema –incluso en algunas sociedades, expresión de su propia cultura–; ni siquiera es antisistémico (como el terrorismo), sino más bien, se aprovecha de todas las estructuras sociales existentes. Desde el momento en que la criminalidad organizada se camufla en las estructuras legales del sistema social, no es posible sostener un enfrentamiento contra el Derecho, se trata más bien, de una parasitación de sus estructuras legales⁷⁴. La dialéctica entre defensa social y principios

del discurso de resistencia, Valencia, Tirant lo blanch, 2003, págs.161 y ss, quien fundamenta la criminalización de comportamientos hasta ahora desprovistos de injusto penal, como son los delitos perpetrados por las clases poderosas.

⁷⁴ En contra SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal*, Madrid, Civitas, 1999, pág. 165, para quien la vinculación del sujeto a una organización criminal constituye “una negación frontal de los

constitucionales, entre garantías y eficacia, entre prevención y retribución, entre derechos del imputado y derechos fundamentales de todos los ciudadanos, debe saldarse con la verificación de la dañosidad social del fenómeno, planteando medidas que sean verificadas según las consecuencias reales preventivas⁷⁵, en los términos antes señalados. No neutralización ni inocuización, sino respuestas sociales para los “ejércitos de reservas” y disociación para los dirigentes de organizaciones, dificultándoles la realización de su negocio ilícito. Ni más ni menos. Para ello hay que partir por dimensionar la dañosidad social de la criminalidad organizada, en sus justos términos.

3. LA MAYOR DAÑOSIDAD DE LA CO

3.1. LA REALIDAD DE LA DAÑOSIDAD SOCIAL DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA: LA PELIGROSIDAD CRIMINAL.

Se ha sostenido que el punto de partida para una política penal sobre la criminalidad organizada es dimensionar la dañosidad social de este fenómeno criminal. Como toda valoración, es preciso explicitar los presupuestos y los criterios que se utilizan para hacerla. Como ya hemos advertido, el método para abordar con eficiencia los problemas jurídicos y plantear soluciones *justas*, no puede ser otro que explicitar los presupuestos y las valoraciones que se consideran racionales frente a una toma de postura valorativa⁷⁶. Ahora bien, desde el punto de vista jurídico-penal no se trata sólo de una valoración social⁷⁷, sino jurídi-

principios políticos o socio-económicos básicos de nuestro modelo de convivencia”.

75 Cfr. DONINI, “‘Fatto’ e ‘autore’ nel diritto penale contemporaneo. Dialogo immaginario tra Giacomo Delitala e Franz von Liszt redivivi”, en prensa, pág. 12 (paginación provisional del autor): “La ciencia jurídica que sólo se ocupa del deber ser no tiene en cuenta esa información”.

76 Sobre esta fundamentación me he extendido en el Marco teórico. No obstante, Cfr. ZACCARIA, *Razón jurídica e interpretación*, trabajos compilados por Ana Messuti, Madrid, Civitas, 2004, pág. 27: “...las teorías hermenéuticas reconocen e incluyen como factor constitutivo de su propio discurso teórico la importancia e influencia de los elementos valorativos en el procedimiento de valoración del derecho. Su punto fundamental consiste precisamente en reconstruir el procedimiento a través del cual el intérprete llega a la decisión considerada justa, para fundamentar de tal modo, racionalmente, el ámbito práctico de la decisión justa. En cuanto punto de vista que se interroga sobre los presupuestos propios y sobre los de los diferentes objetos de conocimiento, el enfoque hermenéutico es perfectamente capaz no sólo de iluminar la complejidad, tanto fenomenológica como conceptual, del dato jurídico, sino también criticar toda visión dogmática y preconstituida del mismo”.

77 Que ya se ha hecho en la primera parte del trabajo de investigación.

ca. Esto es, se tratará de interpretar la dimensión social del fenómeno con las herramientas conceptuales del Derecho Penal, a fin de poder plantear propuestas en este ámbito jurídico. Se hará, entonces, una valoración de la dañosidad social desde un punto de vista penal o, mejor dicho, con las categorías del Derecho Penal, pues así servirá de enlace con la propuesta de regulación penal.

La criminalidad organizada ha sido tratada político-criminalmente con mayor severidad que la *criminalidad común*⁷⁸, esto es, con regulaciones de emergencia o Derecho Penal del enemigo, porque se considera que ostenta mayor *peligrosidad* para la sociedad, en definitiva, *mayor capacidad para lesionar bienes jurídicos*. Valoración que se hace en referencia a la criminalidad cometida por un individuo o un grupo de individuos. Y, es que lo primero que debe quedar claro es que la *mayor* peligrosidad de la criminalidad organizada está en referencia a los delitos cometidos por personas individuales, porque las categorías penales tienen como base de valoración a la persona individual. Veamos cuáles son los argumentos que se manejan para aducir ese *plus* de peligrosidad de las organizaciones criminales respecto a la criminalidad común de individuos.

- 1) Una primera cuestión, previa al asunto concreto de la criminalidad organizada, es determinar el contenido de *peligrosidad criminal* que ha de darse. Cabe evocar que se trata de un concepto problemático porque es un *juicio de pronóstico* acerca de la probabilidad o relevante posibilidad de que el sujeto va a delinquir en el futuro. Como se sabe, la dimensión conceptual del concepto de peligrosidad criminal puede variar según qué se entienda por la misma. Desde las concepciones más humanistas y de progreso de sus albores, hasta los programas de “solución final” de los totalitarismos se han sustentado en base a la concepción de peligrosidad. Llegar a una concepción de peligrosidad criminal, por oposición a la peligrosidad social, como propia de un Estado de Derecho ha sido un paso que no deja exento de ambigüedades a su contenido. Hoy

⁷⁸ La noción de *criminalidad común* que se está usando en el texto es en referencia a la criminalidad individual. Pues también se suele usar en referencia a la criminalidad terrorista o a la criminalidad política. Digamos que el término criminalidad común puede tener distintos significados según los términos de referencia o la clasificación de delitos que se haga. Esto expresa claramente cómo la criminalidad común normalmente se concibe desde el paradigma de delitos clásicos, cometidos por persona individual, que es, a grandes rasgos el paradigma general de toda la teoría del delito.

en día las políticas criminales neoliberales de tolerancia cero sobre ciertos sectores criminales, especialmente la criminalidad callejera y el terrorismo, plantean también soluciones inocuizadoras, a partir de la identificación de sujetos o grupos peligrosos⁷⁹. La dogmática del peligro por oposición a la dogmática del daño que se ha desarrollado con las técnicas de adelantamiento de la intervención, propias de un Derecho Penal del riesgo, es otra muestra que la noción de peligrosidad es un concepto jurídico indeterminado, que debe ser concretado con requisitos y presupuestos para su hermenéutica⁸⁰. Cabe, pues, fundamentar la llamada *peligrosidad objetiva ex ante* en todo caso, para comprobar su legitimidad. En el caso de las organizaciones criminales, que se consideran núcleo de la criminalidad organizada, la peligrosidad estaría dada por *la existencia de una estructura preparada para delinquir*. Se trataría, por tanto, de la peligrosidad de una organización (materialmente una estructura) creada por las personas para realizar delitos graves. La gravedad de los delitos es un juicio de valor que llena de contenido a la peligrosidad de la organización⁸¹. Cabe señalar que en el Derecho Comparado mayoritariamente no se exige que la organización haya delinquido previamente para configurar el delito de asociación criminal⁸², por tanto, es un juicio ex ante, más cercano a la conspiración o a los actos preparatorios⁸³, basado en

79 Cfr. MIRANDA RODRÍGUEZ, "Política criminal- Novos desafios, velhos rumos", en AA. VV., *Liber Discipulorum*, Jorge de Figueiredo, Coimbra Editora, 2003, pág. 218.

80 Cfr. sobre los conceptos jurídicos indeterminados en Derecho Penal, concretamente, sobre "los tipos de sospecha", Vid. GÓMEZ BENÍTEZ, *El ejercicio legítimo del cargo (Discrecionalidad administrativa y error en Derecho Penal)*, Madrid, Universidad Complutense, 1980, págs. 122 y ss.

81 Más adelante se desarrollará la fundamentación sobre este extremo que ya adelanto sustancial para la valoración del juicio abstracto de peligrosidad de la organización criminal.

82 Ya sea que la constitución de una asociación criminal se castigue como una tentativa (caso de países como Bélgica o Irán), o se castigue la pertenencia a asociaciones criminales porque son peligrosas en sí mismas (la mayoría de países, como Austria, Italia, Grecia, Suiza, Taiwan), las legislaciones penales centran el injusto en la existencia de un aparato organizado para delinquir, al margen de los delitos concretos que se cometan. Cfr. los datos sobre estas legislaciones en WEIGEND, "Los sistemas penales frente al reto del crimen organizado", RIDP, 1997, Vol. 68, pág. 558.

83 Todavía no tomo partido acerca de la naturaleza jurídico-penal de estas figuras, si son delitos de adelantamiento de la intervención o autónomos. Sólo intento poner de relieve que, en todo caso, desde el prisma de la lesión de los delitos finales, los delitos de asociaciones criminales son materialmente técnicas de adelantamiento de la intervención penal. Como apunta SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, "La función político-criminal del delito de asociación para delinquir: desde el derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado", en ARROYO ZAPATERO / BERDUGO (COORDS.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: "in memoriam"*, Cuenca, Ediciones Universidad Castilla-La Mancha; Universidad de Salamanca, 2001, Vol. 2, pág. 671-672: "Se castigan conductas que a lo sumo

la existencia de la propia organización criminal, más allá de los miembros integrantes. Es un juicio de peligrosidad *inmediato* sobre la organización para delinquir, aunque mediato, sobre las personas que lo conforman⁸⁴. En el Derecho Penal la peligrosidad criminal se valora tradicionalmente dentro de la inimputabilidad, con respuestas especiales como son las medidas de seguridad. Con ello se busca medidas de aseguramiento, de neutralización, con las que no habría un elemento dialógico con el autor⁸⁵. No es, claro está, con esta concepción clásica de peligrosidad criminal diseñada para los comportamientos individuales que ha de valorarse toda la criminalidad organizada, pero no escapa al análisis que la base determinista, la imposibilidad de diálogo con la norma penal es común para algunos grupos de delincuentes de la criminalidad organizada, como son los delincuentes profesionales⁸⁶.

- 2) El elemento diferencial de esta forma de criminalidad está, entonces, en la existencia de una organización que tiene por finalidad obtener lucro ilícito (mediante la comisión de delitos). La existencia de un aparato preparado para delinquir facilita la comisión de los delitos, en la medida que proporciona a los individuos medios materiales y personales para llevarlos a cabo, asesoramiento técnico, programa, ayuda, colaboradores, etc. Además, visto el delito desde la perspectiva de la víctima, también facilita la comisión del delito en la medida que disminuyen las posibilidades de defenderse o de poder evitar un perjuicio⁸⁷. En cierta manera, el delito cometido bajo la cobertura de una organización criminal tiene un componente alevoso.
- 3) La existencia de una estructura delictiva produce una sinergia entre los miembros de la organización criminal en aras de conseguir

podríamos calificar de preparatorias de futuros delitos...”

84 Debe distinguirse el plano de la agrupación criminal, del plano de los miembros intervinientes; dos planos que suelen confundirse en la práctica y ante la imposibilidad del Derecho Penal de aprehender el plano de la organización. Como indica LAMPE, “Injusto del sistema y Sistemas de injusto”, en del mismo, *La dogmática jurídico-penal entre el ontologismo social y el funcionalismo*, ed. y trad. de C. Gómez-Jara, G. Orce y M. Polaino-Orts, Lima, Grijley, 2003, págs. 98-100, la dogmática penal y la criminología hasta ahora se han centrado en el injusto del individuo y no en el injusto del sistema.

85 Cfr. DONINI, “Il diritto penale di fronte al ‘nemico’”, en prensa, pág. 7, que hace énfasis en este aspecto no-dialógico de la norma penal, con los sujetos peligrosos.

86 Sobre este extremo me extenderé más adelante.

87 Cfr. WEIGEND, “Los sistemas penales frente al reto del crimen organizado”, ob. cit., pág. 557.

el fin común delictivo, pudiendo realizarse no sólo los delitos programados, sino también otros delitos no programados⁸⁸. En efecto, la sinergia que se produce en la organización criminal, entendida en el sentido literal de “acción de dos o más causas cuyo efecto es superior a la suma de los efectos individuales”⁸⁹, conduce en el ámbito criminal a una realidad de violencia sostenida (comisión de delitos), mayor que la programada por la propia organización⁹⁰.

- 4) El hecho de que la organización criminal constituya una estructura para la comisión de delitos, aunado a la sinergia de las relaciones entre sus miembros, explica la mayor capacidad para la futura comisión de delitos respecto a un delito cometido por un sujeto individual. Así, como apunta SILVA SÁNCHEZ, “La organización, por tanto, cumple 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 intervinientes en un hecho delictivo concreto”⁹¹.
- 5) La institucionalización de una organización dedicada a la comisión de delitos, esto es la existencia de una estructura independiente de sus miembros y con vocación de autoconservación (principio de ultraestabilidad), conlleva la *permanencia y estabilidad* de la misma más allá de las personas que la conforman. El núcleo de la organización lo constituye la *estructura permanente* dirigida a la comisión de delitos. Este elemento es diferencial también con respecto a la criminalidad de grupo, o la coautoría⁹², y demuestra

88 Como apunta LAMPE, “Injusto del sistema y sistemas de injusto”, ob. cit., pág. 101: “‘pequeñas’ causas pueden tener ‘grandes’ efectos y conducir, en consecuencia, a una ‘mayor’ responsabilidad por el hecho”.

89 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, Espasa Calpe, 1992, 21ª ed., Vol. II, pág. 1882.

90 Póngase como ejemplo los delitos para encubrir errores, reprimir delaciones o salidas del grupo, comprar impunidad, ganar cuotas de mercado, etc.

91 SILVA SÁNCHEZ, “¿‘Pertinencia’ o ‘intervención’? del delito de ‘pertenencia a una organización criminal’ a la figura de ‘participación a través de organización’ en el delito”, ob. cit., pág. 1086

92 Para LAMPE, “Injusto del sistema y sistemas de injusto”, ob. cit., págs. 104 y ss., la coautoría también sería un sistema de injusto, aunque simple, en la medida que también hay una organización hacia un fin común; mientras que la organización criminal es un sistema de injusto constituido, independiente de sus partes. La jurisprudencia y la doctrina españolas también han subrayado los elementos estabilidad y permanencia de la asociación ilícita como diferenciales respecto a la coautoría. Cfr. GONZÁLEZ RUS / PALMA HERRERA, “Trattamento penale della criminalità organizzata nel diritto penale spagnolo”, en FORNASARI (Ed.), *Le strategie di contrasto alla criminalità organizzata nella prospettiva di diritto comparato*, Padua, Cedam, 2002, pág. 102: “la doctrina ha sostenido que

la peligrosidad de la propia organización criminal, al margen de la peligrosidad de sus miembros.

- 6) La organización criminal realiza delitos en diferentes escalas: el fin último que es la realización del negocio criminal, los delitos cometidos como medio para la consecución del fin anterior (uso de la violencia constitutiva de delito) y, por último, delitos vinculados a reciclar las ganancias ilícitamente obtenidas⁹³. También podrían añadirse los delitos vinculados a facilitar la comisión de los anteriores, destacando entre ellos la corrupción política, policial y judicial.
- 7) La suma de fuerzas, la planificación y división del trabajo dan lugar a una mayor efectividad en la realización del fin de la organización: el lucro ilícito (mediante la comisión de delitos). El proceso de colectivización de las actividades criminales conlleva la complejización de las organizaciones criminales, lo cual crea especializaciones, profesionalización de sus miembros y la expansión de las actividades criminales⁹⁴. La profesionalización de la actividad criminal que se produce en las organizaciones criminales es un componente de peligrosidad aún no suficientemente valorado por el Derecho Penal.
- 8) La psicología social comprueba que los factores de inhibición del comportamiento individual se reducen cuando el sujeto actúa arropado por una organización. Dentro de las organizaciones se produce una “dinámica de grupo” que influencia y determina el comportamiento individual⁹⁵, de manera que existe un condicionamiento del comportamiento propio a través del comportamiento del otro. Ello hace que en la criminalidad de organizaciones se cometan delitos que

no puede definirse como organización criminal, la asociación ni permanente ni transitoria, ni el grupo de personas que persiguen cometer un único delito o bajo el cual sólo se produce crímenes aislados o esporádicos”. Ahora bien, ya se verá cómo en la legislación española se produce una quiebra del principio de permanencia como sustancial en la organización criminal, cuando se tipifican figuras de agravantes específicas de organizaciones criminales ocasionales.

93 Algo que pone de relieve SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Criminalidad organizada, Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Madrid, Dickynson, 2005, págs. 65-68.

94 Cfr. MAPELLI / GONZÁLEZ / AGUADO (COORDS.), *Estudios sobre delincuencia organizada, Medios, instrumentos y estrategias de investigación policial*, Sevilla, Mercabrum, 2001, pág. 83, donde los estudios de campo policiales muestran que el nivel organizativo de los grupos, dado por el número de miembros y el ámbito territorial de actuación, demuestran el nivel de peligrosidad del grupo.

95 Vid. JÄGER, *Makrokriminalität*, Studien zur Kriminologie Kollektiver Gewalt, Franckfut, Suhrkamp, 1989, págs. 151 y ss.

en solitario no se realizaría (la solidaridad de grupo)⁹⁶.

- 9) El comportamiento criminal de los sujetos al interior de los grupos no sólo se potencia entre unos y otros, sino también se diluye en lo que respecta a su verificación material. Esto hace que la responsabilidad por el resultado igualmente se diluya en la medida que los miembros no se consideran totalmente causantes del mismo, y, en caso de sí considerarse, el amparo de la organización hace difícil la comprobación de esta responsabilidad. Ello explica los problemas de prueba que existen para determinar la responsabilidad individual de delitos cometidos por organizaciones criminales, lo cual, a su vez, facilita su comisión.
- 10) Para actuar la criminalidad organizada requiere de alianzas con otras formas de criminalidad organizada, como la corrupción política, la criminalidad económica y el terrorismo, produciéndose una sinergia entre todas ellas que desemboca en la *economía criminal*, pudiendo llegar a socavar las estructuras legales de la sociedad y el Estado. La capacidad corruptora de la criminalidad organizada se entiende por el cúmulo de beneficios obtenidos ilícitamente, preparados para ser blanqueados en el mercado lícito. Se produce así, una *red criminal* que potencia la sinergia entre organizaciones criminales, fruto del cual es el espectacular desarrollo de los últimos tiempos.
- 11) Históricamente se ha valorado el secretismo de las organizaciones criminales como un elemento que conlleva mayor peligrosidad⁹⁷. Ahora bien, en un Estado pluralista el secretismo, por sí mismo, no puede ser valorado negativamente, en tanto forma parte del derecho a la autonomía del individuo. Aunque se reconoce que el secretismo dificulta las actividades investigadoras de los operadores jurídicos, este elemento no puede ser considerado como un *plus* de peligrosidad, sino en todo caso, como una mayor dificultad de persecución penal que facilita la comisión de delitos.

96 Cfr. LAMPE, "Injusto del sistema y sistemas de injusto", ob. cit., pág. 108.

97 El CP de 1848 dedicaba dos secciones a los delitos asociaciones ilícitas: la primera, a las "sociedades secretas"; y la segunda a "las demás asociaciones ilícitas". Cfr. GARCÍA-PABLOS, *Asociaciones ilícitas en el Código penal*, Barcelona, Bosch, 1977., pág. 25. Durante el franquismo la represión de la Masonería, como sociedad secreta y, por tanto, de tinte conspirativa fue fuertemente reprimida.

- 12) El uso de la violencia por parte de la criminalidad organizada, lo que hemos denominado “método mafioso”, es un factor añadido a las formas de criminalidad común, toda vez que ya de por sí constituye delito y se convierte en un método, una forma de actuar, que agrava la comisión de delitos comunes. Incluso, la violencia puede concebirse como una forma de actuar consustancial a la criminalidad organizada⁹⁸. Por eso, la criminalidad organizada se caracteriza por la manera de actuar a través de organización y de manera violenta.
- 13) El carácter transnacional que adquiere algunas formas de criminalidad organizada plantea también un plus de peligrosidad, toda vez que al superar las barreras nacionales las organizaciones criminales se benefician de la difícil coordinación para su investigación y persecución, siempre en búsqueda de paraísos legales. El principio de territorialidad de la ley penal es un claro escollo para perseguir a la criminalidad organizada transnacional, lo cual plantea la necesidad de armonización de leyes penales y de cooperación internacional.

Como se ha puesto de manifiesto líneas arriba, el principio de proporcionalidad implica el principio de igualdad: tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. En ese sentido, debe subrayarse que efectivamente nos encontramos ante una forma de criminalidad con mayor peligrosidad criminal que la criminalidad común. Si estamos ante una forma de criminalidad especialmente dañina, por los argumentos arriba dados, se puede y se debe plantear respuestas penales más graves que las diseñadas para la criminalidad común. No obstante, no pueden realizarse generalizaciones que precisamente contradigan ese principio de proporcionalidad. En el fenómeno criminal criminalidad organizada existen una constelación de comportamientos criminales que no pueden ser tratados de la misma manera, porque denotan distintos grados de responsabilidad penal y lesividad de la conducta. Desde el punto de vista criminológico se ha distinguido la gran criminalidad organizada, aquella que se contrapone al Estado, generalmente de carácter transnacional, prestando servicios y bienes a los ciudadanos en una región o un sector, la cual tiene un potencial dañino muy gran-

98 En el Capítulo anterior he fundamentado el elemento violencia como consustancial a la criminalidad organizada; además, porque es la única forma de diferenciarla de la criminalidad económica cuando aquélla interviene en el mundo legal.

de para el Estado de Derecho, de la criminalidad organizada común. Es decir, no toda forma de criminalidad organizada es un peligro para la seguridad del Estado, ni para la paz social⁹⁹. Entonces, en cuanto a lesividad social, y por tanto, mayor peligrosidad, debe diferenciarse aquella criminalidad organizada con gran complejidad y capacidad organizativo, de las organizaciones criminales comunes¹⁰⁰.

3.2 EL TRASVASE DE LA CONCEPCIÓN CRIMINOLÓGICA A LA LEGISLACIÓN PENAL

En realidad, la concepción de criminalidad organizada es de tipo sociológica o criminológica y su trasvase a la legislación penal plantea serias dificultades porque las herramientas conceptuales del Derecho Penal no pueden descifrar todos los códigos que la realidad fenomenológica de la misma posee. Prueba de ello es que hasta ahora no existe un concepto jurídico-penal de criminalidad organizada que haya encontrado consenso en las legislaciones o en la doctrina¹⁰¹. Las dificultades estriban en consideraciones de orden metodológico que han sido objeto de controversia durante todo el desarrollo histórico del Derecho Penal: cómo conocer un fenómeno social con el método jurídico-penal. En otros términos, cómo pasar del hecho social al hecho jurídico, del “ser” al “deber ser”, de las proposiciones descriptivas a las proposiciones prescriptivas. Las dificultades metodológicas se acrecientan cuando ha de hacerse frente a comportamientos criminales que poseen una dimensión de fenómeno social, que para muchas personas constituye su modo de vivir, como sucede con la criminalidad organizada. El Derecho Penal se enfrenta ante al desafío de aprehender un fenómeno social con unas herramientas conceptuales propias de un comportamiento individual, en el que, seguramente, los fines, los principios y las categorías que conocemos, no son idóneos para prevenir la constelación de comportamientos criminales que subyacen en esa dimensión social.

99 Por ejemplo, un paquetero que vende droga al menudeo puede pertenecer a una organización criminal que le provee de la misma, pero no puede valorarse como una conducta que ponga en peligro el Estado.

100 Sobre el tratamiento jurídico-penal de estas diferencias Vid. más ampliamente infra El injusto de organización criminal.

101 Sobre esto llama la atención en nuestro medio, SUÁREZ GONZÁLEZ, “Organización delictiva, comisión concertada u organizada”, en Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Madrid, Civitas, 2005., pág. 1773: “El Derecho Comparado tampoco aporta luz al respecto. Ni el ordenamiento jurídico-penal alemán ni el italiano contienen una definición de lo que ha de entenderse por “crimen organizado” y los intentos de definición de la doctrina no descienden al nivel de concreción deseado”.

Expresivas en este sentido resultan las palabras de WEIGEND: “La lucha contra el conceptualmente escurridizo fenómeno del crimen organizado puede provocar en el sistema de justicia penal transformaciones desconocidas en la historia del derecho penal. De la misma manera que el crimen cometido como negocio por grupos y organizaciones antisociales y amorfas de distingue de manera radical del paradigma tradicional del crimen como aberración aislada en la vida del individuo, el sistema penal del futuro puede acabar siendo un mundo aparte respecto del que hoy conocemos...Puede que en un mundo que debe hacer frente a una poderosa economía criminal subterránea que amenaza infiltrar no sólo la economía legal, sino también los centros del poder político, el derecho penal se convierta en algo disfuncional y haya que sustituirlo por un sistema nuevo basado en un conjunto de principios...”¹⁰².

Sobre la problemática general de responder idóneamente ante la criminalidad organizada con la construcción teórica del injusto y la responsabilidad penales estructurados a partir de un comportamiento individual ya me he extendido líneas arriba¹⁰³. En este epígrafe intentaré articular posibles respuestas a las dificultades señaladas, toda vez que la dañosidad social y la peligrosidad criminal que poseen los comportamientos criminales que discurren en el mundo de la criminalidad organizada necesariamente implican una respuesta del Derecho Penal. Es decir, un primer punto de partida es la reafirmación de la utilización del instrumento penal para hacer frente a tan graves comportamientos criminales¹⁰⁴; claro está, con las técnicas y medidas penales más apropiadas para prevenir dicha criminalidad, conjugando eficiencia y garantías. La cuestión es establecer cómo y, concretamente, qué conductas pueden ser consideradas injustos penales y a quiénes (y en qué grado) ha de exigirse responsabilidad penal por sus comportamientos. Además, ha de valorarse cómo y, concretamente, con qué técnica legislativa se da respuesta a *plus* de peligrosidad de la criminalidad organizada respecto de la criminalidad común.

102 WEIGEND, “Los sistemas penales frente al reto del crimen organizado”, ob. cit., pág. 547

103 Vid. supra epígrafe 1.1.3.

104 Aunque no existen autores que hayan planteado expresamente el retraimiento del Derecho Penal para la criminalidad organizada, sí puede encontrarse posturas críticas con las propuestas criminalizadoras de algunas figuras penales que, aunque discutibles, son relevantes en la criminalidad organizada, como por ejemplo, el delito de blanqueo de capitales imprudente del art. 301.3 CP que castiga la infracción de cuidado, entiéndase de los operadores financieros. Cfr. COBO DEL ROSAL, “El extravagante delito del blanqueo de capitales”, Diario La Razón, 5 de septiembre de 2005.

Ello conlleva, en segundo lugar, dificultades interpretativas sobre la naturaleza de estos delitos (de lesión o de peligro, abstracto o concreto), por consiguiente, sobre los presupuestos de aplicación, principalmente sobre los problemas más álgidos como son el momento consumativo, la responsabilidad de los miembros de la organización y la de los colaboradores externos, los concursos con los delitos-fin, etc.¹⁰⁵ La interpretación penal se tiñe de incertidumbres en la medida que los diferentes intérpretes, siguiendo la teoría penal que se tenga, pueden llegar a resultados diversos, con clara merma de la seguridad jurídica. Urge, pues, una búsqueda de criterios de interpretación unívocos en esta materia.

4. CONCLUSIONES: LA NECESIDAD DE UN PROGRAMA INTEGRAL CONTRA LA CO O LA LEGITIMIDAD DE UNA RESPUESTA IDÓNEA

El equipo de trabajo finalmente llegó a una gran conclusión: sin duda nos enfrentamos a un “enemigo” muy poderoso como son las organizaciones criminales transnacionales, que poseen grandes cantidades de dinero para comprar personas y corromper instituciones y empresas, pero los avances de los últimos tiempos, en especial en técnicas más depuradas de investigación, mayor profesionalización de los miembros de las fuerzas de seguridad del Estado y de la judicatura, han conllevado importantes logros en el descubrimiento y condena de los miembros de estas organizaciones. España ya no es la puerta abierta de entrada de la droga hacia Europa como lo era en los noventa. Ha conseguido grandes retrocesos de las organizaciones criminales, con el mensaje de que en este territorio se les perseguirá y castigará efectivamente. Como decía Beccaria, la pena justa, pronta y cierta es la mejor prevención¹⁰⁶.

105 Particularmente evidente SPAGNOLO, Reatti associativi, en Enciclopedia Giuridica Treccani, Roma Aggiornamento, 1996, Vol. V, pág. 10, para quien el futuro legislativo de los delitos asociativos pasa por “la necesidad de “enriquecer” la estructura objetiva de los tipos penales, evitar el recurso a tipos meramente asociativos de carácter general y tomar posición expresa sobre el problema de la punibilidad del concurso externo”.

106 PÉREZ ÁLVAREZ / ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, “Development of the IFO project on the fight against international drug trafficking in Spain”, en LA SPINA / MILITELLO (Ed.), *Drug trafficking and strategies of intervention*, ob. cit., pág. 24.

LAURA ZÚÑIGA RODRÍGUEZ
CATEDRÁTICA DE DERECHO PENAL
UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

MODELOS DE POLÍTICA CRIMINAL FRENTE A LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA: ENTRE EFICACIA Y GARANTÍAS

RESUMO

Este artigo aborda o debate político-criminal sobre a legitimidade de medidas de intervenção reforçadas para lidar com o crime organizado. Tradicionalmente considerado como uma tensão entre eficiências e garantias, o estudo visa levantar outro ponto de partida: analisar as bases pelas quais o crime desenvolvido pelo crime organizado representa uma maior capacidade de violar a criminalidade legal do que a criminalidade comum. Sinergias entre seus membros, opacidade, desinibição que implica comportamento protegido pelo grupo, profissionalização de atividades criminosas, etc. eles possuem uma capacidade criminogênica maior do que a realizada por criminosos individuais. Diante dessa situação, as propostas mais comuns são as de um Direito Penal do inimigo (ou emergência) ou a garantia. Analisando as limitações dessas propostas tradicionais, propõe-se uma terceira via: uma aplicação do princípio da proporcionalidade para cada medida: adequação, necessidade e proporcionalidade estrita da medida. Sempre sob a tutela da intervenção judicial.

PALAVRAS-CHAVE: Política criminal; Crime organizado internacional; Direito penal do inimigo; Garantia criminal; Proporcionalidade

MODELS OF CRIMINAL POLICY AGAINST ORGANIZED CRIME: BETWEEN EFFECTIVENESS AND GUARANTEES

ABSTRACT

This paper addresses the political-criminal debate on the legitimacy of enhanced intervention measures to fight the organised crime. This question, traditionally considered as a tension between efficiency and guarantees, the study intends to raise another point of departure: to analyze the reasons why the crime developed by organized crime represents a greater capacity to violate the law, than common crime. The synergies between its members, the opacity, the disinhibition that implies a behavior protected by the group, the professionalization of the criminal activities, etc. entail a greater criminogenic capacity than the one carried out by individual criminals. Faced with this situation, the most common proposals are that of a criminal law of the enemy (or of the emergency) or of the guarantee. Analyzing the limitations of these traditional proposals, a third way is proposed: an application of the principle of proportionality for each measure: suitability, necessity and strict proportionality of the measure. Always under the protection of judicial intervention.

KEYWORDS: Criminal policy, International organized crime, Criminal law of the enemy, Criminal guarantee, Proportionality

REFERÊNCIAS

BECK, ¿Qué es la globalización?, *Falacias del Globalismo, respuestas a la globalización*, Barcelona, Paidós, 1998.

BERDUGO / ARROYO / FERRÉ / GARCÍA RIVAS / SERRANO PIEDECAS / TERRADILLOS, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, Ediciones Experiencia, 2004.

BRANDARIZ, “Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas”, en FARALDO / BRANDARIZ, *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*, Valencia,

Tirant lo blanch, 2004.

CAVALIERE, “Effetività e criminalità organizzata”, en MOCCIA (DIR.), *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. Tra efficienza e garanzia*, Nápoles, ESI, 1999.

CANCIO MELIÁ, “¿Derecho Penal del enemigo?”, en JAKOBS / CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Tecnos, 2002.

COBO DEL ROSAL, “El extravagante delito del blanqueo de capitales”, *Diario La Razón*, 5 de septiembre de 2005.

CORCOY BIDASOLO, “Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de los riesgos”, en MIR PUIG / CORCOY BIDASOLO, *La Política Criminal en Europa*, Barcelona, Atelier, 2004.

DEMETRIO, “El ‘Derecho penal del enemigo’ Daf nicht sein; Sobre la legitimidad del llamado “derecho penal del enemigo” y la idea de seguridad”, en *Revista electrónica IUSTEL*, 2005.

DÍEZ RIPOLLÉS, “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 06-03, 2004, disponible en <<http://www.criminet.ugr.es>>.

DONINI, “Escenarios del Derecho Penal en Europa a principios del siglo XXI”, en MIR PUIG / CORCOY BIDASOLO, *La Política Criminal en Europa*, Barcelona, Atelier, 2004.

— Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà, Milán, Giuffré, 2004.

— “‘Fatto’ e ‘autore’ nel diritto penale contemporaneo. Dialogo immaginario tra Giacomo Delitalia e Franz von Liszt redivivi”, en prensa.

DONINI (DIR.), *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare. Atti del Convegno, Módena, 14-15 de diciembre de 2001*, Milán, Giuffré, 2003.

FARALDO, “Un derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y

- efectivo de las pena”, en FARALDO / BRANDARIZ, *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*, Valencia, Tirant lo blanch, 2004.
- EUROPOL, *Informe sobre delincuencia organizada en Europa*, 2004, Bélgica, disponible en <https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/publications/es_euorganisedcrimesitrep04-es.pdf> .
- FERNÁNDEZ, *Bien jurídico y sistema del delito*, Buenos Aires, B de F, 2004.
- FERRAJOLI, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Trad. Andrés Ibáñez, Ruiz Miguel, Bayón Mohino, Terradillos Basoco y Cantarero Bandrés (del original de 1989), Prólogo de Bobbio, Madrid, Ed. Trotta, 1995.
- FIANDACA, “Lotta a la criminalità organizzata di stampo mafioso nella legislazione penale italiana”, en Fornasari (ED.), *Le strategie di contrasto alla criminalità organizzata nella prospettiva di diritto comparato*, Padua, Cedam, 2002
- GARCÍA-PABLOS, *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*, Barcelona, Bosch, 1977.
- *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, 5ªed.
- GÓMEZ BENÍTEZ, *El ejercicio legítimo del cargo (Discrecionalidad administrativa y error en Derecho Penal)*, Madrid, Universidad Complutense, 1980.
- GÓMEZ-CÉSPEDES, “Los retos de la criminología de cara a la delincuencia organizada”, en MACEDO DE LA CONCHA (COORD.), *Delincuencia organizada*, México D. F., INACIPE, 2004.
- GONZÁLEZ, “Los reyes del crimen a gran escala”, *El País*, Suplemento Domingo, 20 de noviembre de 2005.
- GONZÁLEZ RUS / PALMA HERRERA, “Trattamento penale della criminalità organizzata nel diritto penale spagnolo”, en FORNASARI (Ed.), *Le strategie di contrasto alla criminalità organizzata enlla prospettiva di diritto comparato*, Padua, Cedam, 2002.

- GRACIA MARTÍN, Prolegómenos para la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia, Valencia, Tirant lo blanch, 2003.
- HASSEMER, Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- HIRSCH, “Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico”, en AA. VV., Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología, Madrid, UNED, 2001.
- JÄGER, Makrokriminalität. Studien zur Kriminologie Kollektiver Gewalt, Franckfut, Suhrkamp, 1989.
- KALDOR, La nuevas guerras. La violencia organizada en la era global, Barcelona, Tusquets, 2001.
- LA SPINA / MILITELLO (Ed.): Drug trafficking and strategies of intervention, The results of the “Illegal Flow Observation”, Fondazione Rocco Chinnici, Università degli Studi di Palermo, Universidad de Salamanca, 2014.
- LA SPINA, “The paradox of Effectiveness: Growth, Institutionalisation and Evaluation of Anti-Mafia Policies in Italy, en FIJNAUT / PAOLI (Ed.), Organized crime in Europe. Concepts, Patterns and Control Policies in the European Union and Beyond, Holanda, Springer, 2004.
- LAMPE, “Injusto del sistema y Sistemas de injusto”, en del mismo, La dogmática jurídico-penal entre el ontologismo social y el funcionalismo, ed. y trad. de C. Gómez-Jara, G. Orce y M. Polaino-Orts, Lima, Grijley, 2003.
- MAPELLI / GONZÁLEZ / AGUADO (Coords.), Estudios sobre delincuencia organizada. Medios, instrumentos y estrategias de investigación policial, Sevilla, Mercablum, 2001.
- MARTÍNEZ-BUJÁN, “Reflexiones sobre la expansión del Derecho Penal en Europa con especial referencia al ámbito económico: la teoría del ‘big crunch’ y la selección de bienes jurídico-penales”, en MIR PUIG / CORCOY BIDASOLO, La Política Criminal en Europa, Barcelona, Atelier, 2004.

- MIRANDA RODRÍGUEZ, “Política criminal- Novos desafios, velhos rumos”, en AA. VV., *Liber Discipulorum*, Jorge de Figueiredo, Coimbra Editora, 2003.
- MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autorative nel sistema penale*, prólogo de A. Baratta, Nápoles, ESI, 1995.
- “Prospettive non `emergenizali `di controllo dei fatti criminalità organizzata. Aspetti dommatici e di politica criminale”, en MOCCIA (DIR.), *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. Tra efficienza e garanzia*, Nápoles, ESI, 1999.
- MUÑOZ CONDE, *El Derecho Penal del enemigo*, México D.F., INACIPE, 2003.
- NEUMAN, *Los que viven del delito y los otros. La delincuencia como industria*, Bogotá, Temis, 2005, 3ª ed.
- PALAZZO, “La Mafia hoy: evolución criminológica y legislativa”, en FERRÉ / ANARTE (Dir.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Univ. de Huelva / Fundación El Monte, 1999.
- PAOLI, “Organized crime in Italy: Mafia and Illegal Markets – Exception and Normality”, en FIJNAUT / PAOLI (Ed.), *Organized crime in Europe. Concepts, Patterns and Control Policies in the European Union and Beyond*, Holanda, Springer, 2004.
- PÉREZ ÁLVAREZ / ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, “Development of the IFO project on the fight against international drug trafficking in Spain”, en LA SPINA / MILITELLO (Ed.), *Drug trafficking and strategies of intervention*, Fondazione Rocco Chinnici, Università degli Studi di Palermo, Universidad de Salamanca, 2014.
- PRITTWITZ, “El Derecho Penal: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿ultima ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho Penal”, en AA. VV., *La insostenible situación del Derecho Penal*, Madrid, Comares, 2000.
- QUINTERO OLIVARES, “La criminalidad organizada y la función

- del delito de asociación ilícita”, en FERRÉ / ANARTE (Dir.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Univ. de Huelva / Fundación El Monte, 1999.
- *A dónde va el Derecho Penal*, Madrid, Civitas, 2004.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, Espasa Calpe, 1992, 21ª ed., Vol. II.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, “La función político-criminal del delito de asociación para delinquir: desde el derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado”, en ARROYO ZAPATERO / BERDUGO (COORDS.), *Homenaje al dr. Marino Barbero Santos: "in memoriam"*, Cuenca, Ediciones Universidad Castilla-La Mancha; Universidad de Salamanca, 2001, Vol. 2.
- *La Criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Madrid, Dickynson, 2005.
- SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal*, Madrid, Civitas, 1999.
- SPAGNOLO, “Reatti associativi”, en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma Aggiornamento, 1996, Vol. V.
- SUTHERLAND, *Ladrones profesionales*, Ed. y trad. J Varela y F. Álvarez-Uría, Madrid, La Piqueta, 1988.
- STORTONI, “Criminalità organizzata ed emergenza: il problema delle garanzie”, en MOCCIA (DIR.), *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. Tra efficienza e garanzia*, Nápoles, ESI, 1999.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, “Organización delictiva, comisión concertada u organizada”, en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, Civitas, 2005.
- TORÍO, “Racionalidad y relatividad en las teorías jurídicas del delito”, en AA. VV. *Estudios de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, UNED, 1989, T. II.
- WEIGEND, “Los sistemas penales frente al reto del crimen organizado”, RIDP, 1997, Vol. 68.

ZACCARIA, Razón jurídica e interpretación, trabajos compilados por Ana Messuti, Madrid, Civitas, 2004.

ZAFFARONI, “El Derecho Penal liberal y sus enemigos”, Magistral del Acto de investidura de Honoris Causa al mismo por la Universidad de Castilla-La Mancha, 2005.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Política Criminal, Madrid, Colex, 2001.

- “Viejas y nuevas tendencias político-criminales en las legislaciones penales”, en BERDUGO / SANZ MULAS (DIRS.), Derecho penal de la democracia vs. Seguridad pública, Granada, Comares, 2005.
- Bases para un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas, Pamplona, Aranzadi, 2009, 3ª ed.

