

# El injusto de los delitos de organización: peligro y significado\*

**Autor:** Manuel Cancio Meliá  
Universidad Autónoma de Madrid.

## Resumen

A pesar de que están presentes desde el principio en los Códigos penales, los delitos de pertenencia a una organización criminal ocupan en todo Occidente una posición de vanguardia en la actual evolución de los sistemas jurídico-penales: el *crimen organizado* se ubica en uno de los lugares más destacados en la agenda político-criminal. Sin embargo, ni la teoría del Derecho penal, ni la formulación legal de los tipos delictivos, ni su aplicación en la práctica permiten una adecuada delimitación de estas infracciones. Por ello, es necesario indagar en cuál es el injusto reprimido por el delito de pertenencia a organización criminal. En la doctrina científica se han presentado en la discusión continental básicamente dos aproximaciones: *teoría de la anticipación* y lesión a un *bien colectivo* (“seguridad pública”, “paz pública”). Por el contrario, es necesario subrayar que el injusto generado por la organización criminal

---

\* Versión española, con algunas modificaciones, del trabajo “Zum Unrecht der kriminellen Vereinigung: Gefahr und Bedeutung”, en: Michael PAWLIK/Rainer ZACZYK et al. (ed.), *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007*, editorial Carl Heymanns, Köln etc., 2007, pp. 27 a 52.

es de carácter colectivo (*arrogación de organización política*). Esta definición del injusto parece abrir la puerta para una adecuada delimitación del alcance típico del delito de pertenencia a una organización criminal.

*Palabras clave:* Expansión del Derecho penal; crimen organizado; contenido de injusto: teoría de la anticipación y bienes jurídicos colectivos; significado político colectivo de la organización criminal; definición del ámbito típico: propuestas.

### Abstract

Though always present in Penal Codes, offenses based on belonging to a criminal organization occupy an avant-garde position in today's evolution of penal law systems: *organized crime* is located at one of the most outstanding places in the criminal policy agenda. Nevertheless neither criminal law theory, nor the actual content of criminal provisions, nor putting them into practice, enable an adequate restriction. Therefore we need to investigate the wrongdoing at the base of this offense. European legal scholarship has proposed two basic approaches: to consider that this offense anticipates the possibility of punishing and prosecuting such behavior (*anticipation theory*) or to consider that it harms a *collective interest* ("public security", "public peace"). From our perspective, it is necessary to underline the collective wrongdoing embedded in a criminal organization and that, beyond the actual crimes committed, it questions the monopoly of violence exercised by the State. It represents the constitution of a violent organization that counters the basis of State political organization (*arrogation of political organization*). This approach opens a possibility to adequately define the offense of belonging to a criminal organization.

*Key words:* criminal law expansion; organized crime; wrongdoing content: anticipation theory and collective legal interests; collective political mean of criminal organization; defining the elements of collective offenses: proposals.

Recibido: 01.12.2007

Aceptado: 18.01.2008

---

## I. El factor colectivo en la legislación penal

Es evidente que los delitos de pertenencia a una asociación ilícita ocupan una posición muy peculiar en la Parte Especial: basta compararlos someramente con infracciones criminales "normales", en las que se produce una lesión concreta de un bien jurídico individual. Si se relaciona el mero hecho de formar parte de una asociación penalmente ilícita con la estructura de aquellos delitos de lesión, se comprueba

que los actos concretamente realizados para la integración en una organización criminal son previos conceptualmente a toda preparación o participación respecto de una infracción concreta: desde la perspectiva de los bienes jurídicos individuales, constituyen supuestos de pre-preparación o proto-participación. A pesar de ello, se observa que las penas amenazadas respecto de conductas tan lejanas a un daño concreto son, comparativamente, muy elevadas.

Ya por esta razón, la tarea que se le plantea con urgencia a la definición del injusto de los delitos de asociación ilícita es extremadamente exigente: la noción de injusto debe estar en condiciones de explicar la criminalización en sí misma y –en la medida de lo político-criminalmente posible– la severidad de la pena prevista. Sólo se puede proponer una definición de organización operativa en el plano de la tipicidad de los delitos de “criminalidad organizada” si previamente se identifica el injusto al que da lugar la existencia de la asociación ilícita en cuanto *delito de organización*<sup>1</sup>.

## II. Marco político-criminal

### II.1. Elementos nuevos

Los delitos relacionados con las *asociaciones ilícitas* –y, dentro de éstas, de modo específico las infracciones de pertenencia a una organización terrorista– están hoy en un momento de franca expansión (al menos) en toda Europa. Esta evolución tiene lugar en un marco general en el que una legislación puramente simbólica e impulsos punitivistas de diversa proveniencia se potencian mutuamente cada vez con mayor intensidad, desembocando en una expansión cuantitativa y cualitativa del Derecho penal<sup>2</sup>. En el plano del Derecho penal material, la consideración de estas organizaciones delictivas tiene lugar en dos formas principales: por un lado, mediante la utilización de causas de agravación de la pena previstas para la comisión de diversas

<sup>1</sup> Se utilizará aquí el término “delitos de organización”, extendido en la bibliografía en lengua alemana, ya que desde el punto de vista aquí adoptado permite destacar que su elemento central es, precisamente, la organización; así, en el lenguaje jurídico-dogmático del Derecho penal español, “asociación” es “organización” (vid. sólo GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *ComLP* II, 1983, p. 117).

<sup>2</sup> Sobre la situación político-criminal general, vid. por todos la síntesis elaborada por SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., 2001. En este contexto, en la discusión ha adquirido enorme protagonismo la noción de “Derecho penal del enemigo”; sobre el concepto, vid. sólo JAKOBS, *ZStW* 97 (1985), pp. 753 y ss.; IDEM, *HRRS* 3/2004; IDEM, *Staatliche Strafe*, pp. 40 y ss.; IDEM, en: CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ (ed.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, 2006, t. 2, pp. 93 y ss. Subrayando la potencia analítica del concepto, y en contra de su compatibilidad con un Derecho (penal) de un estado de Derecho CANCIO MELIÁ, *ZStW* 117 (2005), pp. 267 y ss.; IDEM, en: JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, 2ª ed., 2006, pp. 85 y ss. (escépticos se muestran, sin embargo, GRECO (GA 2006, pp. 96 y ss., 104 y ss.) y ROXIN (*Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. I, 4ª ed., 2006, 2/126 y ss., 128) respecto de su utilidad en cuanto concepto crítico (considerando que es demasiado amplio y con demasiada carga emocional); frente a ello hay que afirmar que el concepto de “Derecho penal del enemigo”, para un uso diagnóstico, de hecho no es idóneo –quizás con la excepción de los delitos de terrorismo– para ser usado directamente en el análisis de los tipos en la Parte Especial; pero lo cierto es que se trata de un objetivo

infracciones en un grupo organizado; por otro, mediante las infracciones de mera pertenencia a una asociación ilícita a la que aquí se hace referencia<sup>3</sup>.

Lentamente van perdiendo fuerza las voces que exigen llanamente la eliminación de los delitos de organización como contrarias a un sistema jurídico-penal legítimo,<sup>4</sup> y múltiples propuestas y decisiones de ampliación del arsenal jurídico-penal dominan sin apenas discusión el terreno. En particular, un convoy rápido llamado “criminalidad organizada” se dirige a toda velocidad, partiendo de diversos puntos de origen (en particular, europeos), hacia su destino, una estación de provincias bastante aburrida en la que pocas veces recalán (hasta ahora) trenes: la tipificación tradicional de la “asociación ilícita”<sup>5</sup>. Al margen de los eventuales influjos futuros del fenómeno de la criminalidad organizada sobre el delito de asociación ilícita, en todo caso procede aquí subrayar que la amplitud (potencial: antes de una penetración y elaboración dogmática) de

---

de gran angular que no es adecuado para las imágenes cercanas, de detalle, pero sí para los paisajes, para las imágenes panorámicas). En todo caso, desde el punto de vista aquí adoptado la polémica internacional generada en torno a este concepto está siendo muy fructífera; vid. sólo los numerosos trabajos recogidos en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Derecho penal del enemigo*, 2 tomos (vid. *supra*). Ha de subrayarse, en todo caso, que más allá de la valoración político-criminal del Derecho penal del enemigo existente en la realidad del Derecho positivo, éste también desde la perspectiva de JAKOBS no es materialmente Derecho *penal*, sino Derecho de excepción; vid. sólo la exposición en JAKOBS, *Staatliche Strafe*, p. 30.

<sup>3</sup> GONZÁLEZ RUS, AP 2000/2, pp. 562 y ss.; llamando la atención sobre las dificultades a la hora de conciliar ambas vías, pp. 583 y s.

<sup>4</sup> Se manifiestan decididamente contra la legitimidad de un delito general de asociación ilícita (para la comisión de delitos), sin embargo, por ejemplo, FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp. 464 y ss., 467 y ss., 478; COBLER, KJ 1984, pp. 407 y ss.; contra una legitimación sobre la única base de una anticipación preventivista de la criminalización JAKOBS, ZStW 97 (1985), pp. 751 y ss., 756 y s., 773, 778; vid. también BECK, *Unrechtsbegründung und Vorfeldkriminalisierung*, pp. 206 y ss., 211 y s.; en parte (en lo que se refiere a la mera fundación de la asociación) también KÖHLER, AT, p. 567; MOCCIA, *La perenne emergenza*<sup>2</sup>, pp. 53 y ss., 65 y ss., 67 y s., con referencias a la discusión italiana; desde una perspectiva político-criminal general (aludiendo al origen en la represión de actividades políticas y respecto de la figura genérica de la asociación para delinquir) también QUINTERO OLIVARES, en: FERRÉ OLIVÉ/ANARTE BORRALLÓ, *Delincuencia organizada*, pp. 177 y ss., 189 y s. (específicamente en contra de la argumentación de QUINTERO OLIVARES, GONZÁLEZ RUS, AP 2000/2, pp. 571 y ss., reafirmando que la formulación del tipo en el CP español se refiere a la comisión de cualesquiera delitos); específicamente respecto de los delitos de terrorismo en el ordenamiento español TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho*, pp. 35 y s., 38; en esta línea también ACALE SÁNCHEZ (en: ARROYO ZAPATERO, *La reforma*, p. 161), quien propone prescindir de la incriminación “abstracta” de la mera pertenencia a la organización; vid. también las referencias de las últimas iniciativas parlamentarias de derogación en Alemania en NK<sup>2</sup>-OSTENDORF, § 129a n.m. 5; ulteriores referencias respecto de la discusión alemana en este punto en FÜRST, *Grundlagen und Grenzen*, pp. 255 y s. En todo caso, de modo ampliamente mayoritario, tales consideraciones sobre una “opción cero” suelen ser descartadas (habitualmente, de modo tácito) como obsoletas: es significativa, por ejemplo, la remisión de S/S<sup>26</sup>-LENCKNER, § 129 n.m. 1 a las referencias bibliográficas (“anterior discusión”, sin cursiva en el original) respecto de esta cuestión a la edición anterior del comentario; también MÜKÖ-MIEBACH/SCHÄFER, § 129 n.m. 3 parten de que en la actualidad “no cabe negar seriamente la justificación material del precepto”.

<sup>5</sup> ARZT/WEBER (BT, 42/22) subrayan con razón la función de la criminalidad organizada como enemigo de sustitución después de la implosión de la URSS; según S/S<sup>26</sup>-Lenckner § 129 n.m. 1a, las posibles modificaciones futuras en los delitos relacionados con las asociaciones criminales con base en instrumentos inter- y supranacionales son “imprevisibles”. En todo caso, es significativo que tanto LENCKNER (loc. cit., n.m. 1) como LK<sup>11</sup>-v. BUBNOFF, comentario previo al § 129, n.m. 3 y ss. o MÜKÖ-MIEBACH/SCHÄFER, § 129 n.m. 10 y ss. se muestran favorables a que estas infracciones se orienten también con base en su utilización dentro de la lucha contra estos fenómenos. Sin embargo, se opone a identificar el ámbito de aplicación de los preceptos de asociación ilícita.

la formulación típica de los delitos de asociación ilícita ya existentes en ordenamientos como el español, el italiano o el alemán estaría en condiciones de absorber cualquier concepto de criminalidad organizada, por amplio que fuera<sup>6</sup>. En contraste con esta posibilidad jurídico-positiva, parece claro que en el plano empírico, la punición de este tipo de colectivos no es nada frecuente en supuestos sin transcendencia política. En todo caso, lo que está claro es que ya no queda mucho tiempo; en España se oye ya el silbato de la locomotora “criminalidad organizada”: cada vez es más frecuente el fenómeno de resucitación de la asociación ilícita del art. 515.1 CP respecto de grupos de delinquentes comunes. A modo de ejemplo, sirva una reciente noticia en la prensa escrita<sup>7</sup>: en la información presentada, contrasta el hecho de la puesta en libertad provisional de “11 acusados por 40 robos” (con fuerza en las cosas) con la elevación de la categoría de la actividad policial en este caso a la de “operación” con denominación propia. En este contexto, se llega a presentar a la venerable dama “asociación ilícita”, con presencia casi bicentenaria entre nosotros, como una jovencita recién llegada del extranjero, francesa, para más señas: “...el jefe de la operación policial apretó el botón para la puesta en marcha de la redada. Y ésta se saldó con la captura de 38 personas... acusadas de asociación ilícita. Es decir, la policía entiende que no se trata de 38 ladrones aislados, sino que actúan de consuno y siguiendo las órdenes de un mismo jefe. Algo así como el delito de ‘asociación de malhechores’ que está contemplado en la legislación francesa.” Y algo así como el delito contenido en el art. 515.1 CP, presente en el Derecho penal español codificado desde siempre, habría que añadir. En todo caso, antes de que el convoy llegue, sigue siendo especialmente urgente iluminar y barrer dogmáticamente la estación de destino: el tipo de la asociación ilícita.

Es habitual que se manifieste –tanto desde una perspectiva afirmativa como desde un punto de vista crítico– que los *nuevos* delitos dirigidos a la represión de agentes

---

cita (§§ 129, 129a StGB) con la criminalidad organizada, por ejemplo, NK<sup>2</sup>-OSTENDORF, § 129 n.m. 12. Ampliamente sobre el conjunto del fenómeno de la criminalidad organizada SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *La criminalidad organizada, passim*, subrayando las diferencias que existen respecto de la asociación ilícita, pp. 27 y ss.; sobre los esfuerzos para lograr un tratamiento unitario dentro de la UE vid. por ejemplo MILITELLO/HUBER (ed.), *Towards a European Criminal Law Against Organised Crime*, 2001; con carácter más general respecto del plano internacional cfr. CHERIF BASSIOUNI (ed.), *La cooperazione internazionale per la prevenzione e la repressione della criminalità organizzata e del terrorismo*, 2005.

<sup>6</sup> Respecto de la regulación alemana, en este sentido S/S<sup>26</sup>-LENCKNER, § 129 n.m. 1a; respecto de la española, GONZÁLEZ RUS, AP 2000/2, p. 562, quien afirma que “la punición de la participación en una organización criminal, recomendada por varios convenios y acuerdos internacionales en términos incluso más restrictivos de los que aquí han sido siempre constitutivos de delito...” es “...acogida con entusiasmo por quienes evidentemente ignoran que ello es delito en el derecho español... desde hace más o menos ciento treinta años”. Sin embargo, siendo cierto que es frecuente entre nosotros el “pasma (acrítico) por lo ajeno” (GONZÁLEZ RUS, loc. cit.), no hay que perder de vista una realidad aplicativa evidente en España, conforme a la cual lo cierto es que –fuera de los supuestos “políticos”– ese delito sólo lo ha sido sobre el papel (hay que tener en cuenta que la discusión entre GONZÁLEZ RUS, loc. cit., pp. 571 y ss. y QUINTERO OLIVARES, en: FERRÉ OLIVÉ/ANARTE BORRALLO, *Delincuencia organizada*, pp. 177 y ss., se refiere a la polémica sentencia del TS en el caso *Filesa* (23.10.1997) – un supuesto nada habitual hasta ahora, en el que el fondo del supuesto estaba en la financiación ilegal de un partido político, con gran transcendencia en los medios de comunicación.

<sup>7</sup> Diario *El País*, 4.3.2007, p. 34.

colectivos serían especialmente importantes en la lucha contra “el nuevo crimen”, es decir, en el marco de una perspectiva de prevención fáctico-policial<sup>8</sup>. En la ciencia del Derecho penal, también se les atribuye una extraordinaria significación respecto de la cuestión del mantenimiento de un Derecho penal acorde al Estado de Derecho<sup>9</sup>: en efecto, el único consenso teórico (casi) completo está en la constatación de partida de que aquí existe “una presión de legitimación especial”<sup>10</sup>. Esta presión (teórica) importante bastante poco a la *praxis* legislativa y de aplicación<sup>11</sup>: de hecho, se trata de uno de los terrenos en los que se expande el llamado “Derecho penal” del enemigo. Al igual que sucede de modo especialmente claro con el terrorismo, por tanto, también aquí se trata de un terreno con una extraordinaria carga emocional en el plano político-criminal, y en el que el Derecho penal material y deformaciones del procedimiento debidas a criterios de persecución policial se funden. Esto ha conducido, especialmente en la bibliografía alemana, a que con frecuencia los delitos de organización se conciban desde el punto de vista de su función coma mera puerta para la investigación de determinados sospechosos. Se manifiesta aquí con especial claridad una relación dialéctica: las necesidades policiales ejercen –a través de la política- su influjo sobre el Derecho penal material; las criminalizaciones, una vez establecidas, dan lugar a actividades de investigación policial<sup>12</sup>. En todo caso, la perspectiva de análisis que aquí se adoptará implica que esta situación político-criminal tan sólo constituya el trasfondo de las consideraciones a efectuar:

<sup>8</sup> Así ya MAURACH, *BT*<sup>3</sup>, p. 670: el delito de asociación ilícita tiene un “marcado carácter preventivo-policial”; treinta años más tarde, también NAUCKE (*Einführung*<sup>9</sup>, 4/21) afirma que el nuevo campo jurídico-penal relacionado con la criminalidad organizada está radicalmente orientado hacia la prevención: “El combate contra la criminalidad organizada es una contribución a la seguridad interior de la sociedad: las expectativas respecto de los éxitos preventivos de la punición crecen; la tendencia a respetar la delimitación y restricción jurídica de la pena desciende.”

<sup>9</sup> RUDOLPHI, *ZRP* 1979, p. 214, habla de una „doble tarea, de defender y mantener al Estado de Derecho“.

<sup>10</sup> MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, p. 21.

<sup>11</sup> Y ello ya hace mucho tiempo: en este sentido, decía JAKOBS ya hace más de veinte años (*ZStW* 97 (1985), p. 752) que aquí no se produce un “abandono de principios firmemente establecidos”, sino la “continuación de la ausencia de principios preexistente”.

<sup>12</sup> Según JAKOBS (*ZStW* 97 (1985), p. 752) probablemente no es casualidad que “algunos de los ámbitos destacados de la punibilidad anticipada” sean idénticos con “algunos ámbitos destacados de investigación policial encubierta”; también ARZT/WEBER (*BT*, 42/22) constatan: “Una extraña casualidad conduce a que para combatir la criminalidad organizada sean necesarios los viejos métodos de la protección del Estado. Cfr. también SCHROEDER, *Die Straftaten gegen das Strafrecht*, pp. 29 y s., según el cual la función de (sustitución o facilitación de la) prueba de estas disposiciones está destinada a compensar los mecanismos para encubrir la autoría concreta dentro del colectivo. Por lo demás, respecto de esta función “paraprocesal” de los delitos de organización vid., por todos, FÜRST, *Grundlagen und Grenzen*, pp. 7 y ss., 257 y ss., 263 y ss.; LK<sup>11</sup>-v. BUBNOFF, comentario previo al § 129, n.m. 2, 5; § 129a, n.m. 5; NK<sup>2</sup>-OSTENDORF, § 129a n.m. 5, todos con ulteriores referencias. Respecto del caso español, sigue siendo fundamental TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho*, pp. 97 y ss., en lo que se refiere a las reglas específicas en el ámbito procesal para los delitos de terrorismo; en cuanto a la función del delito de pertenencia a organización terrorista de permitir la condena de un sujeto respecto del cual no ha podido probarse la intervención en un delito instrumental, vid. ya DE SOLA DUEÑAS, *DJ* 37/40 (1983) vol. 2, pp. 1237; LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, p. 250; RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, *ComLP* XI, pp. 128 y s. Sobre las reglas procesales específicas para la “criminalidad organizada” no

dicho de otro modo, aquí se hará un ensayo de Derecho penal (del ciudadano). Concretamente, no se *partirá* aquí directamente de la base de que *toda forma* de criminalización de la intervención en una asociación delictiva es ilegítima por principio. Por el contrario, como elemento esencial para una aproximación al tratamiento jurídico-penal del terrorismo, se planteará la cuestión de si parece posible construir la determinación de un contenido de injusto dogmáticamente coherente y político-criminalmente legítimo para esta infracción<sup>13</sup>.

La necesidad de esta determinación del contenido de injusto es especialmente importante en el presente ámbito, ya que a la tensión político-criminal que concurre en estas infracciones se suman formulaciones típicas especialmente amplias: está claro que una interpretación delimitadora de los preceptos se impone con especial urgencia<sup>14</sup>. De hecho, sobre la base de la mera redacción literal de los preceptos correspondientes –sin una impregnación dogmática que delimite su alcance– todo es posible en el plano de la aplicación: se puede convertir en una asociación (penalmente) ilícita, en una organización criminal, a un grupo de sujetos dedicados a la comisión de delitos de daños (mediante la colocación de pintadas con proclamas xenófobas)<sup>15</sup> o condenar por la comisión de una infracción de colaboración con organización terrorista, a una pena privativa de libertad, a quien entrega a un miembro de la organización terrorista ETA un mapa (común, sin anotaciones o indicaciones de ninguna clase) del País Vasco<sup>16</sup>.

Estas concretas protuberancias en la formulación, interpretación y aplicación de los preceptos relacionados con las organizaciones criminales son preocupantes. Sin embar-

---

terrorista, cfr. sólo la exposición de DELGADO MARTÍN, *La criminalidad organizada*, pp. 43 y ss. y *passim*. Vid. también sobre la cuestión BECK, *Unrechtsbegründung und Vorfeldkriminalisierung*, pp. 209 y s.; MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, pp. 22 y s., 217 y ss., 241; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, LH Barbero Santos, pp. 669 y ss., especialmente nota 90; EADEM, *Criminalidad organizada*, pp. 111 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, LH Ruiz Antón, pp. 1069 y ss., 1072.

<sup>13</sup> En el presente marco no es posible abordar, siquiera colateralmente, la problemática general conceptual relativa a la legitimidad de bienes jurídicos universales, así como el problema de principio respecto del valor general de la teoría del bien jurídico (cfr. sólo HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002; SOTO NAVARRO, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, 2003). Sólo se harán dos consideraciones al respecto: por un lado, el punto de partida del análisis a efectuar no estará ni en una profesión de fe respecto de la fuerza crítica del pensamiento del bien jurídico (la concepción de la protección de bienes jurídicos como una especie de vacuna global de legitimidad) ni en un positivismo jurídico “despreocupado” (JAKOBS, ZStW 97 (1985), pp. 751 y s.; para una valoración crítica de la potencia crítica de la concepción de la protección de bienes jurídicos cfr. sólo MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, pp. 7 y *passim*). Por otra parte, no debe perderse de vista que la actual evolución de deshilachamiento general de la determinación de la Ley penal y la explosiva expansión del ordenamiento penal a la que antes se ha hecho alusión también tienen lugar, naturalmente, respecto de bienes jurídicos que sin duda alguna son de carácter individual-fáctico y, en ese sentido, “clásicos” (sobre esto también MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, pp. 3 y s., 229 y *passim*).

<sup>14</sup> Cfr., por todos, en este sentido RUDOLPHI, ZRP 1979, p. 215; NK<sup>2</sup>-OSTENDORF, § 129 n.m. 9.

<sup>15</sup> BGHSt (sentencias en lo penal del Tribunal Supremo Federal alemán) 41, pp. 55 y ss.

<sup>16</sup> Vid. SAN (sentencia de la Audiencia Nacional) 19/2003 (sección 4ª de lo penal) 21.5.2003.

go, no hay que perder de vista en ningún momento que mucho más preocupantes aún<sup>17</sup> resultan las emanaciones de la existencia de tales preceptos y tales prácticas aplicativas hacia el conjunto del sistema jurídico-penal, es decir, el *efecto de contaminación*.

## II.2. Orígenes

De acuerdo con lo expuesto hasta ahora, parece claro que puede afirmarse que, efectivamente, las infracciones relacionadas con una asociación penalmente ilícita forman parte de modo destacado del marco político-criminal general de la expansión cuantitativa y cualitativa del sistema jurídico-penal. Sin embargo, desde el principio llama ya la atención el hecho de que dentro de este marco genérico, estos delitos ocupan una *posición específica*.

En primer lugar, y a diferencia de lo que sucede con otros segmentos de criminalización de la evolución expansiva que caracteriza al momento actual, las infracciones asociativas no son un fenómeno nuevo para el ordenamiento penal. Por el contrario, estaban presentes desde el principio, es decir, también en el “bueno y viejo”<sup>18</sup> Derecho penal liberal del siglo XIX; también entonces, con efectos negativos desde la perspectiva del Estado de Derecho: como es sabido, el origen de los preceptos en cuestión en la época de la codificación está en la lucha contra la resistencia o disidencia políticas<sup>19</sup>. En consecuencia, la actual revitalización de estas infracciones desde un principio alimenta la sospecha de que bajo la vieja chapa jurídico-penal está funcionando un nuevo motor social: la fuente de revitalización de los delitos de organización ha de estar en una nueva situación fáctica, pues ni la situación político-institucional general ni las organizaciones correspondientes en el siglo XXI son idénticas con las del siglo XIX, como es evidente.

En segundo lugar, estos delitos presentan una característica que también los destaca frente a otros sectores actuales de expansión jurídico-penal: el elemento colec-

<sup>17</sup> En fases de relativa “tranquilidad” político-criminal, los excesos específicos respecto de los tipos en cuestión no son muy numerosos; vid. los datos respecto del caso alemán en NK<sup>2</sup>-OSTENDORF, § 129 n.m. 6.

<sup>18</sup> Denominación que implica una afirmación ucrónica, carente de apoyo histórico: vid. al respecto, por todos, SILVA SÁNCHEZ, *Expansión*<sup>2</sup>, pp. 149 y ss.

<sup>19</sup> Respecto del caso español, cfr. sólo el análisis histórico de GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Asociaciones ilícitas*, pp. 17 y ss.; vid. también CUELLO CALÓN, *PE*<sup>3</sup>, pp. 58 y s.; respecto de Alemania vid. sólo LANGER-STEIN, *Legitimation und Interpretation*, pp. 66 y ss., 80 y s. (esta autora retrocede aún más, encontrando la fuente última de estas figuras en el Derecho romano (pp. 34 y ss., 39 y s., 42, 56 y ss.)), e incluso afirma que los delitos de organización están en el origen mismo del Derecho penal como tal: “Por consiguiente, la creación de tipos penales contra el crimen organizado constituyó el principio de la pena estatal” [81]); para HOHMANN, wistra 1992, p. 85, el origen de estos preceptos está “sin duda alguna” en el combate contra adversarios políticos; en este sentido, resulta muy significativo el título elegido por SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ para su contribución al LH Barbero Santos, p. 645: “Función político-criminal del delito de asociación para delinquir: desde el Derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado”; respecto del caso alemán, vid. también FÜRST, *Grundlagen und Grenzen*, pp. 16 y ss., 36 y ss.; exhaustivo análisis histórico en FELSKE, *Kriminelle und terroristische Vereinigungen - §§ 129, 129a StGB, passim*; respecto de Italia ALEO, *Sistema penale e criminalità organizzata*, pp. 26 y ss.; respecto de la República Argentina ZIFFER, *El delito de asociación ilícita*, pp. 17, 23 y s., 57.



tivo. En las asociaciones penalmente ilícitas, la referencia a una organización –detrás de la cual desaparecen, o al menos se desdibujan los autores individuales-, especialmente, una vez transformada a través de los medios de comunicación, potencialmente está en condiciones de generar sensaciones sociales de amenaza especialmente intensas. Por otra parte –cabe formular esta suposición ya desde un principio-, el papel principal que en el plano social corresponde al colectivo probablemente se reflejará también en el procesamiento jurídico-penal de las contribuciones de los miembros u otros sujetos individuales que realizan sus aportaciones a la organización<sup>20</sup>.

En todo caso, la peculiar configuración de estas infracciones (tan alejadas de toda lesión concreta) justifica plenamente que se las haya ubicado, desde el punto de vista de su relevancia sistemática, en el terreno de la Parte General (materialmente considerada), y no en el ámbito de un problema específico de un tipo en particular<sup>21</sup>.

### II.3. Aproximaciones al contenido de injusto

En la bibliografía se han ensayado fundamentalmente tres vías de abordar el contenido de injusto de los delitos de organización. En primer lugar, de acuerdo con un punto de vista extendido sobre todo en la doctrina más antigua, el elemento esencial del injusto está en el ejercicio “abusivo” del derecho fundamental de asociación que supondría la constitución de la organización delictiva: de acuerdo con esta posición, el bien jurídico es el (recto) “ejercicio del derecho de asociación”. Un segundo sector doctrinal afirma que los delitos de asociación ilícita son ante todo supuestos de anticipación de la punibilidad (incluso antes de cualquier acto preparatorio concreto). Desde esta perspectiva, esta anticipación de la barrera de criminalización sólo puede ser justificada, a título excepcional, con base en la especial peligrosidad de las organizaciones aprehendidas por los tipos correspondientes. Finalmente, en tercer lugar, otro sector de la teoría, probablemente mayoritario tanto en la bibliografía española como alemana, ve en los delitos de organización ante todo un ataque a determinados bienes jurídicos colectivos: “orden público”; “seguridad interior”; “paz jurídica”, etc.

La jurisprudencia –en lo que se refiere, al menos, a España y Alemania- es poco clara y cambiante en lo que se refiere a la definición del injusto o del objeto de protección de estas infracciones. Puede afirmarse que el Tribunal Supremo español muestra un desinterés especialmente pronunciado por esta cuestión. En ocasiones

<sup>20</sup> Cfr., por ejemplo, el análisis de la percepción social del crimen organizado transnacional por MASSARI, en: ALLUM/SIEBERT (ed.), *Organized Crime and the Challenge to Democracy*, 2003, pp. 55 y ss., con ulteriores referencias a la bibliografía de orientación empírica. Con carácter general, advierte frente al riesgo de ruptura de un sistema unitario del Derecho penal en el ámbito de la criminalidad organizada NAUCKE, *Einführung*, 4/25.

<sup>21</sup> Fundamental a este respecto SCHROEDER, *Die Straftaten gegen das Strafrecht*, pp. 9 y ss., 11, 21; vid. también en esta línea LANGER-STEIN, *Legitimation und Interpretation*, p. 165; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, LH Barbero Santos, pp. 647, 673 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, LH Ruiz Antón, p. 1074.

incluso llega a combinar términos que representan –como después se mostrarán– opciones divergentes (incluso: antitéticas) de definición del bien jurídico: “En el delito de asociación ilícita... el bien jurídico protegido es el derecho de asociación como garantía constitucional, según un sector doctrinal, o, según otro, el orden público y en particular la propia institución estatal, su hegemonía y poder...”. Al menos parece claro para el TS cuál *no* es el bien jurídico: En todo caso se trata de “...un bien jurídico diferente del que se protege en la posterior acción delictiva que se cometa al realizar la actividad ilícita para la que la asociación se constituyó.”<sup>22</sup> También en el caso de la (escasa) jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal<sup>23</sup> alemán es muy difícil –a pesar de que se hace en ocasiones– interpretar la posición del tribunal en una u otra dirección dogmática con alguna claridad<sup>24</sup>.

En lo que se refiere a la relevancia de las distintas opciones teóricas, en primer lugar, la posición doctrinal que recurre al derecho de asociación como bien jurídico es claramente minoritaria. En cuanto a las otras dos opciones teóricas, afirma Arzt<sup>25</sup> que los dos grandes campos dogmáticos de la anticipación y de la protección de un bien jurídico colectivo se han generado como respuesta a un “problema ficticio”, puesto que, en su opinión, tan sólo se trata de una cuestión de matiz; no habría una clara contraposición entre ambos puntos de vista. Desde el punto de vista aquí adoptado –como después se mostrará–, el problema probablemente no es tan “ficticio”, sobre todo, en lo que se refiere a las posibles repercusiones de la definición del injusto sobre la interpretación o la configuración legislativa del tipo del delito en cuestión. Pero sí es cierto que ambos puntos de vista se mezclan en más de una ocasión en diversos aspectos, de modo que las diferencias concretas son mucho menores de lo que podría parecer a primera vista. El concreto peso que debe atribuirse a ambas opiniones está sometido a continuos cambios, como es lógico. En el caso de la doctrina alemana, hasta la publicación de dos estudios decisivos de Rudolphi<sup>26</sup>, escritos en el contexto de las consecuencias jurídico-penales de la primera ola de actos terroristas de la Fracción del Ejército Rojo (Rote Armee Fraktion, RAF) y en los que este autor diseñó la aproximación teórica de la anticipación, el campo teórico estaba dominado por diversas definiciones en torno al “orden público” como bien jurídico universal. Después de la aparición de los trabajos de Rudolphi, la teoría de la anticipación experimentó un crecimiento continuado de adhesiones, pero ha quedado estancada en el *status* de “doctrina minoritaria en continuo crecimiento”, mientras que el sector doctrinal que se pronunciaba a favor de

<sup>22</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 234/2001 (Sala segunda de lo penal, 3.5.2001).

<sup>23</sup> Vid. por ejemplo las sintéticas exposiciones de los pronunciamientos del BGH en la materia en SCHEIFF, *Strafrechtsschutz gegen kriminelle Vereinigungen*, pp. 17 y ss.; KRÜGER, *Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgratsbegriff*, pp. 51 y ss.; cfr. también NK<sup>2</sup>-OSTENDORF, § 129 n.m. 4.

<sup>24</sup> Como muestra el análisis de las resoluciones que aducen los distintos campos teóricos sin mucha justificación hecho por LANGER-STEIN, *Legitimation und Interpretation*, pp. 25 y ss.

<sup>25</sup> En: IDEM/WEBER, *BT*, 44/11.

<sup>26</sup> FS Bruns, pp. 315 y ss.; ZRP 1979, pp. 214 y ss.; sobre la situación anterior en la doctrina alemana vid. sólo la completa información en GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Asociaciones ilícitas*, pp. 129 y ss.

un bien jurídico universal ostentaba “aún” la condición de “doctrina dominante”.<sup>27</sup> En el caso de la doctrina española no es posible trazar un cuadro tan claro, debido al limitado interés que la cuestión ha suscitado.<sup>28</sup> En todo caso, la monografía decisiva sigue siendo –también en lo que atañe a su influencia sobre las posiciones de las obras generales-, treinta años después de su publicación, la de *García-Pablos de Molina*<sup>29</sup>, en la que se defiende un punto de vista de orientación colectiva.

#### II.4. Objeto de análisis

En lo que sigue, se entrará sectorialmente en este campo de tensión de conceptos jurídico-penales básicos: ¿en qué consiste el injusto específico de la organización delictiva? Para resolver este interrogante, en primer lugar sigue una breve síntesis de las aproximaciones básicas propuestas hasta el momento (*infra* III.). El análisis de estas concepciones conducirá al desarrollo de una perspectiva en la que se subrayan dos elementos esenciales: por un lado, la dimensión colectiva de la asociación penalmente ilícita, por otro, la significación pública de su existencia. La arrogación organizativa que resulta de estos dos factores afecta a un ámbito genuinamente estatal: el monopolio de la violencia (*infra* IV.). El análisis concluirá con un brevísimo esbozo de las consecuencias que cabe extraer de tal concepción para el diseño del alcance del ámbito típico de los delitos de organización (*infra* V.).

### III. Inventario: el injusto de los delitos de organización entre la puesta en peligro y las repercusiones sociales

#### III.1. Abuso del derecho de asociación

Una primera aproximación, defendida sobre todo en aproximaciones menos recientes, consiste en buscar la legitimación o el bien jurídico protegido de estas infracciones directamente en el reconocimiento constitucional del derecho de asociación. Desde esta perspectiva, las organizaciones criminalizadas representan

<sup>27</sup> Así MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, p. 13; también LANGER-STEIN, *Legitimation und Interpretation*, p. 30; FÜRST, *Grundlagen und Grenzen*, 55; KRÜGER, *Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff*, p. 50, considera, en cambio, que la opción por un objeto de protección específico de carácter colectivo es aún “ampliamente mayoritaria”; también NK<sup>2</sup>-OSTENDORF, § 129 n.m. 4 (un destacado representante de la teoría de la anticipación) la califica recientemente (aún) doctrina mayoritaria, pero indicando que la teoría de la anticipación domina sobre todo en los estudios monográficos (op. cit. n.m. 5; esto lo subraya en la doctrina española también SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, LH Barbero Santos, p. 675 nota 108).

<sup>28</sup> SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, LH Barbero Santos, pp. 674 y s., reconduce este relativo desinterés –en comparación con otras criminalizaciones en el ámbito previo, como es especialmente el caso de los actos preparatorios tipificados expresamente en la Parte General- a la circunstancia de que la problemática del injusto de la asociación ilícita prácticamente estaría oculta en la Parte Especial. Desde el punto de vista aquí adoptado, una explicación de esa falta de atención está seguramente en una *praxis* de aplicación mucho más restrictiva de lo que la formulación del tipo podría dar a entender.

<sup>29</sup> *Asociaciones ilícitas en el Código penal*, 1977.

supuestos de abuso de tal derecho fundamental<sup>30</sup>. Ciertamente, esta aproximación tiene la virtud de destacar el aspecto institucional que corresponde a los derechos fundamentales de los que se abusa en diversos sectores del título dedicado a los delitos contra la Constitución<sup>31</sup>. Pero esta afirmación, correcta, no es aún una definición del contenido de injusto de la infracción, sino sólo una referencia formal al modo de comisión previsto en el tipo. En este sentido, en numerosas ocasiones se ha subrayado que el alcance de las prohibiciones de determinados tipos de asociación que la Constitución española contiene en su art. 22 no coinciden con la incriminación penal, de modo que la mera referencia a la prohibición, sea penal o constitucional, de la organización desde la perspectiva del ejercicio del derecho de asociación no identifica aún cuál es el injusto frente al cual la criminalización reacciona.

### III.2. Anticipación

Resulta evidente que la incriminación de la pertenencia a una asociación ilícita, medida con base en el modelo de un bien jurídico de titularidad individual, supone una expansión del ordenamiento jurídico penal hacia el estadio previo a tal lesión de un bien jurídico individual<sup>32</sup>. Éste es el punto de partida de la llamada teoría de la anticipación: la perspectiva de la determinación del injusto se proyecta sobre los futuros delitos cuya comisión por parte de la organización se teme (es decir, las infracciones instrumentales para los fines últimos de la organización, que son cometidas en su marco). Según *Rudolphi*, el principal impulsor en tiempos recientes de esta aproximación, la mera existencia de la asociación criminal, o, más exactamente, la intervención en ella (es decir: los delitos de organización), constituye respecto de los delitos cometidos a través de ella, en relación con los bienes jurídicos del Estado y de los ciudadanos individuales, una “fuente de peligro incrementado”: la organización desarrolla una “dinámica autónoma” que, por un lado –en el marco del grupo humano cohesionado que supone la organización

<sup>30</sup> Así, por ejemplo, en la STS 10.4.2003; vid. las referencias a la doctrina decimonónica en GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, RGLJ LXXII (1976), pp. 568 y s.; cfr. también CUELLO CALÓN, *PE*<sup>3</sup>, pp. 55 y ss.; en la doctrina más reciente, cfr. CÓRDOBA RODA, *ComCP* III, p. 252, aludiendo al origen del precepto en el CP de 1870 y su coordinación con el reconocimiento del derecho de asociación en la Constitución de 1869; vid. también PORTILLA CONTRERAS, en: COBO DEL ROSAL, *Curso PE II*, p. 714; también habla de “abuso de este derecho” MUÑOZ CONDE, *PE*<sup>15</sup>, p. 832; lo considera una alternativa para la definición del bien jurídico REBOLLO VARGAS, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN, *ComCP PE II*, p. 2444. En contra de esta concepción, por ejemplo, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, RGLJ LXXII (1976), pp. 570 y ss.; IDEM, *Asociaciones ilícitas*, 123 y ss., 126 y ss.; QUINTERO OLIVARES, en: FERRÉ OLIVÉ/ANARTE BORRALLO, *Delincuencia organizada*, pp. 177 y ss., 183; VIVES ANTÓN/CARBONELL MATEU, en: VIVES ANTÓN, *PE*, p. 1001; ZIFFER, *El delito de asociación ilícita*, pp. 48 y s.; respecto de la posición correspondiente en Alemania –hoy ya abandonada por completo- vid. el análisis crítico en LANGER-STEIN, *Legitimation und Interpretation*, pp. 26, 136 y ss.

<sup>31</sup> Vid. CANCIO MELIÁ, en: RODRÍGUEZ MOURULLO/JORGE BARREIRO, *ComCP*, p. 1272.

<sup>32</sup> Es éste un diagnóstico “indiscutido”, NK<sup>2</sup>-OSTENDORF, § 129 n.m. 4; en materia de delitos de terrorismo, también utiliza esta imagen el TS: el delito de colaboración armada es una infracción en la que “se adelanta la línea de defensa...”; vid., por ejemplo, STS 2.2.1993; 25.11.1995.

delictiva- está en condiciones de reducir las barreras inhibitorias individuales, y, por otro, reduce de modo decisivo –a través de la estructura interna de la organización- las dificultades “técnicas” para la comisión de infracciones. Esta especial peligrosidad<sup>33</sup>, de acuerdo con este punto de vista, es la que justifica “excepcionalmente” que la organización sea combatida ya en el estadio de la preparación<sup>34</sup>. De acuerdo con este planteamiento, en realidad no es posible identificar un objeto de protección específico para los delitos de organización<sup>35</sup>, de modo que habría que sostener que el bien jurídico protegido por estas infracciones sería idéntico al conjunto de los bienes jurídicos tutelados en la Parte Especial<sup>36,37</sup>. En consecuen-

<sup>33</sup> Cfr. el detallado análisis de los diversos aspectos empíricos de esa especial peligrosidad hecho por LANGER-STEIN, *Legitimation und Interpretation*, pp. 157 y ss.

<sup>34</sup> RUDOLPHI, FS Bruns, pp. 317, 319, 321 y *passim*; IDEM, ZRP 1979, pp. 215 y s., 221; IDEM/STEIN, SK<sup>7</sup>, § 129 n.m. 3; esta tesis –dato que, en lo que se alcanza a ver, no aparece reflejado en la bibliografía de lengua alemana- fue defendida ya en la doctrina italiana por FRANCHINA; vid. las referencias al respecto en GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, RGLJ LXXII (1976), p. 584; IDEM, *Asociaciones ilícitas*, pp. 139 y ss.

<sup>35</sup> LANGER-STEIN, *Legitimation und Interpretation*, p. 31; *avant la lettre* de la tesis de la anticipación introducida en Alemania por RUDOLPHI posteriormente, ya decía GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, RGLJ LXXII (1976), p. 584, que éste –la ausencia de bien jurídico específico- debía ser el punto de llegada de la idea del delito de preparación: “Realmente debería ser la postura de quienes entienden que la asociación es un acto ‘preparatorio’ elevado a delito y la de quienes opinan que el concepto de orden público es una abstracción sin contenido y no encuentran otro concepto que la sustituya”.

<sup>36</sup> En la medida, claro está, en que no exista un catálogo formal expreso que limite los delitos susceptibles de comisión en el marco de la asociación ilícita, como es el caso de la regulación alemana y española. Vid. la argumentación decisiva de RUDOLPHI, FS Bruns, p. 318; en esta línea se encuentran también OSTENDORF, JA 1980, pp. 499 y ss., 500; GIEHRING, StV 1983, pp. 296 y ss., 302; en parte también SCHROEDER, *Die Straftaten gegen das Strafrecht*, pp. 11, 28; LANGER-STEIN, *Legitimation und Interpretation*, pp. 209 y ss., 214; FÜRST, *Grundlagen und Grenzen*, pp. 65 y ss., 68 y s.; HOHMANN, wistra 1992, p. 86; SCHEIFF, *Strafrechtsschutz gegen kriminelle Vereinigungen*, pp. 25 y ss., 28 y s.; KRÜGER, *Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutbegriff*, pp. 167 y s.; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, LH Barbero Santos, pp. 669 y ss., 673 y ss.; HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 287; SILVA SÁNCHEZ, LH Ruiz Antón, pp. 1077 y s., 1082 y ss. Hay que subrayar que la idea de la especial peligrosidad respecto de los bienes jurídicos individuales correspondientes a infracciones posteriormente cometidas resulta dominante también en aproximaciones que, a pesar de ello, consideran que el bien jurídico protegido es de carácter colectivo; vid., por ejemplo, la argumentación de LK<sup>11-v</sup>. BUBNOFF, § 129, n.m. 1 y s. Con base en un razonamiento deductivo propio, que no coincide con el de la teoría de la anticipación (necesidad de una relación hacia bienes tangibles en toda infracción criminal), alcanza también KÖHLER (AT, pp. 567 y s.) esta definición del objeto protegido.

<sup>37</sup> En el marco de las argumentaciones respecto de cuál es la definición más acertada del bien jurídico, una cuestión tratada de modo controvertido en Alemania fue también la de si la correspondiente definición del injusto admite la aprehensión de organizaciones cuya actividad se produce sobre todo en el extranjero (RUDOLPHI, FS Bruns, pp. 318 y s.; IDEM, ZRP 1979, p. 216 (FÜRST, *Grundlagen und Grenzen*, pp. 59 y s. considera que éste fue un “argumento central” de RUDOLPHI). En este sentido, se afirmaba que la opción por un bien jurídico colectivo implicaría una laguna de punición (intolerable), ya que el orden público o la paz jurídica, en cuanto elementos colectivos, estarían referidos exclusivamente a la República Federal de Alemania; en el caso de la legislación alemana, la cuestión ha sido resuelta, como consecuencia de la eclosión del (precisamente) llamado terrorismo internacional después del 11.9.2001, por la intervención del legislador, que ha introducido un precepto específico para las organizaciones radicadas en el extranjero (§ 129b StGB); vid. sólo SK<sup>7</sup>-RUDOLPHI/STEIN, § 129 n.m. 2, § 129b n.m. 6 y s. A pesar de ello, como es obvio, se sigue planteando la (vieja) cuestión de qué es lo que, en el marco de sistemas políticos completamente distintos, debe considerarse desde la perspectiva de los ordenamientos jurídicos europeos occidentales terrorismo, qué resistencia legítima. Esta cuestión no suele plantearse en la discusión española –y los tipos correspondientes no la abordan, más allá de la previsión genérica de reconocimiento a efectos de reincidencia de sentencias extranjeras contenida en el art.

cia, los delitos de organización se conciben como meros delitos de peligro (abstracto)<sup>38</sup>.

La principal objeción<sup>39</sup> que se plantea frente a la doctrina de la anticipación es que reduce sin necesidad la perspectiva de análisis exclusivamente al aspecto del adelantamiento de la criminalización, sin alcanzar a identificar el bien jurídico específico (que, de acuerdo con estas críticas, sí existiría) tutelado por los delitos de organización más allá de los tipos de la Parte Especial afectados por las infracciones instrumentales de la organización<sup>40</sup>.

Además de esto, cabe constatar también que con carácter general, el predominio de aquello que puede ocurrir (y se pretende prevenir) frente a aquello que ya ha sucedido –al margen de las dudas sistemáticas que puede generar tal perspectiva–<sup>41</sup> puede conducir a que se subraye en exceso la fuente del peligro, es decir, el sujeto, en la definición del injusto, cayendo en consecuencia en una expansión incontrolable de lo aprehendido por la tipificación: “Quien... pena por hechos futuros, ya no tiene razón alguna para dejar impunes los pensamientos.”<sup>42</sup>

### III.3. Bien jurídico colectivo

Otro camino es el ensayado por el sector predominante de la doctrina, que ve en este ámbito no (sólo) una anticipación, sino un ataque directo contra un bien jurídi-

---

580 CP, a pesar de que parece indiscutible su actualidad: piénsese en una solicitud de extradición, sin ir más lejos, de un “terrorista” o “guerrillero” checheno. Otro argumento principal de RUDOLPHI (FS Bruns, pp. 315 y ss.; ZRP 1979, p. 216) – dirigido específicamente contra una comprensión de orientación social-psicológica (vid. al respecto a continuación en el texto) de la noción de “seguridad” o “paz” públicas– está en que de este modo, resulta imposible aprehender aquellas organizaciones clandestinas cuya existencia no ha trascendido a la opinión pública.

<sup>38</sup> Vid. sólo FÜRST, *Grundlagen und Grenzen*, pp. 63 y ss.; NK<sup>2</sup>-Ostendorf, § 129 n.m. 5; diferenciando en función de la densidad de las estructuras de organización (dependiendo de la intensidad de la estructura de dominio interna, se trataría de un delito de peligro abstracto o peligro concreto) LANGER-STEIN, *Legitimation und Interpretation*, pp. 150 y ss., 209 y ss., 212 y s.; también se suman a la tesis de la calificación de infracción de peligro HOHMANN, wistra 1992, p. 86; SCHEIFF, *Strafrechtsschutz gegen kriminelle Vereinigungen*, pp. 16 y s. Sin embargo, esta posición también aparece en autores que defienden la existencia de un bien jurídico colectivo en estas infracciones; vid., por ejemplo, LK<sup>11</sup>-v. BUBNOFF, § 129 n.m. 2; MüKo-MIEBACH/SCHÄFER, § 129 n.m. 4; respecto de la regulación portuguesa, DE FIGUEIREDO DIAS, *ComConCP 2*, p. 1157. Califica también de “delitos de actividad o de peligro abstracto” a las infracciones de colaboración con banda armada u organización terrorista el TS, vid., por ejemplo, STS 26.11.1984; 19.12.1988; 2.2.1993; 25.11.1995.

<sup>39</sup> Vid. también *infra* en el texto.

<sup>40</sup> Así, por ejemplo, LK<sup>11</sup>-v. BUBNOFF, § 129 n.m. 3; MüKo-MIEBACH/SCHÄFER, § 129 n.m. 1, ambos con ulteriores referencias; en España vid. sólo GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, RGLJ LXXII (1976), pp. 585 y s.; IDEM, *Asociaciones ilícitas*, pp. 140 y s.; en Portugal DE FIGUEIREDO DIAS, *ComConCP 2*, pp. 1159 y s.; *avant la lettre* ya MAURACH, BT<sup>5</sup>, p. 671: “el fundamento material de la punición” no está “en la relación, aún muy lejana, hacia el resultado (del delito planeado)..., sino en la conducta global de los intervinientes, que afecta negativamente a la autoridad del Estado”.

<sup>41</sup> “...la prueba de que concurre un injusto penal suficiente tan sólo se halla en delitos cometidos”, KÖHLER, AT, p. 567.

<sup>42</sup> JAKOBS, ZStW 97 (1985), pp. 771 y s.; vid. la argumentación loc. cit., pp. 751 y ss., 752, 754 y ss., 759 y ss., 771 y ss.

co autónomo de la “paz interior”, que comprendería también la “seguridad pública”,<sup>43</sup> la “seguridad pública interior”<sup>44</sup> o de la “seguridad pública y el orden estatal”<sup>45</sup>. Otras aproximaciones a un bien jurídico colectivo añaden a la referencia a la seguridad su vínculo con la organización del Estado: en diversas formulaciones, se alude al “poder coactivo del Estado”<sup>46</sup>.

Como muestra ya la enumeración que antecede, la utilización que se hace de estos términos –en particular, por parte de la jurisprudencia–, al igual que sucede en otros delitos relacionados con esta clase de objetos de protección colectivos, no es clara<sup>47</sup>. En todo caso, a pesar de que los términos utilizados en este ámbito son en gran medida intercambiables, cabe distinguir ya a primera vista dos (importantes) matices<sup>48</sup>: por un lado, a través de los distintos términos se hace referencia a la reacción jurídico-penal frente a una modificación en las percepciones fácticas de la sociedad que los delitos en cuestión producirían, es decir, al “ambiente” fácticamente existente en la población (*sensación* o *sentimientos* de [in]seguridad jurídica)<sup>49</sup>. Por otro lado, con estos términos en ocasiones se pretende identificar la concurrencia fáctica de una situación objetivo-externa de “paz” o de “seguridad” públicas en cuanto objeto de protección de los tipos penales de organización<sup>50</sup>.

<sup>43</sup> S/S<sup>26</sup>-LENCKNER, § 129 n.m. 1; en esta línea (“la paz pública, en particular, el orden y la seguridad públicos”) también SCHMIDHÄUSER, *BT*<sup>2</sup>, 12/27; con base en una fundamentación específica (“injusto del sistema”) también LAMPE, *ZStW* 106 (1994), pp. 706, 727; vid. también (“paz pública”) DE FIGUEIREDO DIAS, *ComConCP* 2, p. 1157; en Francia, la referencia a la seguridad pública es generalizada; vid., por ejemplo, MALABAT, *DPS*, n.m. 865 y ss.; a la “paz social” en relación con el terrorismo se refiere la STC 136/1999, FJ 29.

<sup>44</sup> LK<sup>11</sup>-v. BUBNOFF, § 129 n.m. 1; § 129a n.m. 4.

<sup>45</sup> TRÖNDLE/FISCHER, *StGB*<sup>33</sup>, § 129 n.m. 2; HOFMANN, *NStZ* 1998, p. 250; KINDHÄUSER, *BT* I, 41/1; incluyendo la paz pública, también está en esta línea la definición propuesta por MüKo-MIEBACH/SCHÄFER, § 129 n.m. 1; sin la referencia expresa al carácter estatal del “orden”, también ARZT/WEBER, *BT*, 44/11; LACKNER/KÜHL, *StGB*<sup>25</sup>, § 129 n.m. 1; GUZMÁN DÁLBORA, *RDPCr* 2 (1998), pp. 168 y ss., 176. Respecto de las posiciones doctrinales anteriores en torno al “orden público” en Italia, Francia y Alemania cfr. sólo el exhaustivo análisis de GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *RGLJ* LXXII (1976), pp. 573 y ss.

<sup>46</sup> MAURACH, *BT*<sup>3</sup>, pp. 670 y s.; vid. también OTTO, *BT*<sup>3</sup>, 90/4; similar (“autotutela del poder del Estado”) es la aproximación de GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *RGLJ* LXXII (1976), pp. 586 y ss., 588, 589; IDEM, *Asociaciones ilícitas*, pp. 142 y ss.; le siguen diversos autores en la bibliografía española –además de aparecer su definición en alguna sentencia–: vid., por ejemplo, STS 234/2001 (3.5.2001); SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO, *PE*<sup>10</sup>, p. 951; VIVES ANTÓN/CARBONELL MATEU, en: VIVES ANTÓN, *PE*, p. 1001; en esta línea está también una definición anterior de CARBONELL MATEU, concretando el marco estatal en el régimen constitucional actualmente en vigor: “la seguridad de la organización democrática del Estado” (*DJ* 37/40 [1983] vol. 2, pp. 1301 y s.); le sigue TAMARIT SUMALLA, en: *ComPE*<sup>5</sup>, p. 1938; vid. respecto de la crítica a esta posición específica, en la formulación dada por GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, el análisis de GUZMÁN DÁLBORA, *RDPCr* 2 (1998), pp. 161 y ss. (falta de concreción comparable a las versiones genéricas del “orden público”).

<sup>47</sup> Cfr. las reflexiones generales sobre este ámbito conceptual efectuadas por NK<sup>2</sup>-OSTENDORF, comentario previo a los §§ 123 y ss., n.m. 1 y ss.; S/S<sup>26</sup>-LENCKNER, § 126 n.m. 1.

<sup>48</sup> MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, p. 14.

<sup>49</sup> En este sentido S/S<sup>26</sup>-LENCKNER, § 129 n.m. 1; también LK<sup>11</sup>-v. BUBNOFF, § 129 n.m. 1; MüKo-MIEBACH/SCHÄFER, § 129 n.m. 1; esta orientación estaba ya extendida en la doctrina histórica italiana; vid. las referencias en GARCÍA PABLOS DE MOLINA, *Asociaciones ilícitas*, pp. 132 y s.; en el momento actual, por ejemplo, en ANTOLISEI/CONTI, *PS* II<sup>4</sup>, p. 239.

<sup>50</sup> En esta línea LK<sup>11</sup>-v. BUBNOFF, § 129 n.m. 1; MüKo-MIEBACH/SCHÄFER, § 129 n.m. 1; también S/S<sup>26</sup>-LENCKNER, § 126 n.m. 1, § 129 n.m. 1, afirmando que lo uno (la sensación social de [in]seguridad) constituye

La crítica principal<sup>51</sup> que se ha dirigido contra estas aproximaciones coincide en su núcleo con las objeciones planteadas contra la tesis de la anticipación: la indeterminación de las descripciones utilizadas (como revelaría que tan sólo supondrían una reformulación del cometido del ordenamiento jurídico penal en su conjunto) por este sector para caracterizar el objeto de protección colectivo abriría las puertas a una criminalización ilimitada<sup>52</sup>.

### III.4. Injusto de amenaza

Una tercera posición ha sido desarrollada sobre todo por *Jakobs*<sup>53</sup>. Su concepción se encuentra en cierto modo en la tierra de nadie entre los dos grandes campos teóricos de la anticipación (bienes jurídicos individuales) y de las diversas aproximaciones en torno a objetos de protección colectivos que constituyen el punto de vista dominante: por un lado, rechaza el mero recurso a la idea de la anticipación; por otro, se manifiesta en contra de una definición puramente social-psicológica o generalizadora y difusa de un objeto de protección en la órbita de la “paz jurídica”. Por un lado, desenmascara a la obsesión por futuras lesiones de bienes jurídicos como ganza ilegítima para una criminalización sin límites posibles. Por otro lado, propone un nuevo camino para la definición de la “paz jurídica” como objeto de protección, en el que la perturbación de esta paz —en referencia a las lesiones futuras— puede ser comprendida, en cuanto quebrantamiento de una norma flanqueante, como un *injusto parcial*.

Una de las razones de fondo del carácter ilimitado de la tendencia general hacia la criminalización de conductas en el estadio previo a una lesión de un bien jurídico concreto la encuentra *Jakobs* en una absolutización de la protección de bienes jurídico, “...cuando se intenta definir la situación de integridad social a través de la inco-

---

el elemento “subjetivo”, mientras que lo otro (la [in]seguridad en sentido fáctico) constituiría el elemento “objetivo” del bien jurídico protegido. En la doctrina española, hacen uso de tal noción de “paz pública” objetiva respecto de los delitos de terrorismo, ya antes de la introducción de la mención expresa en los delitos de terrorismo en 1995, por ejemplo, RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, *ComLP XI*, pp. 138 y s.; con posterioridad, por ejemplo, HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, en: *CP-DyJ III*, p. 4885; PRATS CANUT, en: QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, *ComPE*<sup>5</sup>, p. 2093.; POLAINO NAVARRETE, en: COBO DEL ROSAL, *Curso PE II*, p. 906; decididamente en contra, por ejemplo, GARCÍA ARÁN, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN, *ComCP PE II*, p. 2607.

<sup>51</sup> En la doctrina alemana es famosa en este ámbito una de las diatribas de Karl BINDING, dirigida contra “el trastero de concepto” que para él era la noción de “orden público” (vid. *Die Normen und ihre Übertretung*, t. I, pp. 351 y s.).

<sup>52</sup> Cfr. de momento sólo RUDOLPHI, *ZRP* 1979, p. 216: si el criterio de interpretación de los delitos en cuestión se define como la perturbación del orden o de la seguridad públicos, “ello conduce necesariamente a una interpretación extensiva de los elementos individuales” de la infracción; vid. en la misma línea la posición crítica de SCHROEDER, *Die Straftaten gegen das Strafrecht*, p. 14.

<sup>53</sup> *ZStW* 97 (1985), pp. 751 y ss., 753 y ss., 773 y ss.; le sigue, al menos parcialmente, MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, pp. 213 y s., 219; SCHEIFF, *Strafrechtsschutz gegen kriminelle Vereinigungen*, p. 28; en parte también en la aproximación de PASTOR MUÑOZ, *Los delitos de posesión y los delitos de estatus*, pp. 66 y ss.; ZIFFER, *El delito de asociación ilícita*, pp. 60 y ss., 65 y s.



luminidad de bienes jurídicos”<sup>54</sup>. De acuerdo con su posición, esta aproximación no puede hacer justicia a la posición jurídica de un ciudadano, ya que ésta debe ser definida desde un principio normativamente por la atribución de “una esfera libre de control”: principio del hecho.

Como es sabido, el principio del hecho es entendido en la doctrina habitualmente como aquel principio, genuinamente liberal, con base en el cual ha de excluirse toda responsabilidad penal por meros pensamientos, es decir, como rechazo a un Derecho penal de la actitud interna<sup>55</sup>. Si este contenido es desarrollado consecuentemente –como lo ha hecho *Jakobs*<sup>56</sup>-, queda claro que la esfera interna que es atribuída a los ciudadanos no queda limitada a los impulsos neuronales: parafraseando una canción popular alemana, algo más que el pensamiento “es libre” si se intentan describir las estructuras de imputación reales que existen. Desde esta perspectiva, *Jakobs* quiere vincular de modo indisoluble la definición del injusto al estatus ciudadano: sólo es legítima una criminalización si respeta su esfera de libertad. El ciudadano tan sólo abandona esta esfera a través de una arrogación de organización ajena actual y externalizada<sup>57</sup>. En consecuencia, no es posible legitimar el delito de asociación ilícita recurriendo exclusivamente a la idea de una anticipación de la protección de bienes jurídicos<sup>58</sup>.

Sin embargo, lo que no puede ser como anticipación de la protección de bienes jurídicos, puede resultar admisible en cuanto anticipación del objeto de protección<sup>59</sup>: si –según *Jakobs*- puede determinarse que la conducta en cuestión no infringe una norma principal, pero sí una norma de flanqueo, colateral, puede tratarse de un “fragmento de injusto” que eventualmente sea susceptible de legitimación, de un “injusto parcial”. La norma de flanqueo, a modo de un bastión militar previo a la fortificación principal, no protege al bien principal –frente a éste, (aún) no cabe detectar arrogación alguna-, pero sí a las condiciones de vigencia de la norma principal, más concretamente, la base cognitiva de ésta<sup>60</sup>. En coherencia con los puntos de partida conceptuales de *Jakobs* en materia de teoría de la pena y de definición del injusto, la norma no sólo se encuentra orientada con base en la relación bilateral entre autor y norma, sino también en atención a la sociedad en su conjunto<sup>61</sup>. Para *Jakobs*,

<sup>54</sup> ZStW 97 (1985), 753, partiendo de la famosa crítica de WELZEL frente a un entendimiento “de museo” de los bienes jurídicos, ZStW 58 (1939), pp. 491 y ss., 515; vid. también, con carácter general, JAKOBS, AT<sup>2</sup>, 2/3 y ss., 2/19 y ss., 2/22 y ss.

<sup>55</sup> Vid., por ejemplo, la sintética exposición en STRATENWERTH/KUHLEN, AT<sup>2</sup>, 2/25 y ss.

<sup>56</sup> ZStW 97 (1985), pp. 752 y ss., 761.

<sup>57</sup> Que concurrirá, en particular, cuando pierda el control sobre las emanaciones de su ámbito de organización, JAKOBS, ZStW 97 (1985), pp. 762 y ss., 765, 766: “Donde termina el dominio de los sujetos acaba la libertad ciudadana”; este aspecto de la pérdida de control es subrayado para el ámbito que aquí interesa de modo destacado en la aproximación de ZIFFER, *El delito de asociación ilícita*, pp. 65 y s.

<sup>58</sup> JAKOBS, ZStW 97 (1985), pp. 751 y ss., 756 y s., 773, 778; IDEM, AT<sup>2</sup>, 2/25a.

<sup>59</sup> JAKOBS, ZStW 97 (1985), pp. 773 y s.

<sup>60</sup> ZStW 97 (1985), pp. 775 y ss.

<sup>61</sup> En cuanto a la primera, vid. sólo JAKOBS, AT<sup>2</sup>, 1/4 y ss., 1/14, 2/1 y s.; el último estadio de evolución se presenta en IDEM, *Die Staatliche Strafe, passim*; IDEM, LH Reyes Echandía, pp. 339 y ss.; sobre la evolución de la

una confianza mínima de la colectividad en la norma es presupuesto de su vigencia. Esta confianza falta, en su opinión, cuando –como sucede, entre otros, en el caso de las conductas aprehendidas por las infracciones que aquí interesan- concurre una “elevación drástica del riesgo”<sup>62</sup> normal. El anuncio masivo de la comisión futura de hechos punibles sponne tal elevación del nivel de riesgo ubicuo que causaría, desde este punto de vista, “efectos de desorientación”, es decir, precisamente la conmoción de la base cognitiva de la confianza en la norma, de la “paz social”<sup>63</sup>. Desde esta perspectiva, por tanto, la asociación ilícita puede ser criminalizada legítimamente en cuanto injusto parcial en este sentido, aunque –puesto que sólo se trata de un mero injusto *parcial*- en un marco menos elevado que el que establece en este ámbito el Derecho positivo<sup>64</sup>.

De este modo, por un lado, *Jakobs* ha elevado la determinación del injusto al plano de la comunicación<sup>65</sup>: no se trata, de modo difuso, de una anticipación o de unos sentimientos sociales, sino de los efectos de las conductas aprehendidas típicamente sobre la vigencia de la norma. Por otro lado, con su construcción entreteje concreta e indisolublemente el estatus de ciudadano del autor con la definición del injusto: si el autor es *per definitionem* un sujeto con una esfera interna normativamente atribuida, frente a la constatación de la salida de ésta (de la arrogación de organización) se plantean requisitos explicativos de especial intensidad. La circunstancia de que aquí se actúa –en la formulación clásica del antiguo canciller de la República Federal de Alemania, *Helmut Schmidt*<sup>66</sup>– en el margen más extremo de lo que es posible en el marco de un Estado de Derecho queda evidenciado en esta aproximación con la misma intensidad que mediante la opción de destacar exclusivamente la ubicación de los delitos de organización como infracciones de anticipación.

En esta aproximación, sin embargo, quedan abiertos dos elementos: por un lado, la cuestión de la solidez del medio que *Jakobs* propone a efectos de “toma de tierra” hacia los concretos efectos sociales empíricos (la afectación de la base cognitiva de la

---

teoría funcional de la pena de *Jakobs* vid. sólo CANCIO MELIÁ/FEIJOO SÁNCHEZ, en: JAKOBS, *La pena estatal: significado y finalidad*, 2006, pp. 15 y ss. y PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, *Un nuevo sistema*, pp. 15 y ss.; respecto de la monografía sobre la pena estatal acabada de citar, vid. también la recensión de SILVA SÁNCHEZ, *InDret* 4/2006, 377 ([www.indret.com](http://www.indret.com)). Respecto de la segunda, cfr. sólo JAKOBS, *ZStW* 89 (1977), pp. 1 y ss.; IDEM, *ZStW* 97 (1985), 751 y ss., 758 y ss.; IDEM, *La imputación objetiva en Derecho penal, passim*; vid. al respecto la exposición en PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, *Un nuevo sistema*, pp. 83 y s.

<sup>62</sup> JAKOBS, *ZStW* 97 (1985), p. 775; cfr. también IDEM, *AT*<sup>2</sup>, 2/25c.

<sup>63</sup> JAKOBS, *AT*<sup>2</sup>, 2/20; esta paz social debe pertenecer en la sociedad en cuestión a la esfera pública, es decir, ser paz *jurídica* (op. cit., 2/21).

<sup>64</sup> JAKOBS, *ZStW* 97 (1985), pp. 778 y s.

<sup>65</sup> Así también MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, p. 213; en parte crítico, por ejemplo, el análisis de BECK, *Unrechtsbegründung und Vorfeldkriminalisierung*, pp. 50 y s.

<sup>66</sup> Utilizada en un debate en el Parlamento federal al comienzo de la época más violenta de terrorismo de orientación revolucionaria (sobre todo, la RAF, llamada en sus inicios “banda Baader-Meinhof”) en los años setenta, el día 15.3.1975.

vigencia de la norma)<sup>67</sup>, y, por otro, la cuestión de si esta concepción está ya en condiciones de aprehender suficientemente la aparición específica de la organización como realidad emergente en la definición del injusto.

## IV. Arrogación de organización y significado político

### IV.1. Crítica

#### a) Peligrosidad

Como antes se ha expuesto, el modelo de la anticipación concibe los delitos de organización no como lesión actual de un bien jurídico (colectivo-social o colectivo-estatal), sino, sobre todo, desde la perspectiva de las infracciones que posteriormente se cometerán en el marco de la organización (y de sus correspondientes bienes jurídicos de titularidad individual). Por consiguiente, preceptos como los arts. 515 y ss. CP o los §§ 129, 129a StGB contienen ante todo *anticipaciones* de la punibilidad<sup>68</sup>.

Ciertamente, la referencia dominante al hecho de que aquí se emplea el Derecho penal de modo masivo mucho antes de una lesión concreta-individual introduce una adecuada tensión político-criminal -es decir, consciencia del carácter problemático en términos de legitimidad de todo el modelo- en el análisis de determinación del contenido de injusto<sup>69</sup>. Sin embargo, la aprehensión del elemento específico de los delitos de organización es deficitaria: ciertamente, se diagnostica la especial dimensión del colectivo, pero ello sólo en el limitado sentido de que la situación fáctica generada por la existencia de la organización criminal en cuanto agente colectivo conduce a la concurrencia de una *especial peligrosidad*<sup>70</sup>: la estructura del colectivo, por lo tanto, aparece únicamente a título de una especie de factor de multiplicación de los elementos de peligrosidad individuales<sup>71</sup>.

<sup>67</sup> Esta idea de la necesidad de una "cimentación cognitiva" de la vigencia de la norma mediante la imposición de una pena ha sido introducida recientemente por *Jakobs* en cuanto elemento nuclear y general del actual estadio de evolución de su teoría de la pena (concretamente: para explicar el dolor penal); vid. *JAKOBS, Staatliche Strafe*, pp. 5 y ss., 26 y ss., 30 y *passim*; cfr. la corrección expresa de su posición anterior en op. cit., p. 31, nota 147. Más bien escépticos respecto de esta orientación CANCIO MELIÁ/FEJOO SÁNCHEZ, en: *JAKOBS, La pena estatal*, pp. 53 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *InDret* 4/2006, 377 ([www.indret.com](http://www.indret.com)), pp. 3 y ss., la saluda: "¡Bienvenido al mundo real, querido profesor Jakobs!" (p. 6).

<sup>68</sup> Por todos RUDOLPHI, *FS Bruns*, p. 318.

<sup>69</sup> Además, hay que subrayar que esta concepción, desde luego, "tiene el atractivo de su sencillez y coherencia", y que "se ha alzado contra los excesos de la abstracción y las interpretaciones ambiguas del concepto de 'orden público'" (así ya GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *RGLJ LXXII* (1976), p. 584).

<sup>70</sup> Cfr. sólo RUDOLPHI, *FS Bruns*, p. 317; SILVA SÁNCHEZ, *LH Ruiz Antón*, p. 1077.

<sup>71</sup> Resulta característica la argumentación de RUDOLPHI (*ZRP* 1979, p. 215): después de destacar la primacía absoluta del colectivo en las organizaciones terroristas, deduce de ello solamente que éstas serían especialmente peligrosas. Esta consideración (limitada) del factor peligrosidad está en primera línea de las reflexiones en el campo de la teoría de la anticipación, pero aparece también en muchas otras propuestas orientadas con base en un objeto de protección divergente. Así sucede, por ejemplo, en la aproximación presentada recientemente en la monografía de PASTOR MUÑOZ (*Los delitos de posesión y los delitos de estatus*, pp. 66 y ss., 69 y s., 78,

Sin embargo, esta aproximación tropieza irremediablemente con la realidad del Derecho positivo: partiendo de la perspectiva exclusiva de la peligrosidad, no puede explicarse la existencia de la incriminación específica, desligada de toda comisión de ulteriores lesiones concretas, de los delitos de organización<sup>72</sup>. En efecto, para aprehender esta peligrosidad incrementada, bastaría el recurso –como cada vez es más frecuente y también existía en diversas legislaciones históricas- a una circunstancia agravatoria para la comisión en grupo en las diversas infracciones concretamente lesivas de bienes jurídicos individuales<sup>73</sup>.

Cabe constatar, por tanto, lo siguiente: la teoría de la anticipación intenta resistir la presión político-criminal hegemónica hacia un incremento de la eficiencia de los mecanismos de prevención policial mediante una racionalización de la decisión legislativa de incriminación autónoma de la mera pertenencia a las organizaciones tipificadas; la explicación-legitimación de esta anticipación tan sólo puede explicarse por un potencial de riesgo extraordinario. De ahí que desde este sector de la doctrina, sea habitual insistir en el carácter “excepcional” de la incriminación. Sin embargo, para la construcción de su discurso de coloca en el mismo plano de argumentación que aquella orientación político-legislativa: el plano de la prevención fáctico-policial, y con ello, en una pendiente deslizante<sup>74</sup>: si el cometido perseguido se identifica, en tradición utilitarista, única y exclusivamente con la evitación fáctica de futuros delitos, como indica el dicho, “el miedo es libre”. La lógica de la prevención fáctica es la de la policía<sup>75</sup>, no la del Derecho penal, y no conoce límites

87, 89): a pesar de que asume –siguiendo a *Kindhäuser* y *Jakobs*- un objeto de protección autónomo “seguridad”, afirma a continuación que ese injusto autónomo de la lesión de la seguridad (en cuanto “equivalente funcional” de una peligrosidad objetivamente determinado) se halla en la mera manifestación de peligrosidad subjetivo-individual (en consecuencia, esta autora considera que los delitos de organización constituyen el supuesto paradigmático de una categoría de “delitos de estatus”). La misma argumentación combinada está presente en la sentencia del Tribunal Constitucional 136/1999, referida al delito de colaboración armada, en la que (FJ 27 y 29) se hace uso de una argumentación peligrosista para identificar como objeto atacado la “paz social”.

<sup>72</sup> Así la argumentación de ZIFFER, *El delito de asociación ilícita*, p. 41.

<sup>73</sup> Como fueron introducidas en diversas legislaciones históricas para la comisión de infracciones por parte de una banda o cuadrilla y se están introduciendo ahora para la comisión en el contexto de la criminalidad organizada (aunque en el Derecho positivo, estas agravantes concurren con una punibilidad autónoma de la asociación ilícita). En favor de la solución de la (mera) agravación MOCCIA, *La perenne emergenza*<sup>2</sup>, pp. 65 y ss., 68 y ss.; BECK, *Unrechtsbegründung und Vorfeldkriminalisierung*, pp. 206 y ss.; también ACALE SÁNCHEZ (en: ARROYO ZAPATERO, *La reforma*, p. 161) propone limitar la reacción específica –en materia de terrorismo- a la determinación de la pena, prescindiendo de la incriminación “abstracta” de la mera pertenencia a la organización. SILVA SÁNCHEZ (LH Ruiz Antón, pp. 1083 y ss.) opina (siendo partidario de la tesis de la anticipación), que esta solución no tendría en cuenta de modo suficiente el especial potencial de peligrosidad de la organización, de modo que en la tipificación autónoma de la intervención en la asociación ilícita sería necesario llevar a cabo una relativización (“adaptación”) de los requisitos que rigen la codelinencia normal.

<sup>74</sup> “Sin embargo, siempre se podrá afirmar la necesidad de una protección tan anticipada, por lo que ello no ofrece fundamentación alguna”, JAKOBS, AT<sup>2</sup>, 2/19; vid. también IDEM, ZStW 97 (1985), pp. 752 y ss.; MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, pp. 218 y s.; KÖHLER, AT, pp. 566 y s.; PASTOR MUÑOZ, *Los delitos de posesión y los delitos de estatus*, p. 76.

<sup>75</sup> En el mejor de los casos: si no se trata directamente de un proceso en el que predomina la categorización-demonización; vid. el desarrollo de esta tesis respecto del “Derecho penal” del enemigo en CANCIO MELIÁ, ZStW 117 (2005), pp. 267 y ss.; IDEM, en: JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*<sup>2</sup>, pp. 85 y ss.

internos<sup>76</sup> ante la consecución del objetivo del combate eficiente contra las fuentes de peligro. La falta de definición específica del injusto en este ámbito tampoco es susceptible de ser sustituida sin más por un pensamiento exclusivamente principialista y orientado al discurso político<sup>77</sup>. Por el contrario, una teoría del Derecho penal con ambición sistemática aquí debe penetrar hasta la definición del injusto, para –en la medida de lo posible– enfrentarse a una extensión ilimitada del alcance de la tipicidad en su germen (teóricamente) decisivo.

La referencia establecida en la propuesta de *Jakobs* hacia las condiciones cognitivas de la vigencia de la norma, como antes se ha expuesto, da un paso más allá: el aspecto de la peligrosidad queda así vinculado al plano genuinamente jurídico-penal, el de la vigencia de la norma. Ahora bien, ha de constatarse que en la construcción de *Jakobs* –elaborada con carácter general respecto de la cuestión de la anticipación de la criminalización y no de modo específico para los delitos de organización–, la afectación de esa cimentación cognitiva es definida de modo predominante como amenaza, es decir, como arrogación de organización que consiste en el anuncio de la comisión futura de delitos. De este modo, la fundamentación del injusto también queda trabada en la prevención (fáctica), por lo que se dificulta la aprehensión específica de la dimensión colectiva (de lo que ya ha ocurrido: la constitución de la organización). Aquí hay espacio para una ulterior normativización<sup>78</sup>.

#### b) Bien jurídico colectivo y repercusiones sociales

El denominador común de los análisis críticos que han sido hechos respecto de los modelos teóricos basados en un bien jurídico colectivo está, como antes se ha anticipado, en el reproche de que se trata de una aproximación estructuralmente carente de límites y que abriría, por tanto, todas las puertas a un entendimiento arbitrario del alcance del tipo. Desde este punto de vista, en particular, las aproximaciones universalistas al bien jurídico implicarían la posibilidad de incluir en el ámbito

<sup>76</sup> Estos, por el contrario, deben ser aportados desde fuera a la definición de la infracción; fundamental a este respecto JAKOBS, ZStW 97 (1985), p. 753. Un ejemplo: SILVA SÁNCHEZ propone limitar la asociación ilícita a aquellas cuyo objeto sea la comisión de delitos graves; sólo así, desde su punto de vista, se podrá justificar la anticipación de la criminalización (LH Ruiz Antón, p. 1092). Si se entra de este modo en consideraciones *cuantitativas*, cabe temer que la discusión político-criminal en los planos de la interpretación y de la política legislativa será poco ventajosa ante la ubicuidad de los argumentos orientados a la prevención (téngase en cuenta que en España el Derecho positivo incluye desde el año 2003 expresamente en el tipo la organización criminal para la comisión de meras *faltas*): ¿cuándo hay una *especial* peligrosidad?

<sup>77</sup> Como muestra el continuado y generalizado desmoronamiento de los muros garantistas precisamente en la aprehensión de las organizaciones terroristas y de su entorno en los últimos años, siempre que haya concurrido “necesidad de acción” político-legislativa; cfr. sólo CANCIO MELIÁ, JpD 44 (2002), pp. 19 y ss. y ASÚA BARRITA, FARALDO CABANA y LANDA GOROSTIZA en: CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Derecho penal del enemigo*, respectivamente, t. 1, pp. 239 y ss., 757 y ss.; t. 2, pp. 165 y ss.

<sup>78</sup> PASTOR MUÑOZ (*Los delitos de posesión y los delitos de estatus*, pp. 61 y ss., 75 y ss.) postula esta normativización del concepto, pero no la lleva a cabo: en su posición la “dimensión comunicativa” consiste tan sólo en la mera manifestación de la peligrosidad individual que supone, en su opinión, la integración en la organización delictiva.

criminalizado agrupaciones que no generan un nivel particularmente elevado de riesgo<sup>79</sup>.

Por otro lado, también se ha manifestado el temor de que la opción de tomar como punto de referencia la afectación fáctica de la “paz jurídica” por medio de una actitud de “enemistad frente al ordenamiento jurídico”<sup>80</sup> puede significar que con ello “se potencie una subjetivación difícilmente compatible con el principio del hecho”<sup>81</sup>.

A la hora de llevar a cabo una valoración de estas aproximaciones, parece adecuado distinguir entre la vertiente colectivo-subjetiva y la vertiente fáctica de las correspondientes nociones del objeto de protección.

En la medida en que la paz jurídica se identifica con determinadas percepciones fácticas en la población, es cierto que con ello se entra en un campo extremadamente inseguro desde el punto de vista empírico<sup>82</sup> y, desde luego, completamente minado<sup>83</sup> político-criminalmente<sup>84</sup>.

Estas objeciones parecen convincentes. Sin embargo, más allá de ellas, el factor decisivo es previo: está en que esta aproximación empirista, basada en los sentimientos colectivos, ni siquiera transcurre en el plano del Derecho penal, el del significado social<sup>85</sup>. Las normas jurídicas –y su concreta reconstrucción jurídico-dogmática– no reaccionan frente a los humores del público; la norma jurídico-penal no depende, como es evidente, del “ambiente” social en un determinado momento. Si se recurre a

<sup>79</sup> Vid. por todos las argumentaciones de RUDOLPHI, ZRP 1979, p. 216; NK<sup>2</sup>-OSTENDORF, § 129 n.m. 5.

<sup>80</sup> Así, por ejemplo, LK<sup>11</sup>-V. BUBNOFF, § 129, n.m. 1: “El merecimiento de pena... deriva de la enemistad frente al ordenamiento jurídico que se manifiesta en los objetivos de los miembros y colaboradores”; cfr. ya MAURACH, BT<sup>3</sup>, p. 670 (“abierta enemistad hacia el ordenamiento jurídico”).

<sup>81</sup> FÜRST, *Grundlagen und Grenzen*, p. 69; vid. también MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, p. 218; NK<sup>2</sup>-OSTENDORF, § 129 n.m. 5.

<sup>82</sup> Desde la perspectiva crítica, se afirma que esta concepción implica un mero reflejo de sentimientos colectivos de difícil determinación y de la ausencia de una demostración de la relevancia jurídico-penal de esos fenómenos colectivos, aunque pudieran ser detectados con alguna seguridad metodológica; vid. en este sentido GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, RGLJ LXXII (1976), pp. 582 y s.; IDEM, *Asociaciones ilícitas*, pp. 132 y s., 139; GIEHRING, StV 1983, p. 302; NK<sup>2</sup>-OSTENDORF, § 129 n.m. 5; exhaustivamente en el análisis de LANGER-STEIN, *Legitimation und Interpretation*, pp. 122 y ss.; vid. también ZIFFER, *El delito de asociación ilícita*, pp. 36, 38 y ss. Este riesgo también es percibido por el propio S/S<sup>26</sup>. LENCKNER (§ 129 n.m. 6) cuando advierte en contra de que se recurra a elementos del “actual clima social” que se hallan “fuera del tipo propiamente dicho” para valorar la concurrencia de una afectación de la “seguridad pública”. Respecto de la provocación de sentimientos de inseguridad mediante vulneraciones manifiestas del ordenamiento jurídico (especialmente, a través del terrorismo) vid. sólo el análisis de ARZT, *Der Ruf nach Recht und Ordnung*, pp. 18 y ss., 137 y ss.; más recientemente, cfr. las reflexiones generales respecto de la generación de sentimientos de temor por la criminalidad en KUNZ, GS Schlüchter, pp. 727 y ss., 733.

<sup>83</sup> Piénsese sólo en cuáles pueden ser las reacciones exigidas por los “sentimientos de [in]seguridad” de la población inmediatamente después de un atentado terrorista masivo.

<sup>84</sup> Llevando *ad absurdum* la fijación de este sector doctrinal partidario de la conexión con la psicología social empírico-concreta, RUDOLPHI (vid., por ejemplo, ZRP 1979, p. 216) llegó a aducir en contra de esta parte de la opinión dominante que no estaría en condiciones, por lo tanto, de aprehender a una organización clandestina cuya existencia aún no hubiera transcendido.

<sup>85</sup> Como ha mostrado MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, pp. 212 y s.

la sensación social de inseguridad para definir la paz, el orden o la seguridad públicos, el problema de la determinación conceptual del objeto de protección tan sólo queda desplazado hacia lo empírico, y, con ello, en este caso, librado a la arbitrariedad.

Si, en segundo lugar, se prefiere objetivar la noción de paz u orden públicos, es decir, concebirla como una situación de hecho de tranquilidad, también son correctas las críticas antes expuestas conforme a las cuales tal aproximación al objeto de protección significaría una duplicación del cometido global del ordenamiento jurídico (-penal) de control social, implicando, por lo tanto, una definición aparente, incorrecta del bien jurídico, convirtiendo artificiosamente en concreto objeto de protección de los delitos de organización al elemento genérico que constituye el fin último de todo el Derecho penal<sup>86</sup>. En conclusión, este concepto de bien jurídico no es tal, sino sólo un envoltorio huero que puede abrir el camino a la arbitrariedad<sup>87</sup>.

## IV.2. Arrogación de organización política

### a) Puntos de partida

Ambas grandes concepciones teóricas -la tesis de la anticipación y la opción por un bien jurídico colectivo específico de los delitos de organización-, claramente antagonistas a primera vista, en realidad tienen bastantes cosas en común: por un lado, el facticismo que puede apreciarse en el papel central que reservan al peligro<sup>88</sup> que emana de la organización o, en parte, como antes se ha esbozado, al registrar teóricamente los efectos de psicología social de estas infracciones. Por otro lado, como antes se ha expuesto, la existencia de las infracciones autónomas en cuestión tampoco es sometida a crítica por el sector doctrinal que defiende la perspectiva de la anticipación para la definición del injusto.

Ambos puntos de partida -que dominan entre ambos la práctica totalidad de la discusión dogmática- parecen no estar en condiciones de aprehender el contenido

<sup>86</sup> Desde una perspectiva más general sobre los bienes jurídicos de “paz jurídica” vid. sólo el análisis crítico de ROXIN, *AT I*, 2/47; específicamente respecto de los delitos de organización SK<sup>1</sup>-RUDOLPHI/STEIN, § 129 n.m. 4; OSTENDORF, *JZ* 1979, p. 253; IDEM, *JA* 1980, 500; IDEM, *NK*<sup>2</sup>, § 129 n.m. 5; SCHROEDER, *Die Straftaten gegen das Strafrecht*, p. 11; apoyándose en una interesante deducción histórica, LANGER-STEIN, *Legitimation und Interpretation*, pp. 85 y ss., 88; vid. también KRÜGER, *Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsbegriff*, pp. 166 y s.; ZIFFER, *El delito de asociación ilícita*, pp. 38 y ss.

<sup>87</sup> Por ello, tiene razón MÜSSIG (*Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, p. 241; vid. también pp. 216 y ss.) cuando habla de una definición “tautológica por principio”. No aporta una descripción más exacta de un objeto de protección autónomo que la referencia expresa al conjunto de los bienes jurídicos protegidos en la Parte Especial que defiende la tesis de la anticipación (como señala LANGER-STEIN, *Legitimation und Interpretation*, pp. 88, 240).

<sup>88</sup> En este sentido, por ejemplo, LK<sup>11</sup>-v. BUBNOFF, § 129 n.m. 1 y MüKo-MIEBACH/SCHÄFER, § 129 n.m. 1 y s., siendo destacados representantes de la ortodoxia de la opinión mayoritaria, a favor de un bien jurídico colectivo, subrayan de modo especial la peligrosidad de la organización como justificación de la imposición de la pena; vid. en este sentido también los análisis de MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, pp. 15, nota 13, 217 y ss.; ZIFFER, *El delito de asociación ilícita*, p. 41.

de injusto específico de los delitos de organización. Una consecuencia de ello está en el riesgo, ya en camino de concretarse, de una posible aplicación desmesurada de las infracciones de organización, o, dicho desde una perspectiva más modesta en cuanto a la repercusión del análisis teórico, en una penetración dogmática insuficiente de la extensión del ámbito típico en el plano de su formulación legal y de su aplicación judicial.

Por ello, parece prometer un progreso en la definición del injusto examinar con mayor detenimiento dos segmentos (que, como se intentará mostrar, mantienen una relación de mutua influencia) de la relevancia social de las organizaciones que aquí interesan: en primer lugar, su *dimensión colectiva*; en segundo lugar, la especial amenaza que su existencia supone respecto de determinados valores jurídico-políticos, amenaza que constituye su *significado*.

#### b) Colectivo y miembro

1. Como antes se ha mostrado, en el plano dogmático, las organizaciones sólo se perciben en lo que se refiere al incremento de peligrosidad que suponen frente a autores individuales o concertados de modo esporádico, es decir, su cualidad de dispositivos de multiplicación de los distintos factores de riesgo respecto de los bienes jurídicos individuales afectados por las infracciones cometidas a través de la organización. Con toda certeza, esta especial peligrosidad de las organizaciones delictivas es un punto de vista de gran relevancia para su comprensión dogmática. Sin embargo, resulta dudoso que este elemento pueda aprehender ya el contenido verdaderamente específico de los delitos de organización. Las fuentes de peligro en el estadio de (e incluso previo a la) preparación son ubicuas: también un autor aislado decidido a pasar a la comisión puede ser muy peligroso<sup>89</sup>.

Parece claro que aquí aún falta algo. Al margen de la intensificación de la peligrosidad a través de la dinámica de grupo<sup>90</sup>, un actor colectivo entra en escena: la organización emerge como magnitud social autónoma. Cotidianamente se dice o se dijo que la RAF o ETA<sup>91</sup>, Cosa Nostra, el cártel mexicano de Tijuana o el Comando Vermelho en Brasil piensan, planean, dicen, exigen, hacen algo. Este aspecto ha sido destacado de modo convincente en la bibliografía alemana en tiempos recientes especialmente por parte de *Lampe*, quien recurre para ello a la terminología de un “injusto de sistema” que emanaría de un “sistema de injusto”: pasa a primer plano la

<sup>89</sup> También en este caso, la intervención en el estadio de planeamiento (¿y por qué no antes?) sería perfectamente funcional en una aproximación preventivista-facticista.

<sup>90</sup> Aunque, como es lógico, muchos elementos de esta función de catalizador no son seguros en el plano del conocimiento empírico de su funcionamiento; vid. al respecto el análisis en detalle en LANGER-STEIN, *Legitimation und Interpretation*, pp. 153 y ss., 157 y ss.

<sup>91</sup> Respecto del terrorismo dice acertadamente RUDOLPHI (ZRP 1979, p. 215): “Quien soporta las actividades terroristas no es... el individuo, sino el grupo”; en el mismo sentido, por ejemplo, LAMARCA PÉREZ, ADPCP 1993, p. 551: “En cierto modo, cabe decir que el sujeto no es el terrorista, sino el grupo terrorista que construye un contraordenamiento respecto al Estado”.



personalidad propia de las organizaciones criminales en cuanto “sistemas de injusto constituidos”<sup>92</sup>.

2. Sin embargo, hecho este planteamiento, inmediatamente se plantea la cuestión de cómo puede aprehenderse esa dimensión colectiva en el sistema de imputación jurídico-penal, es decir, cuál es el dispositivo de adaptación que puede permitir pasar de la relevancia autónoma de la personalidad de la organización a la atribución de responsabilidad individual a los sujetos que intervienen en ella. Dicho de otro modo: ¿cómo puede integrarse la emergencia de la organización en el injusto de *un* autor?<sup>93</sup>

En cuanto se adopta una perspectiva orientada con base en el significado autónomo de la organización, inmediatamente se percibe el paralelismo que puede establecerse respecto de la discusión en torno a la cuestión de la pena a imponer a las personas jurídicas u otros entes colectivos. Como recientemente ha aducido *Silva Sánchez* en contra de este modo de ver la problemática, partir conceptualmente “del colectivo” parece desembocar necesariamente en una transferencia de responsabilidad: en última instancia, esta línea de pensamiento conduciría, desde este punto de vista, a un mero *injusto de adhesión*.

“La cuestión es, sin embargo, si el injusto sistémico de la organización... constituye un injusto apto para ser imputado luego, por separado, a *cada miembro concreto* de la organización”<sup>94</sup>: “en realidad, la lógica de la noción de ‘injusto sistémico’ conduce a una responsabilidad colectiva...”<sup>95</sup>, es decir, a un modelo de transferencia de la responsabilidad (desde el colectivo al sujeto individual), de modo paralelo a la conocida formulación de la problemática en la doctrina crítica en el ámbito de la punibilidad de las personas jurídicas o empresas<sup>96</sup>, mientras que la perspectiva de la anticipación, que *Silva Sánchez* defiende, sí posibilitaría una verdadera responsabilidad personal, genuinamente derivada de un hecho propio<sup>97</sup>. En conclusión, la perspectiva prioritaria de la organización conduciría a un mero injusto por adhesión<sup>98</sup> sin referencia a la concreta realización (delictiva) del miembro, mediante la

<sup>92</sup> Cfr. la detallada exposición del razonamiento en ZStW 106 (1994), pp. 683 y ss., 687 y ss., 693 y ss., 695 y ss.; vid., por ejemplo, también KÖHLER, AT, p. 566: “Ha de concurrir también, por el contrario [a efectos de afirmar la existencia de una organización que satisfaga los criterios típicos] una estructura interna en la que el fin de acción común en cierto modo se ha independizado frente a la pertenencia de personas individuales (miembros)”; loc. cit.: en las organizaciones desarrolladas, esa estructura interna “...se solidifica hasta constituirse en un sistema de contranormas”; en Italia, vid. PATALANO, *L'associazione criminale*, pp. 152 y ss.; actualmente habla ALEO (*Sistema penale e criminalità organizzata*, pp. 195 y ss.) de una “dimensión institucional”.

<sup>93</sup> Ello, en un primer paso, con independencia de cómo se defina el contenido de injusto concreto, el objeto de protección, de estas infracciones; vid. a continuación en el texto.

<sup>94</sup> SILVA SÁNCHEZ, LH Ruiz Antón, p. 1076.

<sup>95</sup> *Ibidem*, nota 26.

<sup>96</sup> SILVA SÁNCHEZ, LH Ruiz Antón, pp. 1076 y ss., 1079 y s.

<sup>97</sup> Loc. cit., pp. 1082 y ss.

<sup>98</sup> Loc. cit., pp. 1080 y s.

mera manifestación de la voluntad de pertenecer al grupo (por lo que, según *Silva Sánchez*, pasa a ser muy complicada la diferenciación entre un verdadero miembro [es decir, activo] y un miembro tan sólo formal, ya que estaríamos ante una responsabilidad derivada exclusivamente de la atribución de un mero estatus)<sup>99</sup>, mientras que en este ámbito, el modelo de la anticipación puede fundamentar de modo coherente y sin mayores problemas la impunidad de la conducta meramente formal<sup>100</sup>. Si se parte del colectivo, afirma, en conclusión, *Silva Sánchez*, se trata de una responsabilidad prácticamente simbólica<sup>101</sup>; por ello –con base en la lógica interna de tal modelo de transferencia de responsabilidad- también debería ser posible la admisión de causas de extensión de la responsabilidad criminal (tentativa, participación)<sup>102</sup>.

*Lampe*, por ejemplo, tan sólo indica al respecto que el ordenamiento jurídico no tiene en cuenta a estas organizaciones a efectos de reconocerlas como tales, y “por ello”<sup>103</sup> el Derecho penal se atiene a los miembros o intervinientes individuales. El reproche de una transferencia inexplicada, y, con ello, de una lesión del principio de culpabilidad (de responsabilidad personal) parece tener, entonces, peso.

Sin embargo, una consideración más detenida revela que el problema se presenta, en realidad, de otro modo. Como muestran numerosos ejemplos en nuestro entorno jurídico-político (y probablemente también el futuro europeo de países como España y Alemania, que aún se resisten), desde luego que el ordenamiento jurídico *puede* convertir a un colectivo (a una empresa) en un agente jurídico-penalmente relevante. De hecho, en la discusión teórico-dogmática al respecto han venido apareciendo últimamente con cada vez mayor vigor elaboraciones de diversa orientación que sostienen la posibilidad -la necesidad- de construir dogmáticamente un concepto de verdadera (auto-)responsabilidad empresarial, es decir, que pretendan abandonar el paradigma -en sentido amplio- de la dependencia de la comisión de delitos por parte de sujetos físicos (al servicio de la empresa) o de la empresa como dispositivo peligroso y sustituirlo por el de una verdadera responsabilidad personal originaria de la empresa<sup>104</sup>. Por ello, precisamente, los argumentos *en contra* de tal responsabilidad de la empresa están más bien en un plano político-criminal, y no

<sup>99</sup> Loc. cit., p. 1088 con nota 56.

<sup>100</sup> Loc. cit., p. 1089.

<sup>101</sup> Loc. cit., pp. 1080 y s.

<sup>102</sup> Loc. cit., p. 1081; de hecho, un modelo dogmático de estas características ha sido propuesto en la bibliografía española recientemente en la monografía de PASTOR MUÑOZ (*Los delitos de posesión y los delitos de estatus*, pp. 66 y ss., 69 y s., 78, 87, 89) al identificarse el mero acto de la integración en el colectivo es considerado – a título de “equivalente funcional” (sin que esta condición sea explicada) de una peligrosidad objetivamente demostrable – un acto de “manifestación” de peligrosidad subjetivo, y, con ello, una legitimación suficiente de la punición de la intervención en la asociación ilícita.

<sup>103</sup> ZStW 106 (1994), p. 725, sin cursiva en el original.

<sup>104</sup> Cfr. sobre esta evolución sólo HEINE, FS Lampe, pp. 577 y ss., 583 y ss.; IDEM, en: HETTINGER (ed.), *Verbandsstrafe*, pp. 121 y ss., 124 y ss., 127 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, en: CGPJ (ed.), *Delincuencia informática*, pp. 125 y ss.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, *La culpabilidad penal de la empresa*, pp. 179 y ss.

tanto en el contexto de la argumentación puramente dogmática<sup>105</sup>. De hecho, son elementales consideraciones de política criminal las que hacen imposible tal reconocimiento en el caso de las organizaciones que pueden presentar su candidatura al estatus de una asociación criminal: no se trata aquí –como es el caso de las empresas que entran en consideración como posibles destinatarios de una pena a las personas jurídicas- de colectivos que, en principio, actúan –siempre que concurra una densidad suficiente de la organización- en la vida jurídica normal, sino de organizaciones frontalmente opuestas al ordenamiento jurídico, que por ello, precisamente, *no* son reconocidas por el Derecho como tales. Esto, sin embargo, no significa que su especial significado, su papel autónomo, no pueda ser aprehendido jurídico-penalmente<sup>106</sup>. Al contrario: si no se quiere aprehender cualquier círculo de estafadores o toda asociación de ladrones de gallinas, produciendo con ello una irrupción masiva del Derecho penal en la esfera ciudadana y convirtiendo, además, las reglas relativas a autoría y participación en letra muerta en extensos ámbitos, no hay otra alternativa que pensar en organizaciones –como exige con abrumadora mayoría la bibliografía específica de cierta profundidad<sup>107</sup>– que presenten una determinada estructura interna, una cierta densidad, a la hora de aprehender dogmáticamente el alcance del tipo.

La *praxis* demuestra que esto es, de hecho, lo que sucede en tiempos (y/o supuestos concretos) político-criminalmente más “tranquilos”, a pesar de que la formulación del tipo permitiría una aplicación muchísimo más amplia y a pesar de que el legislador parece claramente orientado hacia una extensión de la utilización de los delitos de organización en la realidad de la persecución penal<sup>108</sup>. Es evidente que se plantean exigencias frente a la estructura interna de la organización y también frente a las infracciones instrumentales cometidas en su marco que son más estrictas de lo que podría implicar una mera lectura del tipo en su redacción literal, que parece destinado a aprehender cualquier asociación dedicada a la comisión de cualesquiera infracciones criminales: sólo así se puede comprender que las diligencias previas por estas infracciones, en su conjunto –referidas a todas las infracciones de (mera) perte-

<sup>105</sup> Vid. en este sentido últimamente MIR PUIG, RECPC 06 (2004) [<http://criminet.ugres/recpc/>]; CANCIO MELIÁ, en: MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (ed.), *Nuevas tendencias*, pp. 3 y ss. En este contexto, JAKOBS (FS Lüderssen, pp. 559 y ss., 560 con nota 7, 570 y ss.) ha mostrado de modo convincente que tal responsabilidad es incompatible con la comprensión habitual de la culpabilidad, basada en una identidad continuada en virtud de la existencia de autoconciencia.

<sup>106</sup> Es por ello que la terminología de la Ley, al hablar de asociaciones que “cometen delitos” (así lo hacen tanto el art. 515.1º CP como el § 129 StGB) no es “incompatible con el sistema” y, por ello, “vergonzosa” (así, sin embargo, SCHROEDER, *Die Straftaten gegen das Strafrecht*, p. 17), sino un indicio de que la significación del colectivo es aprehendida en la tipificación. En este sentido se puede entender también la disposición contenida en el art. 520 CP.

<sup>107</sup> Vid. sólo RUDOLPHI, FS Bruns, pp. 319 y s.; IDEM/STEIN, SK<sup>7</sup>, § 129 n.m. 6-6d; S/S<sup>26</sup>-LENCKNER, § 129 n.m. 4; NK<sup>2</sup>-OSTENDORF, § 129 n.m. 12, todos con ulteriores referencias; en España sigue siendo básico al respecto el análisis de GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Asociaciones ilícitas*, pp. 234 y ss.

<sup>108</sup> Como muestra en el caso español la inclusión expresa en el año 2003 de las organizaciones criminales dedicadas a la comisión de meras faltas.

nencia a una asociación ilícita- no sumen en España más de treinta actuaciones en el año 2006<sup>109</sup>. En este sentido, podía resumir *García-Pablos de Molina* ya hace más de treinta años la situación: "...los preceptos relativos a la delincuencia 'política'<sup>110</sup> se aplicaban, los que reprimen la delincuencia 'común', no."<sup>111</sup>

En estas organizaciones, sin embargo –sea una organización terrorista o una organización armada en el ámbito del tráfico de estupefaciente- no se ingresa rellenando un formulario y pagando la primera cuota, como en una asociación de criadores de hámsters. Como es sabido, estos grupos exigen mucho más de los candidatos a integrarse en ellas. Esta integración en una organización (que presente cierta densidad organizativa), como ha subrayado en particular *Jakobs*<sup>112</sup>, implica una pérdida de control del sujeto. Esta pérdida de control no sólo se refiere a posibles hechos individuales futuros, sino también afecta a la condición de miembro como tal: convierte en cierto modo la actuación colectiva de la organización en la conducta de cada uno de los miembros. En este sentido, en este ámbito surge espontáneamente un paralelismo hacia la situación en la codelincuencia, y, en particular, respecto de la coautoría: en cierto modo, se produce aquí una condensación<sup>113</sup>, una cualificación<sup>114</sup>, respecto de una actividad en régimen de coautoría; se accede así a un plano superior, precisamente, al plano de la actuación colectiva. No hay en ello una transferencia injustificada de responsabilidad. La aportación personal del autor individual puede ser aprehendido jurídico-penalmente (de modo indirecto y estandarizado)<sup>115</sup> a través de la prestación de organización hecha a título de miembro del colectivo<sup>116</sup>.

Si se contempla el diagnóstico acabado de formular –la aprehensión del injusto de los delitos de organización como injusto *de la organización* y la posibilidad de su imputación a los intervinientes individuales- desde la perspectiva del principio del hecho, introducido en el presente ámbito con especial énfasis por *Jakobs*<sup>117</sup>, se observa que la integración en el colectivo comporta un desplazamiento de la definición de la “esfera privada”. Las conversaciones informales entre personas (sin estar organiza-

<sup>109</sup> Vid. *Memoria de la Fiscalía General del Estado, 2006*, Anexos estadísticos, Estado B.

<sup>110</sup> Las alternativas típicas de asociaciones prohibidas de orientación política (“prohibidas”, “declaradas fuera de la Ley”, subversivas, antinacionales, separatistas, partidos políticos...) introducidas por la dictadura en 1944.

<sup>111</sup> RGLJ LXXII (1976), p. 564.

<sup>112</sup> ZStW 97 (1985), pp. 762 y ss., 765, 766; también ZIFFER, *El delito de asociación ilícita*, pp. 65 y s., considera decisivo este punto de vista.

<sup>113</sup> “La participación puede quedar condensada... institucionalmente hacia una perspectiva propia de la condición de miembro.” (JUNG, en: ESER/HUBER/CORNILS [ed.], *Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht*, pp. 175 y ss., 185).

<sup>114</sup> “La comunidad de objetivos que se halla contenida en las formas accesorias del delito del partícipe puede realizarse de modo cualificado en los colectivos delincuentes de personas”, KÖHLER, AT, p. 565.

<sup>115</sup> Habitualmente se suelen distinguir dos o tres niveles de intervención en la formulación típica: miembros con funciones directivas (o fundadores), miembros comunes y, a veces, miembros de relevancia secundaria.

<sup>116</sup> Similar es la aproximación (“accesoriedad de injusto referida en abstracto a la organización”), si bien manteniendo el requisito de una relación concreta a un hecho individual, propuesta por KÖHLER (AT, p. 567).

<sup>117</sup> ZStW 97 (1985), pp. 752 y ss., 761.

das de modo permanente) deben ser consideradas estrictamente como pertenecientes a la esfera privada; se hallan antes de todo “hecho” (de una conducta externamente perturbadora que permita una indagación acerca de la esfera interna)<sup>118</sup>. Sin embargo, si se utiliza una noción lo suficientemente coherente de organización y de la conducta de integración en ella, el ingreso en la asociación criminal es un comportamiento objetivamente fijado en su significado: no es necesario recurrir al contexto de planes internos, a los elementos internos del autor. De hecho, en aplicación de la institución de la prohibición de regreso<sup>119</sup> elaborada en el marco de la teoría general de la imputación objetiva, puede afirmarse que el agente que se integra en la organización lleva a cabo una conducta descrita *ex re* claramente como perturbadora: ha orientado, “adaptado” su comportamiento de tal modo que ya no es posible una interpretación como conducta irrelevante. Mientras que en el caso de la colaboración con la organización, cobrará especial importancia la elaboración del nivel del riesgo permitido en atención a la adecuación social del tipo de conducta en cuestión, en el ámbito de la integración en la organización delictiva –de nuevo sea dicho: si la organización y el acto de integración se definen de modo adecuado- no planteará muchas dificultades en este punto.

3. Por consiguiente, la cualidad de las organizaciones que entran en consideración para integrar el tipo del delito de asociación ilícita que resulta decisiva en el presente contexto es la circunstancia de que actúan *en cuanto* colectivos. El miembro se integra precisamente en una organización<sup>120</sup>; esa integración le es imputable: le hace partícipe del colectivo. Desde esta perspectiva –las organizaciones en cuanto agente autónomo, no sólo como mero dispositivo peligroso- se abren nuevas posibilidades para examinar la específica significación para la definición de injusto de la existencia de *organizaciones*; pues como se verá, este específico significado sólo puede ser expresado, precisamente, por un colectivo.

### c) Arrogación del monopolio estatal de la violencia

1. Con la exposición anterior se ha formulado la tesis de que resulta posible una imputación legítima de un injusto colectivamente realizado a los distintos intervinientes (siempre que se formule una definición suficientemente coherente tanto del colectivo como de la conducta de integración). Con ello, en cambio, nada se ha dicho respecto de cuál es la configuración concreta del injusto de tal colectivo (de la intervención en ésta). En este contexto, *Jakobs* se refiere al quebrantamiento de “normas de flaqueo”, ya que, en su opinión, la intervención en la organización

<sup>118</sup> JAKOBS, ZStW 97 (1985), pp. 761 y ss.

<sup>119</sup> Cfr. JAKOBS, ZStW 89 (1977), pp. 1 y ss.; IDEM, AT<sup>2</sup>, 7/56 y 21/14 y ss., 29/105a; IDEM, *La imputación objetiva*, pp. 145 y ss.; vid. la exposición en CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas*, pp. 81 y ss., con ulteriores referencias.

<sup>120</sup> Que habrá de presentar, además de esa condición, otras características típicas, como a continuación se expone en el texto.

anuncia de modo sólo mediato la vulneración de normas principales. Por un lado, esta aproximación genera una conexión normativa hacia el dato fáctico de la específica peligrosidad de los colectivos; sin embargo, subraya en exceso la peligrosidad individual, y necesita por ello de precisiones.

2. ¿Qué significa la (mera) existencia de una organización típica en términos de injusto? Más allá del elemento de la especial peligrosidad del colectivo, o de referencias genéricas a la afectación a la “paz” o a la “seguridad”, espontáneamente vienen a la memoria aquellas posiciones teóricas –en su mayoría, no pertenecientes a tiempos recientes– que explican el carácter lesivo de la existencia de la organización criminal en su condición de ataque al Estado o, más específicamente, al poder coactivo de éste.

Así, ya en una obra de Berner –con ocasión de la distinción entre las figuras históricas correspondientes de conspiración y banda– cabe apreciar con claridad que el significado específico de la organización, en su personalidad autónoma, afecta de modo directo al Estado: “Del mismo modo que los vicios introducen una desorganización en el microcosmos de la psique, la banda trae una desorganización a la vida de la mónada estatal”.<sup>121</sup> La banda intenta “generar un organismo lo más cerrado en sí mismo posible dentro del organismo del Estado”.<sup>122</sup> Esta contrainstitución tiene necesariamente que entrar en colisión con la pretensión del Estado.<sup>123</sup>

Este punto de partida parece especialmente idóneo para abordar el problema que aquí interesa. Es aquí en donde está la dimensión específica del injusto de la asociación criminal: pretende ocupar un lugar (ilegítimo) en la vida pública. Por lo tanto, se trata de una *arrogación de organización* no sólo en el sentido de que se arroga una organización ajena, sino, además, que es una organización quien se la arroga: la organización delictiva se arroga el ejercicio de derechos pertenecientes al ámbito de soberanía del Estado. Sólo si se vincula de este modo la emergencia de la organización con el incremento fáctico de la peligrosidad que ésta supone, se percibe con claridad el específico significado de la actuación colectiva de las organizaciones criminales: pone en cuestión el *monopolio de la violencia* que corresponde al Estado.

Que esto es un verdadero desafío al Estado en su conjunto –no se trata de discutirle su capacidad de regular el calibre de la remolacha– es evidente y queda reflejado con toda claridad en el hecho de que el padre de este concepto de “monopolio de la

<sup>121</sup> *Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen*, p. 489.

<sup>122</sup> Op. cit., p. 490; vid. también p. 491.

<sup>123</sup> Cfr. en esta línea MAURACH, *BT*<sup>5</sup>, pp. 670 y s.; en Italia PATALANO, *L'associazione criminale*, pp. 152 y ss.; en España sigue a este último el monografista determinante, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Asociaciones ilícitas*, pp. 142 y ss.; en la bibliografía alemana actual aún OTTO, *BT*<sup>7</sup>, 90/4; en parte coincide HOHMANN, *wistra* 1992, pp. 86 y s., 89 (pero yendo con toda claridad demasiado lejos en la interpretación restrictiva: de acuerdo con su posición, y con la mera referencia al origen histórico de la infracción, el § 129 StGB debería ser reservado exclusivamente para asociaciones “políticas o con motivación política”); vid., por lo demás, la extensa exposición de LANGER-STEIN, *Legitimation und Interpretation*, pp. 104 y ss., con ulteriores referencias.

violencia”, Max Weber, lo asocia al mismo surgimiento, al concepto nuclear mismo de la noción moderna de Estado: “Estado es aquella comunidad humana que dentro de un determinado territorio... pretende tener (con éxito) el monopolio de violencia física... [el Estado] se considera la única fuente del ‘derecho’ a la violencia.”<sup>124</sup>

La definición del injusto de los delitos de organización como arrogación de funciones estatales parte de las propuestas formuladas en la doctrina en este ámbito en torno a la pretensión de respeto del Estados antes citadas; en particular, puede estimarse coincidente con la orientación dada a la definición en la bibliografía española por García-Pablos de Molina, que concreta el objeto de protección de los delitos de organización en “...el propio poder del Estado..., su primacía en cuanto institución política y jurídica”<sup>125</sup>. Sin embargo, parece conveniente –como acaba de hacerse– proponer una ulterior concreción<sup>126</sup>: sólo los agentes colectivos peligrosos –en los términos en los que ello viene exigido por la doctrina mayoritaria– están en realidad en condiciones de plantear el desafío al Estado al que se refiere García-Pablos de Molina; sólo el ejercicio de una disciplina que incluya la actuación delictiva *violenta* (hacia dentro y hacia fuera de la organización) cuestiona realmente el papel del Estado, y por ello ataca específicamente el monopolio de la violencia establecido en su favor. Así se da un paso de concreción ulterior, al no hablarse con carácter general del “poder del Estado”, sino del concreto aspecto del ejercicio exclusivo de la violencia<sup>127</sup>. Frente a esta ulterior concreción podría argumentarse que supone tan sólo una posición *de lege ferenda*, ya que –como es el caso tanto en el ordenamiento jurídico-penal español como en el alemán– no existe ninguna delimitación de los delitos que puede cometer la correspondiente asociación, es decir, que toda infracción criminal puede ser el objeto de la figura<sup>128</sup>. Sin embargo, es ésta una crítica que carece de excesivo peso en un ordenamiento jurídico-penal que –como antes se ha señalado– si bien presenta una tipificación omnicompreensiva, desde sus inicios ha generado una *praxis* de aplicación que –casos peculiares aparte– se restringe de hecho a organizaciones violentas. Precisamente en este momento de la evolución histórica en este terreno, con un protagonismo cada vez más acusado de diversas formas de “criminalidad organizada”, y antes

<sup>124</sup> *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5ª ed. (a cargo de WINCKELMANN), 1985, p. 822; vid. también *ibidem* p. 516.

<sup>125</sup> *Asociaciones ilícitas*, p. 142; vid. también p. 144: “Con el delito de asociación ilícita trata nuestro Código de proteger la propia institución estatal, su hegemonía y poder, frente a cualquier otra organización que persiga fines contrarios y antitéticos a aquella”.

<sup>126</sup> Vid., por todos, la crítica que en este sentido (se trataría de una definición demasiado genérica; esta crítica se produce en términos similares a la que habitualmente suele formularse en la doctrina alemana contra la opción por la “paz pública” en términos objetivos, dirige GUZMÁN DÁLBORA, RDPCr 2 (1998), pp. 161 y ss., a la posición de GARCÍA-PABLOS DE MOLINA. En todo caso, necesitará de una ulterior concreción operativa en la especie de delitos de organización que constituyen las infracciones de terrorismo; vid. *infra* en el texto.

<sup>127</sup> Apunta esta idea, en relación con las infracciones de terrorismo, LAMARCA PÉREZ, ADPCP 1993, p. 551.

<sup>128</sup> Vid. en esta línea GUZMÁN DÁLBORA, RDPCr 2 (1998), pp. 161 y ss.; en parte también GONZÁLEZ RUS en su crítica a la posición favorable a la supresión de la figura general de asociación para delinquir (AP 2000/2, pp. 571 y ss.).

de que pueda cambiar la *praxis* aplicativa contenida que cabe apreciar hasta el momento, es urgente definir el alcance típico –siendo la mejor opción una redefinición legislativa, posibilidad que, sin embargo, parece poco probable- a través de una interpretación que, dentro del enorme alcance de la formulación típica, restrinja el ámbito de aplicación con base en el contenido de injusto.

Al tomar en consideración esta argumentación –que, como se ha dicho, no es nueva-, es cierto que las imágenes que evoca son más bien la del bandido-rebelde *Michael Kohlhaas* o la de los bandoleros del siglo XIX<sup>129</sup>, y no tanto la de una moderna organización terrorista o un cártel de drogas de hoy. Dicho brevemente: parece que tal determinación de la línea de ataque, generada por la referencia al monopolio de la violencia, resulta obsoleta, pues parece responder a un problema resuelto desde hace tiempo en las sociedades de Europa occidental: la completa penetración y el control exhaustivo del territorio por el poder estatal. Revitalizar la referencia a la protección del Estado puede parecer, en conclusión, innecesariamente arcaizante. En este sentido, por ejemplo, dice *Schroeder* que esta interpretación cuadraría mejor con la figura (obsoleta) del § 127 StGB (formación de grupos armados<sup>130</sup>) que con los *modernos* delitos de organización<sup>131</sup>. Sin embargo, también puede pensarse que late un nuevo sentido en las viejas palabras “monopolio de la violencia”, al igual que en los fenómenos que lo desafían. El espacio ilegítimamente pretendido por las organizaciones en cuestión no es territorial<sup>132</sup>; esta característica del modo de actuación de las organizaciones en cuestión se aprecia con particular claridad en el caso del terrorismo. El terrorismo es una estrategia de comunicación: se pretende atacar (más exactamente: provocar, desafiar) al poder del Estado<sup>133</sup>. Por lo tanto, la específica

<sup>129</sup> Cfr. sólo las referencias en LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, pp. 98 y ss.

<sup>130</sup> Cuya génesis se remonta a los primeros Códigos alemanes del siglo XIX –aparece hasta en el Derecho General para los territorios prusianos- y estaba destinado a garantizar no sólo la soberanía del Estado en el ámbito militar, sino también –como se refleja en la ubicación inicial entre los delitos “contra la seguridad exterior del Estado- a proteger la política exterior en lo que se refiere a la decisión de permanecer neutral en un conflicto; últimamente se ha aplicado, de modo muy ocasional, a grupos paramilitares de extrema derecha (vid. la información, por ejemplo, en NK<sup>2</sup>-OSTENDORF, § 127 n.m. 2 y ss.; su época de auge estuvo en los años inmediatamente posteriores a la proclamación de la República de Weimar, cuando diversas bandas de soldados desmovilizados y coordinadas en organizaciones de extrema derecha como *Stahlhelm* (casco de acero) realizaban incursiones y combates de gran entidad (vid. OSTENDORF, op. cit., n.m. 4).

<sup>131</sup> *Straftaten gegen das Strafrecht*, p. 14; en sentido similar LANGER-STEIN, *Legitimation und Interpretation*, pp. 107, 108 y s., quien, en un primer paso, detecta la institucionalización de la organización, pero opina que la necesidad de pena en términos de garantía del ejercicio exclusivo de la violencia por el Estado queda cubierta por el delito de coacciones; MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, p. 211, considera que la argumentación de SCHROEDER constituye “la objeción decisiva” contra esta orientación en la definición del injusto.

<sup>132</sup> Al menos en las sociedades occidentales: ninguna organización terrorista con un programa separatista en Europa, ni el IRA (Irish Republican Army), ETA o el FLNC (Frente de Liberación Nacional Corso), ha pensado nunca seriamente en “liberar” físicamente una parte de la correspondiente patria (las estrategias del terrorismo son completamente distintas); ninguna banda delictiva “domina” en Europa más que algunos callejones en alguna gran ciudad.

<sup>133</sup> Vid. sobre los elementos políticos consustanciales al terrorismo de momento sólo la exposición de LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, pp. 47 y ss., 76 y ss.



peligrosidad de las organizaciones terroristas está, entonces, más allá de las concretas lesiones de bienes jurídicos individuales, en un ataque (ideal) al Estado<sup>134</sup>.

3. Por lo tanto, respecto del terrorismo parece claro que se trata de un sistema *colectivo* que pretende arrogarse una posición propia en la *esfera pública*, concretamente, la utilización de cierta forma de violencia como elemento de comunicación política: sólo así, como magnitud autónoma, puede escenificar un verdadero desafío al Estado.

Por otra parte, parece que esta línea de análisis también es adecuada en el caso de las otras organizaciones criminales que pueden entrar en cuestión para su aprehensión por el delito de la asociación criminal. También aquí existe la adopción de una posición enfrentada al Estado –aunque sea con mucho mayor sigilo–, de nuevo, especialmente, pretendiendo tener el control del uso de la violencia, en ocasiones, construyendo un verdadero Estado paralelo<sup>135</sup>. Frente al Estado se plantea la arrogación del dominio al menos sobre el grupo (y, en su caso, su entorno subgrupal) mediante mecanismos coercitivos y, fuera del grupo, puntualmente mediante la comisión de actos de violencia penalmente tipificados. Por lo tanto, también las organizaciones criminales sin orientación política pueden ser vistas desde la perspectiva de un ataque al monopolio de la violencia por parte del Estado.

4. En conclusión, no se trata ni de aseguramiento fáctico ni de (sensaciones de) inseguridad fáctica. Siguiendo la imagen creada por Hassemer para la definición del concepto crítico de Derecho penal simbólico<sup>136</sup>, según la cual en el debate político-criminal intervienen tanto funciones manifiestas como latentes de la pena y las relaciones que ambas mantengan serán decisivas para evaluar la legitimidad de una incriminación, en el lado manifiesto ha de decirse con claridad que los efectos preventivos del Derecho penal son limitados y que en aquello que sí es posible, se puede dar una respuesta suficientemente clara con mucho menos Derecho penal. Frente a

<sup>134</sup> Por ello, ha de parecer una opción ajena a la realidad y ideológicamente cargada la de prescindir por completo de los objetivos de la organización terrorista, como hace, por ejemplo, el legislador alemán, identificando a las organizaciones terroristas meramente a través del catálogo específico de infracciones a cometer a través de la organización terrorista (contemplada en el § 129a StGB, en contraposición a la asociación criminal “simple” del § 129 StGB): “Las asociaciones terroristas se diferencian ‘en teoría’ de las asociaciones criminales por la finalidad de cometer delitos especialmente graves... y en la *praxis*, por su motivación política.” (ARZT/WEBER, *BT*, 44/3). Aquí parece claro que se manifiesta un temor a conceder la etiqueta (posiblemente legitimante desde la perspectiva de los autores) de “criminalidad política”; vid., por ejemplo, los argumentos contra la identificación en la redacción típica de los fines políticos en LANGER-STEIN, *Legitimation und Interpretation*, pp. 195 y s.

<sup>135</sup> Situación que en América latina no sólo se da en determinados segmentos del territorio colombiano (sea por la guerrilla o por fuerzas paramilitares), sino también en gran medida en el casco urbano de grandes ciudades brasileñas (controladas por organizaciones criminales asentadas en sectores de miseria). Con carácter general, vid. las referencias a este respecto recogidas por SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Criminalidad organizada*, pp. 63 y ss.

<sup>136</sup> NStZ 1989, pp. 554 y ss.

esto, el efecto preventivo (sencillamente inaprensible en el plano empírico) de estas normas debería pasar a un segundo plano. Que el remanente de injusto suponga un injusto *parcial*, implique la lesión de un bien *anticipado* o infrinja una norma *flanqueante*, es decir, sea materialmente excepcional –dicho en la terminología de *Jakobs*– es algo que depende de la intensidad con la que en un determinado momento histórico, las organizaciones delictivas muestren la pretensión de ocupar espacio público. Esto, a su vez, depende de evoluciones o retrasos históricos respecto de los cuales que el Derecho penal carece de influencia<sup>137</sup>.

En todo caso, desde la perspectiva aquí adoptada, se trata de (re-)politizar los delitos de organización: pero ahora, en un marco legítimo; sin este elemento en la definición del injusto será inevitable una progresiva pérdida de contornos del alcance típico de los delitos de organización.

### V. Consecuencias: puntos de partida

En la doctrina predominan los esfuerzos por recortar a través de interpretación el alcance de los delitos de organización a una medida racional (en comparación con su potencial de aplicación con base en su redacción literal)<sup>138</sup>. La concepción antes esbozada también puede servir a este objetivo. Si la definición del contenido de injusto de los delitos de organización se orienta –como aquí se ha propuesto– con base en la arrogación de organización colectiva cometida respecto del monopolio estatal de la violencia, desde el punto de vista político-criminal aparece la necesidad de desecar diversos segmentos de tipificación derivados de un aluvión no justificado. Como sucederá más adelante en lo que se refiere a la configuración concreta de los delitos de terrorismo, ha de advertirse que la presente perspectiva teórica en diversos aspectos no es compatible con la actual configuración típica de los delitos de organización. Mediante unas pocas tesis se formularán algunos puntos de partida a este respecto:

- La *pena* amenazada no puede ser tan drástica como la actualmente amenazada. Si de lo que se trata es (también) del significado colectivo de la organización, y no (sólo) de la prevención de hechos futuros, el sistema penal podrá contentarse con menos severidad: se trata de responder, no de inocuizar.
- Un elemento de definición típica que surge con especial fuerza del punto de partida aquí adoptado es la necesidad de delimitar claramente las *características* de las *organizaciones* que pueden ingresar en el ámbito típico: tal y como sucede en la *praxis*, no puede ser asociación criminal cualquier agrupación cuyo objeto

<sup>137</sup> Vid. JAKOBS, AT<sup>2</sup>, 2/25c.

<sup>138</sup> En la doctrina española, merece especial atención el completo catálogo de propuestas de restricción presentado por SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, LH Barbero Santos, pp. 678 y ss.

- sea la comisión de delitos. Para generar un potencial de amenaza que realmente pueda entenderse en términos de desafío del Estado, es necesario un determinado grado de fortaleza –de estructura interna- de la organización.
- También deriva con facilidad de la aproximación aquí seguida para la definición del injusto la necesidad de limitar mediante un *catálogo* las *infracciones* cuya comisión por parte de la asociación criminal justifica la incriminación autónoma de la intervención en la organización: al menos deberá formar parte de éstas la *violencia* dirigida por medios típicos *ad intra* o *ad extra*.
  - La *conducta del miembro*, su integración en el colectivo, partiendo de la definición de injusto aquí propuesta, no puede quedar limitada a formas de integración “pasiva”: los colectivos que presentan las características necesarias para suponer una puesta en cuestión del monopolio de violencia del Estado exigen una actualización clara y permanente de la pertenencia.
  - Finalmente, la aproximación al injusto esbozada genera una fuerte tendencia hacia el recorte de las modalidades de conducta periféricas (colaboración externa o incluso modalidades de propaganda) a la integración en el colectivo: decidido el protagonismo del colectivo, la diferencia decisiva es si el sujeto se integra en la organización o no.

### Bibliografía

- ALEO, Salvatore, *Sistema penale e criminalità organizzata. Le figure delittuose associative*, 2ª ed., 2005.
- ANTOLISEI/CONTI, *Manuale di Diritto penale. Parte Speciale II*, 14ª ed., 2003 (cit.: ANTOLISEI/CONTI, PS II14).
- ARROYO ZAPATERO, Luis, et al., *La reforma del Código penal tras diez años de vigencia*, 2006.
- ARZT, Gunther, *Der Ruf nach Recht und Ordnung. Ursachen und Folgen der Kriminalitätsfurcht*, 1976.
- ARZT/WEBER, *Strafrecht Besonderer Teil. Lehrbuch*, 2000 (cit.: Arzt/Weber, BT).
- ASÚA BATARRITA, Adela, “El discurso del enemigo y su infiltración en el derecho penal. Delitos de terrorismo, ‘finalidades terroristas’ y conductas periféricas”, en: CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ (ed.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, en prensa para ed. BdeF (Montevideo) y Edisofer (Madrid) (6/2006) (cit.: ASÚA BATARRITA, en: CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Derecho penal del enemigo*).
- BECK, Wolfgang, *Unrechtsbegründung und Vorfeldkriminalisierung. Zum Problem der Unrechtsbegründung im Bereich vorverlegter Strafbarkeit – erörtert unter besonderer Berücksichtigung der Deliktstatbestände des politischen Strafrechts*, 1992 (cit.: BECK, *Unrechtsbegründung und Vorfeldkriminalisierung*).

- BERNER, Albert Friedrich, *Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen und die neueren Controversen über Dolus und Culpa*, 1847 (reimpresión 1968).
- BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. I.
- von BUBNOFF, Eckhart, “Comentario previo a los §§ 125 y ss.”; “comentario a los §§ 129 y ss.”, en: *StGB. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, 11ª edición (cit.: LK11-v. Bubnoff).
- CANCIO MELIÁ, Manuel, “Comentarios a los delitos contra la Constitución y de terrorismo”, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.)/BARREIRO (coord.) *et al.*, *Comentarios al Código penal*, 1997 (cit.: CANCIO MELIÁ, en: RODRÍGUEZ MOURULLO/BARREIRO, *ComCP*).
- *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, 2001 (cit.: CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas*).
  - ““Derecho penal del enemigo” y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000”, en: *JpD* 44 (2002), pp. 19 y ss.
  - “Feind’strafrecht?”, en: *ZStW* 117 (2005), pp. 267 y ss.
  - “¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas? Algunas consideraciones sobre el significado político-criminal del establecimiento de responsabilidad criminal de la empresa”, en: MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dir.)/GÓMEZ MARTÍN (coord.), *Nuevas tendencias en Política Criminal. Una auditoría al Código Penal español de 1995*, 2006, pp. 3 y ss.
  - “[De nuevo:] ¿“Derecho penal” del enemigo?”, en: JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, 1ª ed., 2003, pp. 57 y ss.; 2ª ed. [], 2006, pp. 85 y ss. (cit.: CANCIO MELIÁ, en: JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*1,2).
- CANCIO MELIÁ/FEIJOO SÁNCHEZ, “¿Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs”, estudio preliminar a Jakobs, *La pena estatal: significado y finalidad*, 2006.
- CARBONELL MATEU, “Observaciones en torno al proyecto de Ley sobre reforma del Código penal en relación a los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas”, en: *Documentación Jurídica* 37/40, Monográfico dedicado a la PANCP, vol. 2 (1983), pp. 1277 y ss. (cit.: CARBONELL MATEU, *DJ* 37/40 (1983) vol. 2).
- CHERIF BASSIOUNI, M., *La cooperazione internazionale per la prevenzione e la repressione della criminalità organizzata e del terrorismo*, 2005.
- COBLER, Sebastian, “Plädoyer für die Streichung der §§ 129, 129a StGB. Zur Revision der ‘Anti-Terrorismus-Gesetze’”, en: *Kritische Justiz* 1984, pp. 407 y ss.
- CÓRDOBA RODA, Juan, “Comentario a los delitos contra la seguridad interior del Estado”, en: *Comentarios al Código penal*, 1978, t. III (cit.: CÓRDOBA RODA, *ComCP* III).

- CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho penal. Parte Especial*. T. II, 3ª ed., 1936 (cit.: CUELLO CALÓN, PE3).
- DELGADO MARTÍN, Joaquín, *La criminalidad organizada (Comentarios a la LO 5/99, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilícito de drogas y otras actividades ilícitas graves)*, 2001.
- FARALDO CABANA, Patricia, “Medidas premiales durante la ejecución de condenas por terrorismo y delincuencia organizada: consolidación de un sub-sistema penitenciario de excepción”, en: CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ (ed.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. 1, pp. 757 y ss. (cit.: FARALDO CABANA, en: CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Derecho penal del enemigo 1*).
- FELSKE, Karsten, *Kriminelle und terroristische Vereinigungen - §§ 129, 129a StGB. Reformdiskussion und Gesetzgebung seit dem 19. Jahrhundert*, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 1995.
- De FIGUEIREDO DIAS, Jorge, Comentario al art. 299, en: idem (dir.) et al., *Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial*, t. 2, p. 1157 (cit.: DE FIGUEIREDO DIAS, *ComConCP 2*).
- FISCAL GENERAL DEL ESTADO, *Memoria elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado. Anexos estadísticos*, 2006.
- FISCHER, Thomas, Comentario a los §§ 129, 129a StGB, en: Tröndle/Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 53ª ed., 2006 (cit.: Tröndle/Fischer, StGB53).
- FÜRST, Martin, *Grundlagen und Grenzen der §§ 129, 129a StGB. Zu Umfang und Notwendigkeit der Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes bei der Bekämpfung krimineller und terroristischer Vereinigungen*, 1989 (cit.: FÜRST, *Grundlagen und Grenzen*).
- GARCÍA ARÁN, Mercedes, Comentario a la sección segunda del cap. V del tít. XXII, “De los delitos de terrorismo”, en: Córdoba Roda/García Arán (dir.) et al., *Comentarios al Código penal. Parte Especial*, t. II, 2004, pp. 2603 y ss. (cit.: GARCÍA ARÁN, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN, *ComCP PE II*).
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, “El bien jurídico protegido en los delitos de asociaciones ilícitas y, particularmente, en la llamada asociación criminal”, en: RGLJ LXXII (1976), pp. 563 y ss.
- *Asociaciones ilícitas en el Código penal*, 1977 (cit.: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Asociaciones ilícitas*).
  - “Asociaciones ilícitas y terroristas”, en: COBO DEL ROSAL (dir.)/BAJO FERNÁNDEZ (coord.) et al., *Comentarios a la Legislación penal*, t. II, *El Derecho penal del Estado democrático*, 1983 (cit.: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *ComLP II*).

- “Colaboración con bandas o grupos armados” en: COBO DEL ROSAL (dir.)/BAJO FERNÁNDEZ (coord.) et al., *Comentarios a la Legislación penal*, t. II, *El Derecho penal del Estado democrático*, 1983, pp. 155 y ss. (cit.: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *ComLP II*).
- GIEHRING, Heinz, “Politische Meinungsäußerung und die Tatmodalitäten des Werbens und der Unterstützung in den §§ 129, 129a StGB”, en: *StV* 1983, pp. 296 y ss.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *La culpabilidad penal de la empresa*, 2006.
- GONZÁLEZ RUS, Juan José, “Asociación para delinquir y criminalidad organizada (sobre la propuesta de desaparición del delito basada en una peculiar interpretación de la STS de 23 de octubre de 1997 –caso Filesa-)”, en: *AP* 2000/2, pp. 561 y ss.
- GUZMÁN DÁLBORA, José Luis, “Objeto jurídico y accidentes del delito de asociaciones ilícitas”, en: *RDPCr* 2 (1998), pp. 153 y ss.
- HASSEMER, Winfried, “Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz”, en: *NStZ* 1989, pp. 553 y ss.
- HEFENDEHL, Roland, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002.
- HEINE, Günter, “Modelle originärer (straf-)rechtlicher Verantwortlichkeit von Unternehmen”, en: HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Roberto, *Comentario a los delitos de terrorismo*, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, t. III, art. 386 a disposiciones finales, 1997, pp. 4876 y ss. (cit.: HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, *CP-DyJ III*).
- HETTINGER (ed.), *Reform des Sanktionsrechts*, t. III: *Verbandsstrafe*, 2002, pp. 121 y ss. (cit.: HEINE, en: HETTINGER (ed.), *Verbandsstrafe*).
- “Kollektive Verantwortlichkeit als neue Aufgabe im Spiegel der aktuellen europäischen Entwicklung”, en: DÖLLING (ed.), *Jus Humanum. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag*, 2003, pp. 577 y ss. (cit.: HEINE, *FS Lampe*).
- HOFMANN, Manfred, *Comentario al auto del OLG Düsseldorf de 15.9.1997*, en: *NStZ* 1998, pp. 249 y s.
- HOHMANN, Olaf, “Zur eingeschränkten Anwendbarkeit von § 129 StGB auf Wirtschaftsdelikte”, en: *wistra* 1992, pp. 85 y ss.
- JAKOBS, Günther, “Regreßverbot beim Begehungsdelikt”, en: *ZStW* 89 (1977), pp. 1 y ss.
- “Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung”, en: *ZStW* 97 (1985), pp. 751 y ss.
- *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 2ª ed., 1991 (cit.: JAKOBS, *AT2*).
- *La imputación objetiva en Derecho penal*, 1996.
- “Strafbarkeit juristischer Personen?”, en: Prittwitz et al. (ed.), *Festschrift für Klaus Lüderssen*, 2002, pp. 559 y ss. (cit.: JAKOBS, *FS Lüderssen*).

- *Die staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 2004 (cit.: JAKOBS, *Die staatliche Strafe*).
- “Feindstrafrecht und Bürgerstrafrecht”, *HRRS* 3/2004.
- “Terroristen als Personen im Recht?”, en: *ZStW* 117 (2005), pp. 839 y ss. (= en: JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, 2ª ed., 2006, pp. 56 y ss.).
- “La pena como reparación del daño”, en: *Dogmática y criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo. Homenaje a Alfonso Reyes Echandía*, 2005, pp. 339 y ss. (cit.: JAKOBS, LH Reyes Echandía).
- “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la jurisdicción”, en: CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ (coord.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. 2, 2006, pp. 93 y ss.
- JUNG, Heike, “Begründung, Abbruch und Modifikation der Zurechnung beim Verhalten mehrerer”, en: ESER/HUBER/CORNILS (ed.), *Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht*, 1998, pp. 175 y ss.
- KINDHÄUSER, Urs, *Strafrecht Besonderer Teil I*, 2ª ed., 2005 (cit.: KINDHÄUSER, BT I).
- KÖHLER, Michael, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1997 (cit.: KÖHLER, AT).
- KRÜGER, Matthias, *Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff*, 2000.
- KÜHL, Kristian, Comentario al § 129, en: LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 25ª ed., 2004 (cit.: LACKNER/KÜHL, StGB25).
- KUNZ, Karl Ludwig, “Kriminalwissenschaften und gesellschaftliche Sicherheit”, en: *Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter*, 2002, pp. 727 y ss. (cit.: KUNZ, GS Schlüchter).
- LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, 1985.
- “Sobre el concepto de terrorismo (a propósito del caso Amedo)”, en: *ADPCP* 1993, pp. 535 y ss.
- LAMPE, Hans-Joachim, “Systemunrecht und Unrechtssysteme”, en: *ZStW* 106 (1994), pp. 683 y ss.
- LANGER-STEIN, Rose, *Legitimation und Interpretation der strafrechtlichen Verbote krimineller und terroristischer Vereinigungen (§§ 129, 129a StGB)*, 1987 (cit.: LANGER-STEIN, *Legitimation und Interpretation*).
- LENCKNER, Theodor, Comentario a los §§ 129 y ss. StGB, en: SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 26ª ed., 2001 (cit.: S/S26-LENCKNER).
- MALABAT, Valérie, *Droit pénal spécial*, 2005 (cit.: MALABAT, DPS).
- MASSARI, Monica, “Transnational organized crime between myth and reality: the social construction of a threat”, en: ALLUM/SIEBERT (ed.), *Organized Crime and the Challenge to Democracy*, 2003, pp. 55 y ss.
- MAURACH, Reinhart, *Deutsches Strafrecht Besonderer Teil*, 5ª ed., 1969 (cit.: MAURACH, BT5).

- MIEBACH/SCHÄFER, Comentario a los §§ 129, 129a StGB, en: *Münchener Kommentar zum Strafgesetz*, tomo 2/2, 2005 (cit.: MÜKO-MIEBACH/SCHÄFER).
- MILITELLO/HUBER, *Towards a European Criminal Law Against Organised Crime*, 2001.
- MIR PUIG, Santiago, “Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en: Universidad Nacional Mayor de San Marcos [ed.], *XVI Congreso Latinoamericano de Derecho penal y Criminología*, 2004, pp. 355 y ss. [= RECPC 06 (2004) <http://criminet.ugr.es/recpc/>].
- MOCCIA, Sergio, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2ª ed., 1997 (cit.: MOCCIA, *La perenne emergenza*2).
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal, Parte Especial*, 15ª edición, revisada y puesta al día, 2004 (cit.: MUÑOZ CONDE, PE15).
- MÜSSIG, Bernd J. A., *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz (Zu den materiellen Konstitutionskriterien sog. Universalrechtsgüter und deren normentheoretischem Fundament - am Beispiel der Rechtsgutsbestimmung für die §§ 129, 129 a und 324 StGB)*, 1994 (cit.: MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*).
- NAUCKE, Wolfgang, *Strafrecht. Eine Einführung*, 9ª edición, 2000 (cit.: NAUCKE, *Einführung*9).
- OSTENDORF, Heribert, “Verteidigung am Scheideweg”, en: *JZ* 1979, pp. 252 y ss.  
- “Entwicklungen in der Rechtsprechung zur ‘Bildung krimineller bzw. terroristischer Vereinigungen’ §§ 129, 129a StGB”, en: *JA* 1980, pp. 499 y ss.  
- Comentario a los §§ 123 y ss., en: KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (ed.), *Nomos-Kommentar Strafge-setzbuch*, tomo 1, 2ª ed., 2005 (cit.: NK2-Ostendorf).
- OTTO, Harro, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, 7ª ed., 2005 (cit.: OTTO, BT7).
- PASTOR MUÑOZ, Nuria, *Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática*, 2005 (cit.: PASTOR MUÑOZ, *Los delitos de posesión y los delitos de estatus*).
- PATALANO, Vincenzo, *L'associazione criminale*, 1971.
- PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, *Un nuevo sistema del Derecho penal. Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, 1998 (cit.: PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, *Un nuevo sistema*).
- POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Delitos contra el orden público (V). Delitos de terrorismo”, en: COBO DEL ROSAL (dir.) et al., *Curso de Derecho penal español. Parte Especial*, II, 1997, pp. 901 y ss. (cit.: POLAINO NAVARRETE, en: COBO DEL ROSAL, *Curso PE II*).



- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, “Delitos contra la Constitución (V). Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, y al deber del cumplimiento de la prestación social sustitutoria (II)”, en: COBO DEL ROSAL (dir.) *et al.*, *Curso de Derecho penal español. Parte Especial*, II, 1997, pp. 701 y ss. (cit.: PORTILLA CONTRERAS, en: COBO DEL ROSAL, *Curso PE II*).
- PRATS CANUT, Josep Miquel, “Comentarios a los delitos de terrorismo”, en: QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.) *et al.*, *Comentarios a la Parte Especial del Código penal*, 5ª ed., 2005, pp. 2089 y ss. (cit.: PRATS CANUT, en: QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, *ComPE5*).
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita”, en: FERRÉ OLIVÉ/ANARTE BORRALLÓ (ed.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, 1999, pp. 177 y ss. (cit.: QUINTERO OLIVARES, en: FERRÉ OLIVÉ/ANARTE BORRALLÓ, *Delincuencia organizada*).
- REBOLLO VARGAS, Rafael, Comentario al cap. IV del tít. XXI, “De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas”, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dir.) *et al.*, *Comentarios al Código penal. Parte Especial*, t. II, 2004, pp. 2424 y ss. (cit.: REBOLLO VARGAS, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN, *ComCP PE II*).
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis, “Colaboración con bandas armadas, terroristas o rebeldes”, en: COBO DEL ROSAL (dir.)/BAJO FERNÁNDEZ (coord.), *Comentarios a la Legislación Penal*. t. XI. *La reforma penal y procesal sobre los delitos de bandas armadas, terrorismo y rebelión*, 1990, pp. 121 y ss. (cit.: RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, *ComLP XI*).
- ROXIN, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil*. t. I *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4ª ed., 2006 (cit.: ROXIN, AT I4).
- RUDOLPHI, Hans-Joachim, “Verteidigerhandeln als Unterstützung einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung i. S. der §§ 129 und 129a StGB”, en: FRISCH/SCHMID (ed.), *Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag*, 1978, pp. 315 y ss. (cit.: RUDOLPHI, FS Bruns).
- “Notwendigkeit und Grenzen einer Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes im Kampf gegen den Terrorismus”, en: ZRP 1979, pp. 214 y ss.
- RUDOLPHI/STEIN, Comentario a los §§ 129 y ss., en: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 7ª ed. (cit.: SK7-RUDOLPHI/STEIN).
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel, “Función político-criminal del delito de asociación para delinquir: desde el Derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado”, en: ARROYO ZAPATERO *et al.* (ed.)/NIETO MARTÍN (coord.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, vol. II, 2001, pp. 645 y ss. (cit.: SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, LH Barbero Santos).

- *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, 2005 (cit.: SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *La criminalidad organizada*).
- SCHEIFF, Bernd, *Wann beginnt der Strafrechtsschutz gegen kriminelle Vereinigungen* (§ 129 StGB)?, 1997 (cit.: SCHEIFF, *Strafrechtsschutz gegen kriminelle Vereinigungen*).
- SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Strafrecht Besonderer Teil*, 2ª ed., 1983 (cit.: SCHMIDHÄUSER, BT2).
- SCHMIDT, Eberhard, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3ª ed., 1983 (reimpresión 1995) (cit.: SCHMIDT, *Einführung*3).
- SCHROEDER, Friedrich-Christian, *Die Straftaten gegen das Strafrecht*, 1985.
- SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO, *Derecho penal. Parte Especial*, 10ª ed., 2005 (cit.: SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO, PE10).
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., 2001 (cit.: SILVA SÁNCHEZ, *Expansión*2).
- “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Convenio del Consejo de Europa”, en: CGPJ (ed.), *Delincuencia informática. Problemas de responsabilidad*, 2002, pp. 125 y ss. (cit.: SILVA SÁNCHEZ, en: CGPJ (ed.), *Delincuencia informática*).
- “¿‘Pertinencia’ o ‘intervención’? Del delito de ‘pertinencia a una organización’ a la figura de la ‘participación a través de organización’ en el delito”, en: DE TOLEDO, Octavio y UBIETO/GURDIEL SIERRA/CORTÉS BECHIARELLI (coord.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, 2004, pp. 1069 y ss. (cit.: SILVA SÁNCHEZ, en: LH RUIZ ANTÓN).
- Recensión a: Jakobs, *La pena estatal: significado y finalidad*, 2006, en: *InDret* 4/2006, 377 ([www.indret.com](http://www.indret.com))
- De SOLA DUEÑAS, Angel, “Delitos de terrorismo y tenencia de explosivos (sección segunda del capítulo VIII del título XVIII del libro II de la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código penal de 1983”, en: *Documentación Jurídica* 37/40, Monográfico dedicado a la PANCP, vol. 2 (1983), pp. 1224 y ss. (cit.: DE SOLA DUEÑAS, *DJ 37/40* (1983) vol. 2).
- SOTO NAVARRO, Susana, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, 2003.
- STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5ª ed., 2005 (cit.: STRATENWERTH/KUHLEN, AT5).
- TAMARIT SUMALLA, Josep Maria, “Comentarios a los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas”, en: QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.) et al., *Comentarios a la Parte Especial del Código penal*, 5ª ed., 2005, pp. 1916 y ss. (cit.: TAMARIT SUMALLA, en: *ComPE*5).

- TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Terrorismo y Derecho. Comentario a las LL.OO. 3 y 4/1988, de reforma del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, 1988 (cit.: TERRADILLOS BASCOSO, *Terrorismo y Derecho*).
- VÉRON, Michel, *Droit pénal spécial*, 11ª ed., 2006 (cit.: VÉRON, DPS11).
- VIVES ANTÓN/CARBONELL MATEU, “Delitos contra la Constitución”, en: VIVES ANTÓN *et al.*, *Derecho penal. Parte Especial*, 2004 (cit.: VIVES ANTÓN/CARBONELL MATEU, en: VIVES ANTÓN, PE).
- WELZEL, Hans, “Studien zum System des Strafrechts”, en: ZStW 58 (1939), pp. 491 y ss.
- WINCKELMANN, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5ª ed., 1985
- ZIFFER, Patricia S., *El delito de asociación ilícita*, 2005.